NESSO CAUSALE: LA DIFFICILE TIPICITÀ DELLA CONDOTTA MEDICA E DI QUELLA PSICHIATRICA.

1. UN'INTRODUZIONE.

Francesco Palazzo, in un recente saggio sul numero 42/2013 dei Quaderni Fiorentini, ponendosi la questione del ruolo assunto dalla verità nel processo di legiferazione penale, ha elaborato una sorta di "graduatoria" . Per essa, nella formulazione del precetto, gli elementi capaci di maggiore verità sono quelli naturalistici (l'evento, l'oggetto dell'azione, la condotta attiva), seguiti a ruota dagli elementi descrittivi dei contenuti psichici del reati. Al terzo posto si collocano gli elementi normativi e tra questi il nesso causale. Ultime le presunzioni.

Afferma il chiarissimo autore: "Anche in materia di causalità non sempre, nonostante tutto, regna sovrano l'accertamento empirico fattuale di catene causali molto verosimilmente esistenti ma spesso insuscettivili di una puntuale ed analitica ricostruzione di ogni loro anello". Continua "al giudice […] nel normativismo dei giudizio nomologici [gli] sono offerte delle scorciatoie che non impediscono però una più approfondita ricerca della verità, ove possibile: è rimessa alla sensibilità del singolo giudice e alla fine della giurisprudenza nel suo complesso la conversione dei giudizi nomologici in giudizi sempre più fattuali, e sta dunque nella fisiologia dell'esperienza giuridica di lungo periodo la evoluzione in un senso o nell'altro". Si tratta di un processo di approsimazione alla verità che non può prescindere dalla considerazione del carattere peculiare del diritto penale, come "strumento precettivo" del comportamento umano, che per questo non può che considerare la verità anche come "utilità rispetto allo scopo perseguito".

Non di meno, conclude l'autore, la causalità "non cessa di rimanere in bilico tra il naturalismo delle leggi scientifiche di verità ed il normativismo di giudizi ispirati a parametri umani".

Sono parole che fanno venire in mente alcune affermazioni contenute nella recente pronuncia Cass. SS.UU. 24/4/2014, depositata il 18/9/2014 n. 38343 (il notissimo caso Thyssen Krupp) la cui motivazione è stata stesa, non a caso, da Rocco Blaiotta. In due righe, nascoste nella diffusa motivazione, si afferma che le decisioni in merito all'affermazione o negazione della responsabilità devono essere assunte ispirandosi al "realismo della giurisprudenza", al fine di "ricercare un criterio di imputazione umanamente praticabile, saldamento ancorato ai fatti, scevro da contami-

nazioni retoriche, onde conseguire certezza del rimprovero quale doveroso riflesso della certezza del diritto e limite al puro soggettivismo del giudice".

Sono insegnamenti che dobbiamo tener presente al momento della verifica del nesso causale. Da un lato combattere la tentazione del giudice (o meglio dei giudici migliori) di competere con la scienza sul piano della scienza; dall'altro chiudere preventivamente la via a decisioni che si fondino esclusivamente sul convincimento soggettivo del giudicante, laddove questi pensasse di potersi fare portavoce di un preteso (ma non obiettivabile) senso comune.

2.- LA VERIFICA CAUSALE COME PERCORSO.

Si tratta di accettare di percorrere alcune tappe, tutte caratterizzate dalle loro difficoltà.

Per giudicare la relazione causale è inevitabile tener conto delle indicazioni del diritto penale, delle conoscenze scientifiche, delle difficoltà relazionali tra le due componenti euristiche.

2.1.- LE INDICAZIONI GIUSPOSITIVE.

- La causalità di cui il diritto si interessa è quella che dipende da una **condotta umana**: azione od omissione, dolosa o colposa. Si tratta di un modello che potremo chiamare (HONORE', Responsabilità e sorte. Le basi morali della responsabilità oggettiva", in AA.VV., 128, 198; sul punto cfr. HART, HONORE', (19), passim) come responsabilità per i risultati di una condotta, che rispecchia il modo più semplice dell'interazione fra persona e mondo: la creazione di un effetto mediante un'azione (non necessariamente indirizzata a quell'effetto), valutato in una prospettiva ascrittiva (e non descrittivo/conoscitiva del fenomeno causale: DONINI, 172, 496: "La causalità serve al diritto per imputare un fatto, non semplicemente per spiegarlo. È una forma di imputazione causale La causalità serve al diritto per imputare un fatto, non semplicemente per spiegarlo"). Le pratiche di riconoscimento e attribuzione delle conseguenza delle azioni ai soggetti sono infatti elemento indispensabile per il mantenimento del senso del sistema: indirizzare i comportamenti umani nella prospettiva di preservare valori meritevoli di tutela (i c.d. beni giuridici). Indicata con C la condotta e con E l'evento, i due dati si devono collocare in una successione diacronica (sottolinea il connotato della causalità come consequenzialità DI GIOVINE, (62) , 640), nel senso che la azione umana interviene in un momento in cui il bene giuridico è ancora salvo (primo contenuto del termine "conseguire").

- Lo stesso art. 40 identifica poi il secondo termine della relazione causale, l'**evento costitutivo dannoso o pericoloso** («...da cui dipende l'esistenza del reato...») hic et nunc verificatosi: analogamente connesso causalmente deve essere il c.d. evento aggravatore. Non sempre possibile immaginare un nesso causale rispetto agli eventi condizionali: le c.d. condizioni estrinseche di punibilità, in effetti, non possono dirsi causate dalla condotta, ma solo ad essa contingenti (talvolta per una consequenzialità diacronica, talaltra neppure in tale ridotto significato: si pensi al delitto di bancarotta postfallimentare). La verifica in concreto ed ex post implica quindi che si tenga conto non di modelli ma del **concreto modo di manifestarsi dei fenomeni**: non il colpo d'arma da fuoco ma quel corpo d'arma da fuoco, non la morte, ma quella morte. Per fare un esempio: dato un colpo di arma da fuoco e la morte susseguente della persona colpita, la verifica dell'esistenza del nesso causale implica che si tenga conto di quel colpo (distanza da cui è stato esploso, luogo in cui ha attinto la vittima etc.) e di quella morte attraverso la ricostruzione del processo attraverso il quale si è verificata (morte da ipossia per ipovolemia o morte da shock settico a seguito del colpo d'arma da fuoco, morte da caduta a seguito della necessità di porsi al riparo, morte da malpratica medica nella cura della ferita, morte da sopravvenuta patologia cardiaca).
- La condotta può avere una propria essenza naturalistica (concretandosi in una modifica della realtà fenomenica: condotta attiva) o, piuttosto, una dimensione esclusivamente normativa, emergendo per il diritto nella propria "antidoverosità", connotato che accomuna condotta colposa e condotta omissiva. La c.d. **causalità della colpa**, come sottolinea da ultimo VENEZIANI, 213, 1225, ha precisi riscontri normativi, prima di tutto nell'art. 43 comma 1 terzo inciso del c.p. (l'evento "si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline") poi nelle fattispecie dei reati causalmente orientati colposi (si pensi, per tutte, all'art. 589 c.p. che prevede che la morte debba essere cagionata per colpa). In realtà, come meglio emergerà in seguito, la condotta colposa, consistente nella violazione di una regola prevenzionistica, può concretizzarsi: in un comportamento attivo, laddove la regola imponga un non facere (si pensi al caso della regola che impone di non superare determinati limiti di velocità, cui segue il comportamento attivo antidoveroso di condurre il veicolo ad una velocità superiore); in un comportamento omissivo, laddove la regola imponga un facere, di

solito funzionale a contenere il rischio del verificarsi dell'evento (si pensi alla regola per la quale si impone di far indossare ai lavoratori i mezzi individuali di protezione dai rischi impliciti al modello di produzione). Si tratta, sia chiaro, di una estrema semplificazione, posto che la multiforme natura delle regole prevenzionistiche potrebbe legittimare distinzioni ulteriori (si pensi alle regole relazionali, per le quali risulti doveroso un comportamento funzionale a sollecitare l'opera impeditiva altrui, a contenuto attivo, sul piano normativo, a contenuto omissivo, sul piano delle concrete interazioni tra evento e sue cause, posto che il primo sarà impedito o cagionato a seconda dell'operato del soggetto il cui intervento è doverosamente reso possibile). Ciò che accomuna tutte le ipotesi è però un dato implicito ai contenuti della condotta colposa: in tutti i casi, la doverosità del comportamento prevenzionistico ha come propria ragione fondante una valutazione in merito agli effetti che esso avrebbe rispetto al possibile verificarsi di quell'evento, che può essere cristallizzata in una fonte scritta, come nella colpa specifica, o ricavabile da regole che il diritto mutua dalla miglior scienza ed esperienza. In altri termini, la condotta è colposa perché contraria ad un modello di agire che si impone perché regole predittive lo evidenziano come funzionale alla tutela dei beni giuridici. Nella colpa attiva, poi si tratterà di verificare se il comportamento concreto tenuto dal soggetto agente (che, secondo l'esempio, procede a velocità eccessiva) sia stato la causa dell'evento; in quella omissiva se il mezzo prevenzionistico avrebbe o meno impedito l'evento.

- Quanto detto appare utile anche per affrontare un ulteriore connotato normativo della causalità: quello di cui all'art. 40 cpv. c.p.. La causalità della condotta omissiva, apprezzabile solo all'esito di un confronto tra il comportamento tenuto e quello che l'ordinamento esigeva, appare condizionata dal dato che essa è, naturalisticamente, un non facere, per cui l'evento è naturalisticamente cagionato all'esito di un processo di produzione che è non influenzato dall'agire umano, mancato. La distinzione emerge dalla stessa clausola di equiparazione dell'art. 40 cpv. c.p., che assolve al bisogno (riferibile al principio di cui all'art. 25 Cost.) di prevedere legislativamente il carattere tipico del non impedire, laddove le norme incriminatrici descrivono tassativamente solo il cagionare. La necessità della previsione legislativa della clausola di equivalenza (art. 40 cpv. : Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo), presuppone che le due realtà delle quali si sancisce la equivalenza, siano per loro natura differenti. D'altra

parte, andando alla sostanza delle cose, solo nel caso della condotta attiva possiamo a posteriori concludere che un determinato evento sia stato prodotto dall'agire umano (che, data una situazione statica, ha determinato l'impulso verso l'accadere dell'evento); nelle ipotesi di condotta omissiva è invece certo che l'evento è prodotto da un fattore diverso dalla condotta umana (sia pure, per ipotesi, una diversa condotta umana), rilevando il dato che il soggetto abbia trascurato di reagire ad una situazione dinamica verso la produzione dell'evento, frapponendo un fattore impeditivo (per es. il paziente muore per la malattia e non perché il medico ha omesso di curarla). Si può dire che la causalità omissiva parte dalla constatazione di una realtà (l'evento E è stato causato dal fattore "non umano" B), formula un'ipotesi rappresentata dall'esistenza, nei fatti mancata, della condotta impeditiva, per statuire, altrettanto ipoteticamente, se essa in un processo di produzione che ne risulta condizionato avrebbe potuto porsi di ostacolo al verificarsi dell'evento o se questo si sarebbe comunque concretizzato. La natura di un tale giudizio, implica il ricorso a regole di causalità generale e predittiva, non potendosi fondare sul caso concreto che non è stato: le regole devono ipotizzare che nella generalità dei processi di produzione di un certo tipo (si pensi ad un processo patogenetico derivante da un'infezione batterica) l'innesto di una condotta doverosa di un certo tipo (la somministrazione di antibiotici) avrebbe credibilmente impedito l'evento. Scrive VENEZIANI, 213, 1236 che la formula dell'art. 40 cpv. c.p. (in un esempio di colpa medica) implica che ci si rivolga all'autore affermando "non hai ucciso il paziente, ma in base alla legge è come se lo avessi ucciso".

- La quarta indicazione, attiene alla rilevanza che assume l'esistenza (invero generalmente preventivabile come vera) di fattori di produzione distinti dalla condotta umana, definiti come cause concorrenti (fattori che, sia chiaro, possono consistere anche in altre condotte umane); il fenomeno è regolato dall'art. 41 c.p., che afferma da un lato il principio di irrilevanza della generalità delle concause per porre come eccezione che quella sopravvenuta da sola sufficiente interrompa il nesso tra C ed E. Tale ultima ipotesi è ancora oggi letta dalla giurisprudenza recentissima in termini di causalità umana (concetto della dominabilità dei fattori causali concorrenti conoscibili e della indominabilità di quelli imprevedibili: Cass. IV,22 ottobre 2013 n. 43168, rel Casella).
- Ulteriore indicazione giuspositiva attiene alla diversa dimensione causale che connota la condotta di partecipazione eventuale atipica, il cui significato eziologico non è più da va-

lutare in riferimento al solo evento costitutivo, quanto piuttosto al reato nel suo complesso e quindi anche agli altri contributi di partecipazione, tanto da assumere rilievo anche nei reati di mera condotta (in tal senso Cass. I, 22/10/2013, n. 43273): quanto all'evento, infatti, si tratta di verificare il significato causale dell'insieme dei contributi di partecipazione. Dovendosi apprezzare se l'agire di un uomo abbia dato origine all'agire di un altro uomo, entra in gioco la tematica, invero estremamente complessa, della c.d. causalità psichica (espressamente tipizzata come determinazione, istigazione o al rafforzamento di un proposito), laddove il prodotto dell'agire è rappresentato dall'insorgere o nel compiuto conformarsi in altri di una volontà. Ciò comporta un assoluto difetto di verificabilità, almeno nel senso scientifico di tale concetto, posto che non sono dati elementi dimostrativi della stessa consequenzialità cronologica tra condotta e suo presunto effetto.

- L'ultima indicazione attiene alla conferma dell'importanza che il diritto penale attribuisce alla c.d. causalità generale, ovvero non esplicativa di una relazione tra la singola condotta C ed il singolo evento E, hic et nunc verificatisi, ma piuttosto della potenzialità di C cagionarlo. Essa, con certezza, assume un ruolo decisivo nella valutazione del fatto tipico nei reati di pericolo concreto (ed in particolare tentativo, attentato, reati a dolo specifico) laddove la valutazione non si incentra sulla verifica della relazione tra C ed E, ma piuttosto sui caratteri potenziali della condotta da valutare ex antea e non ex post.

2.2.- LA SCIENZA AL SERVIZIO DEL DIRITTO.

Se il diritto è (almeno in parte) mero consumatore di nozioni causali elaborate da altre scienze (in particolare quelle naturali), le loro incertezze divengono incertezze del diritto.

Possiamo anticipare la conclusione: gli epistemologi sono concordi nel ritenere che sia illusorio confidare sull'esistenza di un **paradigma normale (** come precisa KUHN, La struttura delle rivoluzioni scientifiche, Torino 1995, 43, l'espressione **paradigma** indica una significatività del termine "causa" che sia condiviso da parte della "normale scienza" in un determinato momento storico), capace di trasmettere i connotati qualificanti la relazione causale, consentendo la interpretazione del relativo elemento normativo delle fattispecie. Utile richiamare il classico esempio di **Wittgestein** (Philosophical investigations, New York 1953, 31 e ss.): " cosa dobbiamo sapere per applicare termini come sedia, foglia o gioco in maniera inequivocabile…? Dobbiamo sapere coscientemente od intuitivamente che cosa è una sedia, una foglia od un gioco. Dobbiamo cioè cogliere tutto l'insieme degli attributi che tutte le sedie, le foglie e i giochi hanno in comune" ed

applicarli alla realtà che stiamo analizzando. Egualmente, per stabilire se sussiste il nesso causale tra C ed E si deve preventivamente disporre di un concetto strutturalmente essenziale, che colga della relazione causale tutti gli elementi portanti.

Le **scienze matematiche, fisiche e naturali, fanno ricorso ad un certo numero di conoscenze consolidate ma nella prospettive peculiare di conseguire dalle nuove conoscenze empiriche conferme o smentite**, quest'ultime decisamente più fertili perché premesse di una rivoluzione scientifica, ovvero il superamento di una conoscenza paradigmatica verso la formazione di un nuovo paradigma superiore. La scienza paradigmatica appare per questo sostanzialmente provvisoria: poiché ambisce ad essere falsificata, essa può apparire inadeguata a garantire la certezza di cui il diritto dice di aver necessità. **Le regole che il diritto ambisce ad utilizzare sono in sostanza la "storia" della scienza: il caso sub iudice, conosciuto nel dettaglio, non può fornire conferma o smentita alla regola impiegata**.

Data la loro natura di strumenti funzionali a predire cosa dovrebbe accadere, date certe premesse, i paradigmi scientifici si adattano meglio ai casi in cui anche il diritto è chiamato a formulare ipotesi o previsioni, come quando si impone di accertare il pericolo o la portata impeditiva della condotta.

Laddove invece si tratti di sancire se una relazione singolare e passata tra C ed E sia stata di natura causale, senza poter impostare neppure una verifica sperimentale dell'assunto, i criteri epistemologici differenti si fanno sentire: la scienza studierebbe il caso, col metodo sperimentale, per trarne conferma o smentita al paradigma; il diritto chiede invece di sapere se al caso preesista un paradigma capace di illustrare ciò che è accaduto.

Oltre a queste divergenze metodologiche, il diritto deve scontare il fenomeno che l'epistemologia chiama **pluralismo causale** (per cui ogni scienza ha un proprio paradigma), de quello che possiamo definire **scetticismo causale** (per cui la scienza si agita nel dubbio che possano davvero sussistere relazioni di necessità causale).

Il termine causa, nelle scienze, è polisemico, assumendo significati funzionali agli specifici fini di ciascuna scienza (PSILLOS, Causal pluralism, in www.phs.uoa.gr/psillos; HITCHCOCK, Of Humean Bondage, in British Journal for the philosophy of Science, 2003, on line; WILLIAMSON, Causal pluralism versus epistemic causality, in Philosophica 2006, 69 osserva come un tentativo di analisi della causalità nella scienza riveli molteplici indicatori, quali "mecchanisms, probabilistic, dependecies or indepedencies, conterfactual, conditionals or agency considerations"; ciascuno di essi mette in luce un aspetto della causa o più aspetti di essa, ma risulta inefficace "to capture the whole, rather multifarious, notion").

Volendo esemplificare, in **medicina la patogenesi o eziologia** delle malattie è in un minor numero di casi unifattoriale e più spesso multifattoriale. Le cause per le quali un individuo passa dallo stato di salute e normalità a quello di malattia o anormalità sono molteplici e, in quanto rivestono diversa importanza nel determinismo della malattia, vengono distinte in **cause determinanti e in cause coadiuvanti** (o favorenti). La generica suscettibilità di un organismo a contrarre determinate malattie è detta **disposizione**. Si parla invece di **predisposizione** quando esiste un'abnorme tendenza dell'organismo a contrarre una malattia, e di **esposizione** quando l'organismo stesso è messo in condizione di risentire più facilmente di uno stimolo dannoso. La medicina è poi ispirata non tanto ad esigenze di ricostruzione cognitiva, quanto piuttosto alla ricerca di soluzioni praticabili per minimizzare il rischio implicito all'evolversi di una malattia. In tale prospettiva la medicina può perseguire soluzioni anche se non sorrette da conoscenze paradigmatiche certe, posto che ogni rimedio praticabile e potenzialmente vantaggioso è preferibile all'inazione, alla mera assistenza passiva al decorso del processo causale della malattia. Per dire in altro modo, le regole di condotta della scienza medica sono pratiche, dettate per indurre comportamenti prevenzionistici doverosi seppure non «certamente» salvifici. Il solo dato che in un certo numero di casi, sia pure statisticamente modesto, la malattia sia regredita o sia evoluta in modo meno virulento o rapido, impone la adozione del tentativo terapeutico, sia pure nel dubbio ragionevole della efficacia del trattamento (ovvero, nell'ignoranza a priori del fatto che proprio in quel caso il rimedio doveroso sarebbe tale da impedire l'evento).

In fisica causa è sinonimo di **forza** capace di modificare lo stato di quiete o di moto di un corpo (**definizione dinamica di forza**), ovvero causa capace di deformare un corpo (**definizione statica di forza**), connotata di una grandezza, una direzione, un verso e un punto di applicazione e rappresentabile vettorialmente, destinata a comporsi con altre forze in una forza risultante.

In sintesi: le spiegazioni causali sono dipendenti dalle teorie di sfondo, per cui la risposta alla domanda "qual è la causa dell'evento E?" è diversa a seconda della teoria presupposta e degli obiettivi che si pone il ricercatore.

Il **pluralismo causale scientifico fa il pari con quello giuridico** di cui pure si è detto; il termine indica relazioni meccanistiche tra C ed E, nella causalità singolare dei reati di evento a condotta attiva (che, come detto ambisce a divenire "spiegazione": sottolineano la relazione tra causa e spiegazione SOAVI-GIARETTA, (165) , 1217), una regola di costanza nel succedersi degli accadimenti **nei reati di pericolo od omissivi** (che HALL, Two concepts of causation, in COLLINS, PAUL, HALL, Conterfactuals and causation, MIT press 2004, 225, chiama di

dipendenza per cui si può dire che "e suitably depends on c") o ancora a nozioni tratte dalle scienze sociali (psicologia, antropologia e criminologia) laddove si tratti di causalità psichica.

Anche dello **scetticismo causale si è già detto.** In una prospettiva empirista, che possiamo far risalire a Hume cit. ("un oggetto antecedente e contiguo a un altro, e tale che tutti gli oggetti somiglianti al primo sono posti in relazioni simili di precedenza e contiguità con quegli oggetti che assomigliano al secondo"), la sola conoscenza realmente disponibile attiene alla regolarità del susseguirsi dei fenomeni, che trascura di considerare la loro necessità: il regolarismo, quindi, **non risponde alla domanda "è vero che data C, E deve essere?" né a quella "perché data C consegue E?" .** Neppure il metodo controfattuale, a sua volta risalente ad una seconda definizione di Hume cit. ("possiamo così definire una causa: è un oggetto seguito da un altro oggetto e dove tutti gli oggetti simili al primo sono seguiti da oggetti simili al secondo. In altre parole: dove se il primo oggetto non è esistito, non è esistito nemmeno il secondo"), attinge alla necessità causale (anche se il metodo, come detto, è ancora condiviso sia nel diritto che nella filosofia della scienza, sia pure all'esito di continui; si pensi alla recente teoria dei mondi possibili di LEWIS, Causation, Journal of philosophy 1973, 556: mettendo in rilievo che una conditio sine qua non per un dato evento viene espressa attraverso un condizionale controfattuale, cioè un periodo ipotetico dell'irrealtà ove si immagini inesistente C per affermare la accadibilità di E - se quel fiammifero non fosse stato sfregato non si sarebbe acceso - Lewis, mediante gli strumenti della semantica modale, **ha mostrato che un tale enunciato può essere parafrasato nel seguente: «in tutti i mondi possibili più simili all'attuale in cui il fiammifero non è stato sfregato, esso non si è acceso»)**.

Il metodo presuppone che esista un legame necessario tra C ed E, confortato dalla regolarità ricavata all'esito dell'osservazione scientifica. Creando una rete di conoscenze di regolarità si potrebbe arrivare ad una sorta di conoscenza compiuta di tutte le dinamiche possibili.

Il problema, è che il metodo implica conoscenze affidabili, mentre la scienza del novecento ha revocato in dubbio che si possano dare per esistenti relazioni certe, accontentandosi della constatazione di un indice maggiore o minore di accadibilità. Tutto viene fatto risalire al **principio di indeterminazione di Heisenberg** che esprime l'impossibilità di determinare contemporaneamente con errore minimo la posizione e la quantità di moto di una particella elementare mediante l'osservazione, in quanto l'una esclude l'altra: **«** Nell'ambito della realtà le cui connessioni sono formulate dalla teoria quantistica, le leggi naturali non conducono quindi a una completa determinazione di ciò che accade nello spazio e nel tempo; l'accadere (all'interno delle frequenze determinate per mezzo delle connessioni)

è piuttosto rimesso al gioco del caso **» (Heisenberg,** Über quantenmechanische Kinematik und Mechanik, Mathematische Annalen, 1926). Se la filosofia della scienza del novecento (di recente rivisitata da CAMPANER, (133) , passim) non è stata in grado di fornire una conclusiva risposta alla domanda se la relazione causale esprima esclusivamente una razionalizzazione posticcia, imposta al succedersi dei fenomeni dall'osservatore e studioso (tanto da legittimare l'affermazione che «la credenza nel nesso causale è superstizione»: WITTGESTEIN, Tractatus logico-philosophicus, Torino 1995, 72) o piuttosto un aspetto ontologico dei fenomeni, rivelatore di una capacità produttiva del primo rispetto al secondo che dipende dal suo modo di essere (in tal senso deve essere letta la nota affermazione di Einstein «Dio non gioca ai dadi»: si veda citata in LICCI, (35) , 62), il diritto si trova privo di fonti da cui attingere certezze. "Dopo che il mito della certezza scientifica è stato sostituito prima dal metodo della sua falsificabilità (Popper), poi dal pluralismo dei paradigmi e dall'avvicendarsi delle rivoluzioni scientifiche che si sostituiscono all'idea di un sapere puramente "cumulativo" (Kuhn), quindi dalla consapevolezza del pluralismo di progetti di ricerca coesistenti anche all'interno del medesimo paradigma dominante (Lakatos), poi dal dato che le scoperte avvengono per serendipity, e non per applicazione di un 'metodo' ("anything goes": Feyerabend), laddove solo a posteriori un pluralismo dei metodi a fronte del riconoscimento dei risultati può consentire un loro collaudo, diversamente argomentabile nel quadro di distinte "tradizioni di ricerca" (Laudan), qualsiasi illustrazione dell'epistemologia contemporanea autorappresenta la scienza come un sapere provvisorio e probabilistico, che si propone con distinti stili argomentativi. Al vecchio ideale monistico si è dunque affiancato (non sostituito!) un pluralismo epistemologico, che riconosce alle diverse discipline statuti metodologici autonomi" (così DONINI, 172, 498).

L'alternativa è secca: **o il diritto si accontenta di quello che la scienza può offrire, ovvero spiegazioni causali regolariste ed al più parziali conoscenze del meccanismo di produzione, oppure rinuncia a qualsiasi contributo**. Ne fornisce recente dimostrazione ZOCCHETTI, (178) , passim, sottolineando come, per la scienza, determinati quesiti essenziali in ordine alla attribuzione della responsabilità (quali quello in ordine al momento iniziale dell'insorgenza del mesotelioma a fronte di una duratura esposizione all'amianto e quello in ordine agli effetti di una permanenza dell'esposizione dopo l'insorgenza della patologia), siano scientificamente mal posti ed in sostanza irrisolvibili, alla luce almeno della conoscenze attuali. Non di meno, il diritto penale non può sottrarsi al compito di accertare la relazione causale, elemento costitutivo di moltissime norme incriminatrici, anche perché esso vive nella realtà sociale indipendentemente dalle insicurezze scientifiche, come modello di

spiegazione delle relazioni tra fenomeni(LICCI, (35) , 48).

D'altra parte è certo che un concetto di causa fondato su una regola predittiva e probabilistica (per il quale **la relazione causale è interpretabile come l'incremento della probabilità del verificarsi di un evento E_2 in seguito al verificarsi di un evento E_1**), è insito in alcuni specifici modi di essere della stessa per il diritto penale. Purché **fondate su una larga base empirica** (altrimenti, come evidenzia il noto l'esempio di Rosen, citato da Laudisia, sulla base di una sola esperienza - la pallina da golf tirata da un principiante finisce in buca accidentalmente dopo aver urtato il ramo di un albero – si potrebbe pervenire ad autentiche aporie - la convinzione che l'accidentale urto con l'albero accresca la probabilità che la pallina finisca in buca) **esse sono la conoscenza accessibile sulla quale fare affidamento**.

Ovviamente, laddove sussistano, di grande aiuto sono le conoscenze **meccanisticche**, che andando oltre le relazioni cronologiche tra gli eventi, verificano quanto di C contenga in sé E, e l'inverso, quello che si chiama grado di rappresentatività dell'antecedente nel susseguente (tornando al classico esempio del ferito che muore nel crollo dell'ospedale, potrebbe dirsi che il meccanismo della morte non è quello determinato dalla condotta umana aggressiva originaria, ma piuttosto dagli effetti del crollo, un politraumatismo originato dallo schiacciamento).

Nel mondo del diritto, simili suggestioni portano alla fondazione del criterio della probabilità logica, ovvero non limitata al riscontro della mera regolarità, ma sorretta da elementi di conforto, come la conoscenza almeno parziale del processo di produzione, o quantomeno dall'aver superato con successo il metodo popperiano della verifica di falsificabilità (che trae origine dal pensiero di Popper, La logica della scoperta scientifica, Torino 2010, passim). Partendo dalla premessa che ogni teoria scientifica è formulata in termini ipotetici e quindi può essere smentita dall'esperienza, Popper rileva come la verifica empirica positiva non sia possibile (posta la ipotesi che tutti i cigni siano bianchi, il rinvenimento di un cigno bianco non vale a confermare l'ipotesi in modo adeguato), mentre è valida, e fertile di esiti conoscitivi, quella mediante tentativo di falsificazione (il ritrovamento di un solo cigno nero confuta la teoria che tutti i cigni sono bianchi: argomentazione citata da LICCI, (35) 120). L'inutile tentativo di falsificazione, corrobora la teoria fornendo un criterio per decidere sulla sua possibile utilizzazione (Popper, cit., 83).

Spesso, proprio la falsificazione rappresenta il solo appiglio su cui edificare la ricognizione del nesso causale, come accade nel caso della esposizione a fattori nocivi cronologicamente seguito dall'insorgere di una malattia in quanto tale multifattoriale. Ogni ulteriore sforzo sarebbe presunzio-

ne, per cui non resta che constatare con DONINI, 172, 497: “Il ruolo dell'incerto e dell'imponderabile, tuttavia, è oggi ampiamente riconosciuto in ogni campo del sapere, sì che la certezza delle scienze naturali non può più costituire la base della certezza del diritto”.

2.3- LE PROBLEMATICHE IMPLICITE AL TRASFERIMENTO DELLE NOZIONI SCIENTIFICHE NELLA REALTÀ GIURIDICA.

Non solo il diritto penale, come ogni altra scienza, **influenza per i propri fini, il metodo della ricerca causale**, esso, in realtà, ancor più **determina i risultati per il modo di essere del proprio metodo di accertamento**.

Sotto il primo profilo (i fini), il diritto si attiva, nel processo, non allo scopo di accrescere la conoscenza causale posto che i suoi giudizi, affermando o negando il nesso causale, non sono funzionali ad offrire conferma o smentita della regola scientifica (ben potendo accadere che la causa sia giuridicamente affermata benché naturalisticamente inesistente o l’inverso).

In secondo luogo, il teatro dell’affermazione giuridica è il processo, ove la verità (sul fatto tipico, antigiuridico e colpevole) è indagata (dovrebbe essere…) solo nei limiti imposti dal rispetto del diritto di difesa. Ergo: l’affermazione nel processo sulla causalità può, a priori, essere scientificamente errata. D’altra parte la garanzia superiore di **qualità** di tale accertamento passa dal giogo del giudizio di legittimità e, quindi, dalla congruenza della motivazione: Cercando di esplicare quanto detto, l’affermazione/negazione della causalità, per essere paradigmatica per il diritto, deve tendere alla uniformità, che è garantita soltanto dall’efficienza del giudizio in sede nomofilattica. Questo, però, come afferma Cass. IV, 17/10/2013 n. 42656 non può andare oltre un giudizio sul “percorso motivazionale della sentenza impugnata” , incidendo sui suoi esiti solo laddove la motivazione sia “manifestamente (cioè grossolanamente, vistosamente, ictu oculi) illogica o contraddittoria” ed il vizio risulti “oltre che dalla medesima sentenza, da specifici atti istruttori, espressamente richiamati (art. 606, comma 1, lett. e)”. Nelle angustie del giudizio di legittimità non è consentito “alla Corte di cassazione di procedere a una rinnovata valutazione dei fatti ovvero a una rivalutazione del contenuto delle prove acquisite”, potendosi chiedere soltanto di “prendere in esame gli elementi di prova risultanti dagli atti onde verificare se il relativo contenuto sia stato o no "veicolato", senza travisamenti, all'interno della decisione”. Il vizio di motivazione inficia la pronuncia laddove “ gli atti del processo […] siano autonomamente dotati di una forza esplicativa o dimostrativa tale che la loro rappresentazione disarticoli l'intero ragionamento svolto dal giudicante e

determini al suo interno radicali incompatibilità…". **In sintesi: giudizi causali validamente motivati (sul piano della tecnica argomentativa e narrativa) divengono intangibili**.

D'altra parte la statuizione del giudicato è condannata ontologicamente ad una **effimera valenza nel giudizio in cui si è formato** e, limitatamente al singolo caso giudicato. Lo conferma il fatto che tale giudicato non è impegnativo neppure **nei confronti di una persona chiamata a rispondere in un separato giudizio del medesimo addebito commesso in concorso con quella già giudicata** (in tal senso Cass. VI, 26/4/2012 n. 18525; Cass. IV, 23/9/2003 n. 44511).

Appare così confermato l'assunto: la regola scientifica che ha fondato l'affermazione/negazione della relazione causale non ne esce modificata: se essa era fondata su un grado di accadibilità A dell'evento E in presenza della fattore di produzione C o in mancanza del fattore impeditivo I, coeteris paribus, essa conserva la medesima validità noseologica ed euristica.

Quanto al **metodo**, è quello del processo post accusatorio nel quale comunque il giudice fonda il proprio decisum sui fatti principalmente sulle prove dedotte dalle parti, e li valuta ricorrendo, se necessario, a consulenti o periti portatori di superiori nozioni tecniche o scientifiche. Le conoscenze scientifiche arrivano nel processo attraverso le narrazioni degli esperti che, soprattutto nei casi più delicati, si confrontano tra loro. Optare per l'una o l'altra ipotesi è compito rimesso al giudice, inevitabilmente condizionato oltre che dalla propria cultura, dall'abilità del divulgatore.

Cercando di concretare tali indicazioni, possiamo affermare che la verifica dell'ipotesi formulata nel capo di imputazione implica:

- Accertamento dell'essere della condotta C attraverso una **quaestio facti,** se attiva, o **iuris**, se omissiva o colposa: per fare un es. se A abbia o meno esposto delle persone a radiazioni ionizzati (o ad amianto), se nel farlo abbia violato una regola prevenzionistica, se avesse un dovere giuridico di proteggere la persona esposta.
- Accertamento dell'evento hic et nunc verificatosi in tutti i suoi connotati tipici (non sempre di immediata evidenza: si pensi agli eventi di pericolo, come nel caso del delitto di epidemia, connotati da componenti largamente valutative);

In questa prima fase giudice e storico procedono secondo metodi analoghi: impossibilitati ad impostare verifiche sperimentali (TUZET, Filosofia della prova giuridica, Torino 2013, 39) ricorrono alle prove.

Il secondo passaggio è quello di accertare le relazioni tra i fatti. Come scrive CORDERO, 789, è il perito che in questa fase, «sugli argomenti esorbitanti dal consueto scibile, apporta le premesse necessarie al contraddittorio».

Eppure il giudice (a differenza dello scienziato e dello storico) non gode del privilegio del non liquet, in quanto la sentenza affermerà o negherà la relazione causale (con la sola parziale eccezione della decisione in udienza preliminare). Come osserva Haack (citata da TUZET, cit. 59), laddove la scienza ha alla propria base il metodo della ricerca empirica senza prefissati limiti di tempo, per la ricerca ad ogni costo della verità, ma pur sempre accettando di fallire (open-ended fallibilism), il diritto è caratterizzato dall'ideale della giustizia, dal principio della difesa in un processo (advocacy), dal carattere temporalmente limitato dei processi (finality) e dalla loro dinamica accusatoria (adversarialism). Ma si potrebbe dire di più: il processo rappresenta la prima fenomenologia della repressione penale; in esso si procede ad accertare un'ipotesi accusatoria che ha passato il vaglio della pubblica accusa (farisaicamente chiamata alla ricerca anche degli elementi in favore dell'indagato) e talvolta del giudice dell'udienza preliminare e persegue lo scopo di stabilire se debba attivarsi la risposta repressiva preventivamente configurata dalla minaccia edittale. In una simile ottica, che la sentenza affermi una verità sarebbe necessario o quanto meno auspicabile perché la reazione punitiva si affermi nei confronti di chi ha commesso il fatto di reato. Che la sentenza risulti invece negare un vero che è stato è sempre conseguenza implicita al processo accusatorio: talvolta accettata dall'ordinamento, perché ne consegue la possibile assoluzione di un colpevole (ed è considerata come un male minore, non riconoscendo una causa che esiste ma che il processo non ha consentito di affermare), talaltra disfunzionale, non avendo la difesa esercitato, nel conflitto delle prospettazioni avverse, il proprio compito in modo adeguato.

Si manifesta così un paradosso: **il diritto chiede alla scienza più di quanto essa possa garantire, ovvero risposte certe, mentre la scienza è prudente e consapevole della propria fallibilità; allo stesso tempo esso ha bisogno di qualcosa di differente da quello che la scienza produce e può trasmettere, ovvero una verità "processuale"** (sul punto TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, Milano 1992, 303 ss.): il processo è lo strumento dove si produce quanto necessario per il convincimento del giudice ed i suoi "modi" contano, talvolta, più della stessa verità dei fatti. Si pensi al caso di una spiegazione causale introdotta nel giudizio attraverso una prova illecita o inutilizzabile. Intervengono in questa fase i paradigmi del processo, le regole fissate per conoscere della causalità. Come scrive TARUFFO, (152) , 316 «nel processo bisogna accogliere, bon gré mal gré, una concezione correspondentista della verità, in base alla quale un enunciato descrittivo è vero

o non è vero se corrisponde o non corrisponde alla realtà che descrive». Nel processo, continua l'A., si potrà comunque parlare soltanto di **verità relative** «fondate sulle informazioni che le prove hanno reso disponibili. Di conseguenza è altrettanto evidente che nel processo si considera come vero ciò che è stato provato, anche in base al fondamentale principio epistemologico per il quale la verità è ciò che deriva dall'impiego razionale di tutte le informazioni disponibili».

Il contraddittorio dialettico tra gli esperti, consulenti e periti, trasmette al giudice le conoscenze per decidere sulla relazione causale, ogni qual volta non è possibile l'utilizzo di un sapere diffuso. Ne deriva la relativizzazione dei contenuti del giudicato: a meno di voler affermare che l'opinione dell'esperto super partes nominato dal giudice è aprioristicamente prevalente (e la giurisprudenza lo nega: Cass., III, 11/9/2013 n. 37264, nella cui motivazione si legge: "La perizia è in effetti, secondo i principi generali dell'epistemologia giuridica comuni tanto al processo penale quanto al processo civile, una valutazione e non una prova, id est un prodromo dell'accertamento fattuale del giudicante, il quale peraltro, in forza del principio del libero convincimento ed entro i confini in cui questo si manifesta, che sono appunto quelli motivazionali, non vi è vincolato, in quanto peritus peritorum") il suo contributo sarò fatto proprio dal giudicante o piuttosto sconfessato, all'esito di un confronto in cui prevale la migliore **narrazione, l'esposizione più convincente,** il mezzo e non il contenuto. La scelta del giudice, per essere condivisibile, dovrà apprezzare la rilevanza della esposizione (premiando quella che meglio si attaglia ai caratteri noti del fatto da giudicare), la sua attendibilità (per la fonte da cui promana), coerenza e non contraddittorietà (per la capacità di fornire un quadro privo di incertezze), precisione, completezza e verosimiglianza (meglio adeguandosi alle conoscenze non specialistiche di cui il giudice dispone, generalizzazioni di senso comune, conoscenze scientifiche, ecc.).

Di questa valutazione, ovviamente, rimarrà esclusiva traccia nella motivazione, con l'effetto limitativo di una sua possibile revisione in sede di legittimità. D'altra parte, il ricorso a consulenze e perizie è davvero necessario per dirimere casi dubbi (come si legge in Cass. IV, 17/9/2010 n. 43786: "per affrontare il tema dell'utilizzazione del sapere scientifico nel processo penale, occorre in primo luogo considerare che il problema della prova scientifica prende corpo quando l'inferenza probatoria che è alla base dell'accertamento del fatto non può essere articolata sulla base delle conoscenze ordinarie, del sapere diffuso. Si tratta di una contingenza che con frequenza si concretizza in processi come quello in esame, in cui l'indagine sulla relazione eziologica implica la necessità di tentare di comprendere intricati e spesso oscuri, ignoti intrecci che si muovono all'interno del processo che conduce all'esplosione di una patologia"); per questo è frequente che tramite tali strumenti

pervengano al giudice conoscenze in contrasto tra loro e tutte più o meno opinabili, da vagliare sul piano dialogico: è questo il vero significato della comune asserzione per la quale il giudice è peritus peritorum (SAGNOTTI, (141) , 8), ovvero giudice non delle verità scientifiche introdotte nel processo, ma piuttosto delle argomentazioni peritali, della loro coerenza logica rispetto ai fatti che egli ha accertato tramite le prove. Così sembra ammettere ancora Cass. IV, n. 43786/2010 cit., per la quale: "La spiegazione di un accadimento richiede sempre tale approccio dialettico che, tuttavia, non è semplice contesa verbale tra opinioni a confronto (che alimenta degenerazioni di tipo retorico) quanto piuttosto di contraddizioni all'interno dell'ipotesi esplicativa e soprattutto tra tale ipotesi ed alcuni fatti. La dialettica di cui si parla è dunque confronto tra l'ipotesi e i fatti; e tra le diverse ipotesi, alla ricerca della più accreditata alla luce delle concrete contingenze di ciascuna fattispecie. La congruenza dell'ipotesi non discende dalla sua coerenza formale o dalla corretta applicazione di schemi inferenziali di tipo deduttivo, bensì dalla aderenza ai fatti espressi da una situazione data. In breve occorre rivolgersi ai fatti, ricercarli ed analizzarli con determinazione".

La scelta del giudice tra le diverse possibile ricostruzioni dei fatti, come è evidente, non può che conseguire al ricorso a **criteri di ragionevolezza, influenzati dalla qualità dell'argomentazione scientifica, orientati all'imparzialità ed alla corretta applicazione dei criteri giuridici disponibili**. Si tratta di un criterio metodologico che non è suscettibile di una regolamentazione normativa: laddove si è voluto procedere in tal senso (come è avvenuto negli Stati Uniti, con il conio della Rule 702 delle Federal Rules of Evidence) ci si è dovuto limitare alla previsione che il contributo degli esperti può condizionare la decisione purché il giudice disponga di fatti o dati certi da sottoporre a giudizio, esso implichi spiegazioni fondate su metodi scientifici condivisi per quel particolare problema e questi siano applicati in modo corretto (su tale aspetto VICOLI, 214, 1239).

Come nell'accertamento del dolo, compiuto nella generalità dei casi attraverso una indagine dei contenuti della condotta (senza che questo scandalizzi più di tanto), nell'accertamento del nesso causale si procede dai fatti dettagliati, per quanto possibile, che le prove e gli indizi consentono al giudice di conoscere.

Dai fatti alle conoscenze causali, dunque.

Dopo la riformulazione dell'art. 533 comma 1 c.p.p. (in forza dell'art.5 l. 46/2006), la prospettiva relativizzata per la quale il dato ignoto della relazione causale si debba fondare sulla conoscenze disponibili (condotta ed evento, come fatti noti) sembra incontrare un ostacolo invincibile, posto che la sentenza di condanna deve essere pronunciata solo allorché la colpevolezza emerga **al di là di ogni ragionevole dubbio.**

La ragionevolezza del dubbio è un predicato **volutamente impreciso, poiché l'imprecisione è figlia dell'impotenza rispetto all'ambizione di fissare un rigido discrimine (qualitativo o quantitativo) tra ragionevolezza ed irragionevolezza**. Scrive FERRUA, (204) 20: non essendo "possibile [...] quantificare né il grado di probabilità oltre il quale si deve condannare né la probabilità che in concreto, ossia nel singolo processo, l'imputato sia colpevole", non resterebbe che "affidarsi a indicazioni approssimative, come quella offerta dall'aggettivo ragionevole"; ragionevole dubbio sarebbe "una categoria vaga ma perfettamente adeguata al settore induttivo, dove è altrettanto vago [...] il confine tra inferenze fondate e infondate".

E' bene premettere che la sentenza che si arresti al riconoscimento di un dubbio ragionevole (da tener distinto dalla **certezza che non** e dalla **assoluta mancanza di conoscenza)** è comunque tale da affermare il **non essere (giuridico) del nesso causale**. Questo giustifica che la ragionevolezza del dubbio sia apprezzata con prudenza.

La implicazione della regola BARD (così chiamata dall'acronimo inglese di beyond any reasonable doubt) è che l'esistenza del nesso causale può affermarsi anche in mancanza di certezze, ovvero in presenza di un dubbio, purché non sia ragionevole.

Difficile stabilire cosa si debba intendere per dubbio ragionevole. Scrive Wittgestein: "Non sarebbe ragionevole dubitare se questa sia davvero una pianta [...] Che mi appaia indubbio, non è importante. Se qui fosse irragionevole dubitare, questo non si potrebbe vedere dalla mia opinione. Dovrebbe dunque esserci una certa regola che dichiari che qui il dubbio è irragionevole. Ma [una simile regola] non c'è" (Wittgenstein, Della certezza. L'analisi filosofica del senso comune, Torino, 1999).

Più agevole escludere ciò che ragionevole non è, come il mero scetticismo, la insicurezza soggettiva o il conflitto tra conoscenze e credenze irrazionali (perché non fondate su conoscenze empiriche).

Il dubbio può invece originare dalla compresenza di spiegazioni causali conflittuali, dalla acquisizione nel processo di regole alternative esplicative della relazione tra C ed E; è in questi casi che si impone di **determinare i paradigmi di ragionevolezza del dubbio**.

Volendo sintetizzare, attingendo di nuovo all'epistemologia, questi possono essere **quantitativi o qualitativi**. Quantitativamente, il dubbio potrebbe ritenersi ragionevole allorché esso si fondi su una mera comparazione di percentuali di probabilità di due diverse possibili spiegazioni. Si tratta di una soluzione (c.d. pascaliana: sul punto VICOLI, 212, passim) che, come noto, è utilizzata nella causalità aquiliana, ove prevale il criterio del più probabile che non. Essa non può però adattarsi tal quale al giudizio penale, ispirato al diverso principio per il quale l'assoluzione di mille colpevoli è preferibile alla condanna di un solo innocente: alla mera quantità deve associarsi, in questo contesto,

un connotato qualitativo del sapere, come del dubbio. Invero, un confronto quantitativo tra conoscenze deve svolgersi considerando delle implicazioni della c.d. formula di Bayes, per la quale definito 1 il grado di conoscenza incontrastato di un fenomeno (ovvero l'intero delle conoscenze disponibili che esplicano il fenomeno), il dubbio implica prove contrarie, ovvero elementi conoscitivi per i quali ciascuna spiegazione appare sostenuta da un livello di prova 1 – n, laddove n è la prova contraria. In altre parole, **la probabilità che un'ipotesi sia falsa è necessariamente inversa alla probabilità che essa sia vera**: di conseguenza, una prova (o un insieme di prove) a favore di una spiegazione diversa da quella da dimostrare costituisce, automaticamente, anche una prova (o un insieme di prove) **contro** la tesi da dimostrare. Se si tratta di dimostrare il nesso causale, la certezza implica la mancanza di qualsiasi altra spiegazione causale alternativa, ovvero la mancanza di qualsiasi dubbio, ciò che la scienza nega possa darsi ed il diritto, proprio per il disposto dell'art. 533 c.p.p., non richiede di avere.

Una ponderazione quantitativa, poi, rinuncia a porre un fondamento davvero razionale alla scelta che si impone. Come si è detto « il soggettivismo [...] ci priva della via per discernere le buone congetture da quelle cattive » (Cohen, Il ruolo del peso probatorio nella prova penale, in AA.VV., L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove, Milano 2003, 193; nella stessa opera si veda anche Mura, Introduzione, XXVI s.): non indica « ciò che realmente rende un grado di credenza più giustificato degli altri gradi di credenza ».

Un diverso approccio (c.d. "baconiano") richiede allora che la probabilità di un'ipotesi consista in una **relazione logica** tra l'ipotesi e le prove che la supportano, valutata su base oggettiva (TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, in AA.VV., Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da CICU, MESSINEO, Milano, 1992, 174): verrebbe da dire, parafrasando il S.C. 43786/2010 cit. sulla base dei fatti noti letti nella prospettiva delle loro plausibili relazioni. Si tratta di una metodologia che richiama direttamente quella che si definisce **probabilità logica**: come scrive MAZZA, (191), 361: "Volendo definire la probabilità logica, potremmo fare riferimento alla relazione intercorrente fra un'ipotesi e gli elementi che ne confermano l'attendibilità".

Chiamato a ricostruire eventi del passato attraverso la diretta percezione di eventi del presente (le prove), il giudice deve effettuare una duplice operazione logico-valutativa: in primo luogo, formulare ipotesi circa il "caso" che ha prodotto il "risultato" osservabile (abduzione); in secondo luogo, scegliere l'ipotesi migliore tra quelle compatibili con i dati probatori (inference to the best explanation), utilizzando conoscenze ricavate dalla precedente osservazione di casi analoghi.

Cercando di tirare le fila di questo lungo discorso, possiamo affermare che il giudice dal processo attende la prova, oltre ogni ragionevole dubbio, dell'esistenza di fatti, ovvero la condotta (attiva e dolosa, percepibile coi sensi, o colposa od omissiva, frutto di un confronto tra il comportamento tenuto e quello atteso dall'ordinamento) e l'evento. Solo tali "accadimenti" possono essere oggetto di strumenti di trasmissione della conoscenza dotati di gradi di attendibilità relativamente tranquillizzanti. Documenti, testimonianze, strumenti di registrazione audio o video forniscono la rappresentazione dei fenomeni della realtà, da leggere nel loro significato immediato o piuttosto da sottoporre al confronto con quod facere debetur. Conosciuta la condotta e l'evento, nella loro unicità irripetibile (e quindi nel dettaglio) in virtù della propria scienza, il giudice deve affrontare il tema delle relazioni che intercorrono tra la prima ed il secondo. In tale secondo livello non dispone di alcun strumento rappresentativo di immediata percezione, non potendosi immaginare una prova rappresentativa delle relazioni tra i fenomeni per la impossibilità di riprodurli sperimentalmente.

La causalità, quindi, non può essere oggetto di una prova rappresentativa certa e diretta. Essa si ricava dall'analisi dei fatti noti: **è un dato ignoto che il giudice deve ricavare dalla conoscenza di fatti noti**. Il dato non può che essere oggetto di uno "sforzo" di accertamento, poiché integra uno degli elementi strutturali del fatto tipico ed ogni rinuncia avrebbe il significato di negarlo.

Nel farlo utilizzerà conoscenze causali e, laddove le stesse non siano di immediata rappresentatività e richiedano quindi il ricorso a conoscenze superiori, invocherà l'aiuto di chi ne dispone: consulenti e periti. Laddove il loro contributo risultasse contraddittorio, non potrà che impegnarsi in una scelta volta a verificare se l'una tesi integri il dubbio ragionevole circa la fondatezza dell'altra. Si tratta di una verifica da operare alla luce dei fatti. Laddove la condotta nota, rappresenti la violazione di una regola di condotta nota, dettata per prevenire eventi appartenenti al genere di quello occorso, questa ed i caratteri dell'evento rappresenteranno gli elementi sulla base dei quali optare per l'una o per l'altra tesi scientifica.

Si tratta, a ben vedere, del meccanismo tipico dell'accertamento mediante indizi, come descritto dall'art. 192 c.p.p. che ammette la possibilità che la conoscenza del giudice sia fondata su qualcosa di diverso dalla prova, ovvero appunto gli indizi, purché questi siano chiari precisi e concordanti. Non essendo questa la sede, possiamo sintetizzare (traendo la definizione dal dizionario Treccani) che indizio è il fatto certo (perché provato), che lascia prevedere o dedurre con qualche fondatezza un altro fatto non ancora avvenuto o non conosciuto direttamente. Si tratta di un segno, un dato della realtà che con la sua presenza può indicare l'esistenza di un altro dato della realtà. Riportato al caso che interessa: non disponendo della prova diretta dell'esistenza del nesso causale (ovvero della

conoscenza del processo di produzione di E come conseguenza di C, nel caso concreto che non è empiricamente ricostruibile), esso può dedursi da altri fatti noti e processualmente certi, perché provati. Per procedere in tal modo l'ordinamento richiede soltanto che gli indizi siano superiori ad uno (carattere che consente una fondazione di un loro requisito modale: la concordanza/discordanza, ovvero la loro capacità di indicare un dato da desumere unico o differente), siano chiari (sinonimo della loro significatività, ovvero della relazione logica che lega gli stessi al demostrandum, che deve rivelarsi con immediatezza) e precisi (espressione che fa riferimento al grado di concludenza della deduzione, nel senso che l'indizio deve apparire "ritagliato", dal significato etimologico del termine, su misura per la deduzione, non consentendone di differenti. Essi sono rappresentati dai fatti noti e dalle conoscenze scientifiche disponibili, generalizzazioni affidabili sulla base della comune esperienza per le quali è in grado di affermare l'esistenza di un rapporto di causa ed effetto (si pensi alle cause di una morte determinata da condotte che la comune esperienza qualifica, generalizzando, come «letali»: esplosioni, colpi d'arma da fuoco, caduta dall'alto; tra i contributi dottrinali che di recente hanno affrontato il tema, simili rilievi sembrano trovare conforto nelle parole di BARTOLI, (156) , passim, per il quale (p. 50 ss.) devono tenersi distinte le problematiche relative all'accertamento di decorsi causali reali, caratteristici del solo fatto commissivo doloso, ed ipotetici, caratteristici sia del fatto commissivo colposo che di quello omissivo; adotta invece una concezione unitaria del nesso causale della condotta attiva od omissiva PERINI, (163) , 436).

Nei **reati dolosi di evento** tale conoscenza può essere ricavata attingendo alla comune esperienza (e ne è dimostrazione la minor attenzione riservata alla verifica causale nei delitti con condotta violenta, laddove si pone soltanto la questione della possibile rilevanza di fattori causali concorrenti); **nei reati omissivi la conoscenza deve fare ricorso a regole scientifiche predittive**, dovendo far conto il diritto sull'evoluzione delle scienze, con tutti i limiti che questo comporta. **Nei reati colposi si deve fare riferimento alla relazione che intercorre tra evento che la norma precauzionale violata intendeva evitare ed evento in concreto occorso**, ovvero allo spettro prevenzionistico della regola violata. Laddove l'evento corrisponda a quello che la regola, come coniata dalla miglior scienza ed esperienza, era funzionale a prevenire, il nesso causale deve essere riconosciuto.

Accentrare la propria attenzione sulla mancanza di un'assoluta attendibilità di troppe leggi scientifiche di copertura, significherebbe imporre al diritto eccessive rinunce.

Gli indizi, secondo il parametro valutativo del 192 c.p.p., rappresentano per questo uno strumento risolutivo del dubbio. Indizi quali: * conoscenze di causalità generale affermative della potenzialità; ** corrispondenza tra evento ed effetti pronosticabili della esposizione; *** constatazioni dell'effetto

favorevole della eliminazione del fattore potenziale di produzione (invero non sempre disponibili); **** conoscenza almeno parziale del processo o meccanismo di produzione che lega C ad E, possono per questo fondare l'affermazione della responsabilità per aver causato l'evento, che ancora non è la responsabilità colpevole. Tutte tali valutazioni, poi, sono a loro volta ulteriormente condizionate dal grado di rilevanza degli effetti che conseguono (TUZET, (212) 3320)

In tale contesto l'esistenza di un dubbio ragionevole implica che sussista la prova di un altro fattore di produzione (come scrive ancora TUZET, (212) 3319 "a mio avviso tanto la "certezza processuale" - o "certezza ragionevole" - quanto il "ragionevole dubbio" dipendono da un intreccio di fattori che difficilmente può essere sciolto e che sicuramente include ragioni per credere e ragioni per agire.Fra le ragioni per credere è spesso decisivo il confronto fra ipotesi rivali, o in altri termini la questione delle alternative rilevanti: è ragionevole credere all'ipotesi accusatoria quando le ipotesi alternative sono irragionevoli" mentre "è ragionevole dubitare quando ci sono ragionevoli ipotesi alternative a quella accusatoria"), connotato da altrettanta o superiore credibilità, corroborata se del caso, dalla constatazione della inefficacia della eliminazione del fattore di produzione indagato. E' il percorso indicato dalla giurisprudenza: rileggendo la nota sentenza Franzese, Cass. IV 17/10/2013 precisa come la motivazione di quella pronuncia (in materia di omissione di cure mediche) induca a "ritenere che le Sezioni Unite […] abbiano inteso riferirsi non alla certezza oggettiva (storica e scientifica), risultante da elementi probatori di per sé altrettanto inconfutabili sul piano della oggettività, **bensì alla "certezza processuale"** che, in quanto tale, non può essere individuata se non con l'utilizzo degli strumenti di cui il giudice dispone per le sue valutazioni probatorie"; essa si consegue "valorizzando tutte le circostanze del caso concreto […] secondo un procedimento logico - analogo a quello seguito allorquando si tratta di valutare la prova indiziaria, la cui disciplina è dettata dall'art. 192 c.p.p., comma 2 - che consenta di poter ricollegare un evento ad una condotta omissiva "al di là di ogni ragionevole dubbio".

La motivazione è il luogo ove si concretizza tale modello epistemologico di ricostruzione. Una sentenza afferma validamente l'esistenza del nesso causale tra condotta ed evento allorché elabori gli elementi legittimamente acquisiti in giudizio (ed in caratteri impliciti alla condotta ed all'evento, prima di ogni altro), non li contraddica e fornisca una motivazione compiuta e coerente, rimanendo come solo rimedio, in sede di legittimità, la contestazione di tali connotati. Come scrive BLAIOTTA, (157) , 405, «il giudizio della Corte di Cassazione non riguarda l'affidabilità della legge scientifica, ma piuttosto la razionalità, la logicità dell'itinerario compiuto dal giudice di merito nell'apprezzare la validità del sapere scientifico e nell'utilizzarlo nell'inferenza causale».

Il grado di conoscenza causale sufficiente al diritto è imperfetto, perché il diritto è imperfetto nei suoi strumenti di ricostruzione della realtà e perché la scienza non è in condizione di fornire certezze sulla base dei quali "valutare" la realtà come ricostruita. Concentrarsi soltanto su tali manchevolezze («l'eterno ritorno» di cui parla DE FRANCESCO, (76) , 347), **può risultare paralizzante**. Anche nei casi meno nitidi, per perseguire il fine di prevenire la lesione dei beni giuridici e di reprimere le condotte contrarie alla loro salvaguardia, l'ordinamento legittimamente apprezza il dato obiettivo che il soggetto abbia dato origine ad un fattore del quale era nota la potenzialità di produrre il danno che si è in effetti avverato (il diritto che agisce in conformità ai propri fini DONINI (44), 38). D'altra parte nel contesto dell'antropologia ed ancor più delle relazioni umane e sociali l'idea della attribuzione causale sopravvive, in funzione di esigenze specifiche di tali sistemi scientifici. Nel diritto tale esigenza può sintetizzarsi nella possibilità di fondare l'asserzione che «non solo l'azione, ma lo stesso risultato esterno richiesto dalla fattispecie incriminatrice (ad es. la morte di un uomo nel caso dell'omicidio) è opera dell'agente» (FIANDACA, (15) , 120).

3.- LA CERTEZZA CAUSALE DELLA CONDOTTA DEL MEDICO: UN TEMA COMPLESSO.

Quanto sin qui detto suggerisce che, sia pure non senza enormi difficoltà, il metodo per la verifica dell'esistenza della condotta tipica causale (nei reati causalmente orientati) possa seguire una sorta di iter consolidato.

Non di meno, in alcuni particolari settori del diritto penale l'impiego della massima diligenza non conduce ad esiti davvero preventivabili. Questo avviene ogni qual volta si tratti di valutare non tanto l'interazione tra il soggetto ed una condotta violenta che assume, in sostanza, un'identica rilevanza chiunque ne sia vittima, ma piuttosto l'agire di fattori di produzione che siano fortemente influenzati dalla individualità della vittima. E' ciò che avviene nelle ipotesi di esposizione a fattori nocivi (tema estraneo a questo scritto) ed in quella della causalità della malpratica medica (sia pure con le dovute eccezioni). In quest'ultimo contesto tutto sembra precipitare nelle incertezze della medicina, nella sua mancanza ontologica di regolarità.

E' il diritto penale vivente a fornire la immagine più nitida di questa difficoltà di adattamento.

Consultando una delle più diffuse banche dati giuridiche disponibili sul mercato, traiamo in primo luogo l'impressione di una materia in ebollizione: nel solo mese di ottobre del 2014 risultano pubblicate sei sentenze della Quarta sezione penale del S.C. dedicate al tema. Il dato peraltro non stupisce; da tempo ormai l'offerta sanitaria è al centro dell'attenzione degli organi inquirenti, sotto la

spinta costante di un'opinione pubblica che considerando la salute un diritto, crede che ognuno abbia il diritto ad essere sano.

Il secondo dato disturbante è che dall'analisi delle vicende giurisprudenziali si ricava il dato di un numero enorme di accuse mosse, ogni qual volta si verifichi un insuccesso (uno dei troppo numerosi insuccessi) dovuto agli attuali limiti della medicina, delle sue conoscenze e metodologie, cui non sempre corrisponde un dato altrettanto significativo di condanne. Di più, l'analisi del campione offerto dalle sentenze dell'ottobre 2014 rivela che con grande frequenza gli esiti dei giudizi sono incostanti: assoluzioni seguite da riforme in appello, condanne seguite da annullamento in sede di legittimità etc.. Si potrebbe concludere che si tratti di una sorta di epifenomeno di una premessa elementare: per formulare l'accusa basta una sola persona, per conseguire una sentenza definitiva di condanna occorre il consenso di molti giudici.

Ma il dato fornisce un ulteriore elemento di riflessione: forse il complesso degli insegnamenti contenuti in numerosissime sentenze del passato non è sufficiente a rendere prevedibile l'esito dei giudizi futuri. Emblematica la vicenda della sentenza Franzese, stiracchiata da tutte le parti, da chi chiede la condanna e da chi esige l'assoluzione.

Gli effetti di una simile incertezza, della permanente incostanza della giurisprudenza, sono sotto gli occhi di tutti: da un lato la tentazione dei medici di a rimanere nel comodo grembo delle prassi consolidate, adottando le scelte poco coraggiose della medicina difensiva, dall'altro la enorme causidicità.

L'incertezza è figlia di molti padri.

1- La scienza medica non è sempre in grado di fornire conoscenze dotate di un elevato grado di regolarità. Così descrivono TURILAZZI, NERI, FRATI, RIEZZO, FINESCHI, in RIML 2014 p. 375 lo stato della letteratura medica: "La grande quantità di pubblicazioni prodotte su uno stesso argomento, le carenze metodologiche di una parte importante delle ricerche condotte, i limiti del processo di peer review, la tendenza a pubblicare più frequentemente gli studi positivi di quelli negativi (publication bias), insieme con i limiti del tradizionale processo di revisione della letteratura affidata agli esperti (le cosiddette review narrative o tradizionali)" sono motivi che rendono auspicabile, in futuro, revisioni sistematiche (RS). D'altra parte, come continuano gli autori, nella medicina forense "talune tipologie di studio, ampiamente utilizzate nella ricerca clinica, quali gli studi randomizzati controllati e gli studi prospettici "cross sectional" non sono, di fatto, intraprendibili".

2- Sopravvivono settori nei quali non è neppure pensabile di disporre di una regolarità: si pensi alla psichiatrica ed alle sue ontologiche difficoltà, superabili nella sola prospettiva, allo stato limitata, delle neuroscienze.

3- Le regole, poi, sono dettate sulla base di parametri di normalità. Ogni considerazione scientifica predittiva accetta la propria fallibilità. Questa è largamente condizionata dalla identità del paziente, dalle proprie condizioni singolari ed irripetibili: allergie, idiosincrasie, iper o iposensibilità al preparato farmacologico, condizioni generali, condizioni patologiche pregresse, voglia di vivere…. Ancora una volta queste significano ancora di più in certi settori: si pensi di nuovo alla psichiatria.

4- La scienza medica è una disciplina pratica che persegue l'ideale di fare tutto il possibile, anche se non sempre è noto il grado di vera utilità. Se questo è un dovere, non si deve confondere la scelta di non adeguarsi allo stesso con una causa dell'evento. Esiste dunque una palese e riconosciuta discrasia tra ciò che si deve fare e ciò che è impeditivo e quindi si deve fare.

5- La medicina ambisce poi alla sperimentazione, perché tramite essa, attraverso i suoi fallimenti, come direbbe Popper, essa consegue nuovi e superiori livelli di conoscenza. Il vaglio severo del giudizio penale può mortificare questa aspirazione con consenguenze complessivamente negative, in termini di sistema.

6- La medicina è esposta ad una spasmodica richiesta di punizione dell'insuccesso e non di punizione del fatto criminoso (l'aver cagionato per colpa).

Eppure esiste urgente il bisogno di riconciliare, sul piano pratico, le aporie della giurisprudenza, che spesso ispirata alla logica del tutto o niente, ondeggia tra condanne fondate su una sorta di presunzione di causalità, ove difetta la precisa identificazione processuale di un elemento del fatto tipico, es altre che constatano la impotenza del diritto a garantire giustizia,

Alcune delle risposte offerte dalla giurisprudenza rivelano la impossibilità di accettare una situazione di tal fatta, rivelando il ricorso a soluzioni non sempre commendevoli:

1- A fronte di casi poco chiari, piuttosto che subire la regola del tutto o nulla concludendo che non ci sono i fondamenti per una condanna BARD, preferisce abiurare il metodo della causalità fondata sull'evidenza scientifica per rifugiarsi in un intuizionismo fondato su un preteso, malinteso, senso comune (ancora una volta accade spessissimo nella psichiatria che rappresenta una sorta di terra di confina).

2- Altre vole, ed è una soluzione ancora peggiore, preferisce ricorrere alla motivazione apparente, richiamando concetti rimasticati (e di nuovo emblematico l'uso fatto della sentenza Franzese e dei suoi insegnamenti) e sperando di pervenire ad un elaborato congruo e coerente.

3- Spesso si nasconde poi dietro lo schermo delle regole processuali: si pensi al merito in cassazione che potrebbe consentire ancor oggi una sentenza di condanna per una fattucchiera

4- Altre volte manipola istituti del diritto penale sostanziale. Si pensi alla strumentale risoluzione del problema della natura attiva o omissiva della condotta causale.

5- Infine riesuma istituti che dovrebbero essere confinati in un limbo: si pensi al concorso colposo nel delitto doloso (ancora una volta in psichiatria).

Analizzeremo i singoli problemi affrontando il tema della responsabilità dello psichiatra, vera e propria ultima frontiera della causalità medica.

Per il momento ci limitiamo ad osservare come la prima tecnica implichi un evidente rottura della legalità e della determinatezza: se le norme incriminatrici cui si ricorre (589 e 500 c.p.) descrivono il fatto tipico come cagionare per colpa, allora la sua identificazione presuppone non solo la identificazione della natura antidoverosa della condotta, ma altresì la sua chiara significatività causale, connotato oggettivo che non può dipendere dalle convinzioni del giudicante, se non a prezzo di determinarne connotati variabili all'infinito. Nascondendosi dietro i limiti del metodo processuale (cfr. tra le altre Cass. IV 18/2/2014 n. 16975: "*Al riguardo, la giurisprudenza costante di questa Corte ammette, in virtù del principio del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove la possibilità del giudice di scegliere fra varie tesi, prospettate da differenti periti, di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purchè dia conto con motivazione accurata ed approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermate sulle tesi che ha ritenuto di disattendere e confuti in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, sicchè, ove una simile valutazione sia stata effettuata in maniera congrua in sede di merito, è inibito al giudice di legittimità di procedere ad una differente valutazione, poichè si è in presenza di un accertamento in fatto come tale insindacabile dalla Corte di Cassazione, se non entro i limiti del vizio motivazionale (Cass. sez. 4, 20 maggio 1989 n.7591 rv. 181382*). poi, si nega la ammissibilità dei motivi di ricorso fondati sulla falsa applicazione delle norme penali sostanziali. E ancora sulla richiesta di rinnovazione del dibattimento: "*Infine, quanto alla censura riguardante il rigetto della richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello avente ad oggetto un nuovo esame del consulente d'ufficio in contraddittorio con gli altri esperti, le ragioni esposte in sentenza relativamente alla adesione alle conclusioni del prof. Be., innanzi riportate danno contezza della giustezza del provvedimento. In merito si osserva che l'istituto della rinnovazione del dibattimento in appello costituisce istituto eccezionale che deroga al principio di completezza dell'istruzione dibattimentale di primo grado, per cui ad esso può e deve farsi ricorso soltanto quan-*

do il giudice lo ritenga assolutamente indispensabile ai fini del decidere (nel senso che non sia altrimenti in grado di farlo allo stato degli atti)" (Cass. Ult.cit.).

La confusione tra causalità attiva ed omissiva, poi, sembra espressione di un vero e proprio gioco delle tre carte. Si tratta di una soluzione che consente di evitare un ostacolo considerato insormontabile: adottando il modello causale per omesso impedimento, infatti, si dovrebbe affrontare la dimostrazione della effettiva e concreta utilità della condotta doverosa a prevenire l'evento *hic et nunc* verificatosi. Ricorrendo ad un modello di causalità attiva, invece, si ritiene di poter confidare su elementi di dimostrazione dotati di un grado elevato di astrattezza, sfruttando regole di casusalità generale per le quali nella maggioranza dei casi studiati, la condotta medica suggerita dalla migliore scienza ed esperienza consente un certo numero di possibilità di successo.

Si legge in numerose sentenze (fra le altre Cass.IV, 12/11/2008 n. 4107): "*In particolare nella responsabilità professionale medica (ma non solo) viene frequentemente ritenuta omissiva una condotta che tale non è anche perchè sono ben pochi i casi nei quali la condotta cui riferire l'evento dannoso è chiaramente attiva (il chirurgo ha inavvertitamente tagliato un vaso durante l'intervento) o passiva (il medico ha colposamente omesso di ricoverare il paziente). Nella stragrande maggioranza dei casi sono presenti condotte attive e passive che interagiscono tra di loro rendendo ancor più difficile l'accertamento della natura della causalità.*

E' peraltro necessario evitare la confusione tra il reato omissivo e le componenti omissive della colpa: i casi del medico che adotta una terapia errata (e quindi omette di somministrare quella corretta) o che dimette anticipatamente il paziente (e quindi omette di continuare a curarlo in ambito ospedaliero) non rientrano nella causalità omissiva ma in quella attiva.

Si è detto che i medici che hanno sbagliato diagnosi e terapia "non hanno violato un comando penale, bensì solo un divieto di cagionare (o contribuito a cagionare, si trattasse anche solo di accelerare) lesioni o morte con negligenza, imperizia o imprudenza".

Causalità omissiva sarà dunque quella del medico che omette proprio di curare il paziente o che rifiuta di ricoverarlo. Al più potrebbe ritenersi condivisibile il più recente orientamento secondo cui, nell'ambito della responsabilità medica, avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi; sarebbe invece omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente".

Questo vero e proprio escamotage si dimostra doppiamente inopportuno: da un lato esso trascura di considerare come la verifica dell'effettiva e concreta utilità della condotta alternativa doverosa sia

imposta non solo di fronte a condotte omissive, ma anche a fronte di una qualsiasi condotta a base normativa (coinvolgendo in genere le condotte colpose, fondate sulla violazione di una regola prevenzionistica).

Essa, infine, nega i fondamenti distintivi tra causa attiva e causa per omesso impedimento, come chiaramente delineati dall'art. 40 cpv. c.p.: la prima capace di determinare il superamento di uno stato inerziale nel quale non sono in atto processi di produzione, per dare origine ad uno dipendente dall'agire umano; la seconda che presuppone la esistenza di un processo di produzione che prescinde dalla condotta umana (o meglio dalla condotta del medico oggetto di imputazione perché antidoverosa) e si fonda sulla mancata attuazione di meccanismi antagonisti ad esso.

Provando a sintetizzare proprio questo modello prevale nella condotta medica.

1.- Mancata diagnosi o mancato ricorso a strumenti diagnostici. Sono casi di omesso impedimento nei quali la condotta antidoverosa del medico non consente di riconoscere uno stato patologico che sarebbe stato necessario contrastare. Laddove si dimostri che, nel caso concreto, il ricorso alle soluzione terapeutiche note e praticabili a fronte della diagnosi che avrebbe dovuto essere compiuta, avrebbe impedito l'evento *hic et nunc* verificatosi (salvando la vita del paziente o determinando una significativa dilazione della morte) si può ipotizzare la rilevanza causale dell'omissione.

2.- Errata diagnosi: avuto riguardo ad una precisa ricostruzione dell'evento *hic et nunc* (es. altra cosa è la morte per ipossia conseguente ad ipovolemia, rispetto alla morte conseguente ad ipossia da edema polmonare), possiamo considerare due casi:

- morte cagionata dal male non diagnosticato (modello di verifica omissivo)
- morte cagionata dalla terapia del male non esistente (condotta attiva)

3. Diagnosi corretta : fatte le usuali premesse si possono considerare i seguenti casi:

- erronea decisione di non curare per una scelta consapevole: omesso impedimento
- decisione di curare con farmaci inutili : omesso impedimento
- decisione di curare con farmaci dannosi: * evento HIC ET NUNC cagionato dalla patologia originaria (omesso impedimento); ** evento cagionato dalla terapia dannosa (causalità attiva); IDEM per terapie non farmacologiche ma chirurgiche: causa attiva della morte può essere l'inadeguata esecuzione (attiva) o piuttosto la inefficace esecuzione (omissiva).
- Condotte che non si esprimono in scelte diagnositche o terapeutiche: negligenze o imperizie come mancanza di igiene (attiva); determinazione infezione iatrogena (attiva); errori modali come

intubamento non ben eseguito: se produce danni alla trachea attiva, se non ossigena e il paziente muore per ipossia omissiva.

Non deve credersi che accertando di procedere con rigore secondo le regole implicite alla diversa natura della condotta antidoverosa il problema si debba ritenere comunque risolto. Non è questo però il modo corretto di impostare il problema.

E' infatti inevitabile considerare che il nesso causale potrà essere riconosciuto o dovrà essere escluso secondo i caratteri concreti del fatto tipico: l'unica pretesa che è legittimo formulare a priori è quella per la quale il giudicante proceda a mente aperta.

4..- I CASI MENO NITIDI: LO PSICHIATRA.

La palestra nella quale intendiamo esercitare questi comandamenti è particolarmente delicata: la portata causale di una condotta terapeutica inadeguata del medico psichiatra rispetto ad atti auto od eteroaggressivi del paziente.

E' un tema ormai classico, sul quale si sono spesi fiumi di inchiostro. Per questo non credo di poter dare un contributo originale, soprattutto in presenza di uno studioso che molto ha contribuito in materia (DODARO).

Non di meno, trattandosi di un territorio di confine, nel quale si intersecano problematiche complesse, è in tale contesto che risulta più utile mettere alla prova le metodologie della verifica causale.

Gli aspetti peculiari sono numerosi:

- In primo luogo si tratta di vicende nelle quali la c.d. causalità reale, ovvero il processo di produzione dell'evento (morte del paziente o evento in danno di terzi) non è per ipotesi in discussione. Che l'evento sia cagionato dalla condotta del paziente è piuttosto la premessa per poter verificare se il medico possa risponderne per non averla impedita.
- Tale causa reale deve avere come proprio "fattore scatenante" una condizione patologica dell'autore del fatto, ovvero la condotta deve essere espressione della malattia;
- La ipotetica causalità potrà riguardare condotte attive od omissive, anche se le seconde nella casistica appaiono come più frequenti, risultando rilevanti scelte mediche come tali inappropriate rispetto a metodologie di terapia che devono essere identificabili a priori, evitando le perniciose conseguenze del c.d. hindsight bias;

- Di tali condotte si dovrà apprezzare la capacità di indurre una reazione etero o autoaggressiva, su un paziente altrimenti "inerte" (condotta attiva) o piuttosto la capacità di impedirne il naturale (ma patologico) manifestarsi.
- Il tema, soprattutto a fronte di comportamenti eteroaggressivi, si sovrappone con altro, altrettanto "classico" e tribolato: quello del concorso colposo nel delitto doloso. Ritenendolo ammissibile (come opina Cass. IV, 11/3/2008 n. 10795[1]), si supera di slancio la que-

[1] Questa la motivazione: " non ignora la Corte che autorevoli orientamenti dottrinali si sono espressi negativamente sulla possibilità che, nel nostro ordinamento, possa configurarsi una simile forma di compartecipazione. I pilastri di questa posizione negativa sono sostanzialmente due: l'art. 42 c.p.,comma 2 […] e l'art. 113 c.p. […].
L'esame della giurisprudenza di legittimità consente di rilevare che la decisione più recente che abbia affrontato il problema è orientata in senso favorevole a ritenere ammissibile il "concorso" colposo nel reato doloso. Ci si riferisce a Cass., sez. 4, 9 ottobre 2002 n. 39680, Capecchi, rv. 223214, che si rifà a più risalenti precedenti (Cass., sez. 4, 20 maggio 1987 n. 8891, De Angelis, rv. 176499 e 4 novembre 1987 n. 875, Montori, rv. 177472) che hanno ritenuto ammissibile il concorso colposo in casi di incendio doloso sviluppatosi per la negligente sistemazione del materiale infiammabile (lo stesso caso della sentenza Capecchi).
Di contrario avviso erano stati altri precedenti, uno della medesima sezione 4 (sentenza 11 ottobre 1996 n. 9542, De Santis, rv. 206798), uno della terza sezione (20 marzo 1991 n. 5017, Festa, rv. 187331) e uno delle SS.UU. 3 febbraio 1990 n. 2720, Cancilleri, rv. 183495); questi ultimi due precedenti riguardano il caso del concorso colposo del notaio nel reato di lottizzazione abusiva.
[…]
La premessa da cui questa Corte ritiene di dover partire è costituita dal riconosciuto superamento delle teorie che si rifanno al concetto di unitarietà del fatto reato di natura concorsuale (ritenuto un "dogma" da parte di un illustre Autore pur contrario alla tesi dell'ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso). Le difficoltà di inquadramento teorico di queste forme di partecipazione soggettiva eterogenea (i problemi si pongono anche per la partecipazione dolosa nel delitto colposo) si attenuano riconoscendo la pluralità dei fatti reato nei casi in cui l'evento sia unico.
…la compartecipazione è stata espressamente prevista nel solo caso del delitto colposo perchè, nel caso di reato doloso, non ci si trova in presenza di un atteggiamento soggettivo strutturalmente diverso ma di una costruzione che comprende un elemento ulteriore - potrebbe dirsi "in aggiunta" - rispetto a quelli previsti per il fatto colposo, cioè l'aver previsto e voluto l'evento (sia pure con la sola accettazione del suo verificarsi, nel caso di dolo eventuale). Insomma il dolo è qualche cosa di più, non di diverso, rispetto alla colpa e questa concezione è stata riassunta nella formula espressa da un illustre studioso della colpa che l'ha così sintetizzata: "non c'è dolo senza colpa".
Se questa ricostruzione è plausibile la conseguenza è che non fosse necessario prevedere espressamente l'applicabilità del concorso colposo nel delitto doloso perchè se è prevista la compartecipazione nell'ipotesi più restrittiva non può essere esclusa nell'ipotesi più ampia che la prima ricomprende e non è caratterizzata da elementi tipici incompatibili. Questa rilettura incrina anche il valore dell'obiezione che si fonda sulla previsione dell'art. 42 c.p., comma 2: non si tratterebbe di una previsione implicita di un reato colposo ma di una ricostruzione che ha disciplinato espressamente un aspetto del problema sul presupposto che la disciplina riguardasse anche il tema più generale.
E' poi da rilevare che la già ricordata sentenza Capecchi ha ritenuto superabile l'ostacolo della previsione dell'art. 40 c.p., comma 2, con un'ulteriore argomentazione che appare condivisibile: questa disciplina, anche per la formulazione letterale usata dal legislatore, non può che riguardare esclusivamente la previsione delle singole norme incriminatici, che deve appunto essere espressa, ma non la disciplina delle regole concorsuali che si deve trarre dagli artt. 110 e 113 c.p..
A questo punto si pone un ulteriore problema: che cosa avviene se ci si trova in presenza di concorso di cause colpose indipendenti ? Per natura e per definizione in questo caso non ci troviamo in presenza di un "concorso" di persone nel reato: tutte contribuiscono causalmente al verificarsi dell'evento ma gli atteggiamenti soggettivi non s'incontrano mai neppure sotto il profilo della consapevolezza dell'altrui partecipazione come invece avviene nella cooperazione colposa. In questi casi la concezione che si fonda sull'unitarietà del reato non è solo un dogma ma è pro-

prio da ritenersi errata perché alcun legame esiste, sotto il profilo soggettivo, tra le varie condotte anche se l'evento è unico.
Quando ci si trovi in presenza di cause colpose indipendenti l'applicabilità delle regole sul concorso di cause è espressamente prevista, sotto il profilo causale, dall'art. 41 c.p., il cui comma 3, prevede espressamente che questa disciplina si applichi anche quando la causa preesistente, simultanea o sopravvenuta consista nel fatto illecito altrui.
Ma proprio perché le condotte sono indipendenti le medesime andranno autonomamente valutate e per ciascuna di esse andrà accertato se abbia fornito un contributo causale al verificarsi dell'evento e se la condotta causalmente efficiente sia caratterizzata dai requisiti tipici della colpa. In questi casi, proprio per l'indipendenza delle azioni, ogni condotta va separatamente individuata e, ciò che assume particolare rilievo per la soluzione del nostro problema, diviene irrilevante che uno o più dei contributi causali possa avere carattere doloso perché la disciplina sulla causalità contenuta nel citato art. 41 c.p., riguarda sia i reati colposi che quelli dolosi.
E allora se per il riconoscimento della partecipazione colposa indipendente al reato doloso non esistono ostacoli insuperabili è agevole concludere che sarebbe irragionevole, nel caso di cooperazione, escludere la partecipazione colposa al delitto doloso solo perché l'agente è consapevole dell'altrui condotta dolosa.
Il di più costituito da questa consapevolezza aggrava infatti, e non attenua, il disvalore sociale della condotta: quale spiegazione razionale potrebbe trovare una soluzione affermativa sulla compartecipazione al reato doloso quando manca la consapevolezza di questa condotta e non quando questa consapevolezza esista ? Deve dunque concludersi, sul tema esaminato, che **è ammissibile il "concorso" colposo nel delitto doloso sia nel caso di cause colpose indipendenti che nel caso di cooperazione colposa e purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa e la sua condotta sia caratterizzata da colpa**.
Riconosciuta l'astratta ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso non è necessario addentrarsi nell'ulteriore aspetto che presenta il caso in esame caratterizzato dalla circostanza che il fatto "doloso" del terzo è stato compiuto da persona non imputabile.
Il riconoscimento della natura non dolosa della condotta della persona non imputabile sarebbe infatti idoneo a rafforzare la possibilità di riconoscere la compartecipazione dell'estraneo.
Va però precisato che il riconoscimento dell'astratta possibilità di concorso colposo nel reato doloso non significa che in ogni caso questa compartecipazione vada riconosciuta perché, una volta accertata l'influenza causale della condotta colposa dell'agente, andrà verificata l'esistenza dei presupposti per il riconoscimento di una colpa causalmente efficiente nel verificarsi dell'evento.
Per la soluzione di questo complesso problema può intanto osservarsi che, **nel caso in cui l'evento dannoso si verifichi all'esito di una sequenza di avvenimenti in cui si sia inserito il fatto doloso del terzo è necessario verificare anzitutto, sotto il ricordato profilo dell'elemento soggettivo, se la regola cautelare inosservata era diretta ad evitare la condotta delittuosa del terzo: si pensi a chi, preposto alla tutela di una persona, se ne disinteressi consentendo all'assalitore di ledere l'integrità fisica della persona protetta.**
E' la posizione di garante rivestita dall'agente che fonda l'obbligo di osservanza di determinate regole cautelari la cui violazione integra la colpa.
Indipendentemente dall'esistenza di una posizione di garanzia analoghi obblighi di tutela possono discendere dall'esistenza di un potere di controllo di fonti di pericolo quali per es. armi, veleni, esplosivi; per es. il farmacista non può vendere un farmaco potenzialmente letale alla persona che sa aver già tentato di avvelenare un familiare; chi possiede un'arma non può lasciarla incustodita in un luogo frequentato da bambini. I casi già indicati relativi alla creazione dei presupposti perché si sviluppi un incendio doloso si inquadra in questa categoria del controllo delle fonti di pericolo.
[…]
I casi più complessi sono ovviamente quelli nei quali la regola è stata predisposta non tanto per altri fini ma in vista di decorsi causali diversi: si pensi al lavoratore che opera in altezza e che non sia stato munito delle cinture di sicurezza. Risponde il datore di lavoro anche delle conseguenze di una caduta (che non si sarebbe verificata con l'uso del mezzo di protezione) volontariamente cagionata da un terzo ? E' ragionevole ritenere, in questi casi, che ciò che rileva è l'individuazione dell'evento dannoso che la regola cautelare mira ad evitare : anche se questa regola è stata pensata in relazione a percorsi causali diversi il rischio che la norma concretamente vuole evitare è quello di caduta indipendentemente dalle cause che l'hanno provocata. E così in tutte quelle situazioni nelle quali l'evento volontariamente cagionato è della stessa natura di quello preso in considerazione nella formazione della regola cautelare.
Diverso è ancora il caso in cui la condotta dell'agente costituisca l'occasione perché il terzo compia l'atto doloso. In questo caso si torna alle considerazioni iniziali: per ravvisare la responsabilità colposa del primo agente occorrerà

stione della rilevanza causale della condotta medica, dovendosene cogliere soltanto la dimensione strumentale rispetto all'agire causale e doloso altrui. In altri termini, nella prospettiva del concorso eventuale, il giudizio di causalità deve riferirsi al complesso delle condotte concorrenti non risultando per tabulas necessario che tutte siano condizioni dell'evento (argomento ex art. 114 c.p.). La loro significatività rileva in riferimento al reato plurisoggettivo nel suo complesso, potendo concludersi che sussiste un contributo rilevante ogni qual volta il secondo termine della relazione causale è l'agire dei compartecipi.

Le difficoltà di verifica saltano agli occhi:

- Il giudicante non potrà confidare su regole scientifiche dotate di un grado di verifica prossima alla certezza, poste le limitatezze ontologiche della psichiatria come scienza, impossibilitata a disporre, come invece accade in altre discipline mediche, di evidenze cliniche obiettive.
- In entrambi i casi si tratterà di accertare l'efficacia causale della condotta medica inappropriata sul processo di ideazione del paziente, ovvero una causalità psichica.
- L'accertamento degli effetti di determinate scelte terapeutiche sarà ulteriormente resa difficile dalla ipotizzata preesistenza di un'alterazione patologica del paziente, non potendosi così fare ricorso agli ordinari criteri di valutazione delle interazioni farmacologiche e/o meramente relazionali, studiate sul presupposto della reciproca normalità dei protagonisti.

4.1.- UNA SINTETICA ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA.

Quello che è certo è che il tema è con significativa frequenza posto all'attenzione del giudicante.

CASO Vignoli.

Dall'analisi della giurisprudenza edita è possibile, comunque, cogliere alcune linee di tendenza.

---

che questi sia titolare di una posizione di garanzia o di un obbligo di tutela o di protezione e che sia prevedibile l'atto doloso del terzo.

Il nostro caso può dunque essere risolto solo dopo che si accerti l'esistenza di una posizione di garanzia del dott. P. in favore del paziente e l'ambito di questa posizione (se sia cioè prevista non tanto per la tutela dei terzi quanto per evitare l'aggressione da parte del paziente anche ai beni di terzi) oltre che della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso. Queste risposte potranno quindi essere date solo dopo l'esame dei motivi di ricorso.

A) E' noto che l'accertamento del nesso causale procede a due velocità: talvolta i giudicanti paiono dare per scontato che esista (ed è quello che avviene a fronte di una condotta dolosa a base violenta[2]), altre volte impostano un articolata analisi, con il ricorso ad esperti di altre scienze (ed è quello che accade nei processi ove si giudicano vicende connotate da rilevanti interessi economici e, soprattutto, condotte a base lecita). Una simile attenta valutazione sembrerebbe imposta nel caso dell'accertamento della causalità della condotta dello P.: rilevanti gli interessi (prima di tutto prevenire tentazioni di medicina difensiva[3]), difficoltosa la verifica; lecito il contesto di base della condotta. Non di meno, in giurisprudenza si trovano pronunce (Cass. IV, 29/12/2008 n. 48292) nella quali il giudizio pare fondato su una sorta di **scienza personale** del giudicante, come se fosse ricavabile da quel grado di consapevole e condiviso significato di causa che accomuna una determinata condizione antropologico culturale. Si legge nella sentenza citata che le doglianze sulla rilevanza causale "sono, in ogni caso, inammissibili perché il richiamato giudizio di sussistenza del rapporto di causalità posto alla base della decisione di condanna non è, nel caso di specie, sindacabile, avendo il giudicante fornito una motivazione immune da censure, **siccome del resto basata su una considerazione fattuale**

---

[2] Non sono poche le sentenze nelle quali il S.C. si libera della questione con la osservazione che si tratta di un "normale nesso di causalità" (Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 13-03-2013) 04-06-2013, n. 24217 : il caso della persona morta perché chiusa dentro un divano) e questo nei casi in cui ritiene di doversi occupare di un motivo di merito, nonostante la congruità della motivazione. Ancora Cass. I, 22/7/2013, n. 31466, morte conseguita a ripetute iniezioni di cocaina: "La Corte, affrontando la questione relativa al tema della ***causalità***, dedotto dall'appellante sotto il profilo della carenza di prova del collegamento della morte della vittima alla inoculazione della droga da lui acquistata e somministrata o della presenza di altre concause idonee ad attenuare la sua responsabilità, collegate all'assunzione pregressa di altre sostanze stupefacenti ovvero di psicofarmaci […] ha puntualizzato in diritto il principio di equivalenza delle cause, ha rimarcato la insussistenza di alcuna causa preesistente, neppure ipotizzata, da sola sufficiente a causare la morte della vittima indipendentemente dalla assunzione del mix di stupefacenti inoculato dall'appellante, e ha escluso in fatto la presenza di alcuna causa preesistente che abbia potuto causare l'indicato evento in sinergia con la condotta del medesimo, che, per l'effetto, non sarebbe, comunque, esente da responsabilità per il fatto commesso". "Allo sviluppo di tale questione la Corte ha proceduto (come sintetizzato sub 4.1. del "ritenuto in fatto") esplicitando le verifiche svolte in correlazione alle risultanze processuali, oggetto della condivisa descrizione e analisi contenuta nella sentenza di primo grado, ripercorrendo i plurimi motivati elementi di riflessione, pure indotti dalle osservazioni e dalle illazioni difensive, e traendo dai dati fattuali esaminati solide ragioni giustificative della ritenuta convergenza e completezza del quadro probatorio al fine del rilievo conclusivo, certo e categorico, che la morte della vittima è stata determinata unicamente, con esclusione di cause alternative, preesistenti o sopravvenute (comunque irrilevanti), dall'azione altamente tossica delle sostanze stupefacenti, inoculate in associazione tra loro in bolo unico in vena a soggetto non aduso alla inoculazione delle stesse".

[3] FORTI, CENTONZE, *Diritto e sapere scientifico in campo sanitario: un progetto di integrazione multidisciplinare*, in RIML, 2011, 915 osservano "Queste posizioni della giurisprudenza alimentano la c.d. "psichiatria difensiva" e possono favorire un improprio potenziamento di quelle pratiche che astrattamente assicurano "una garanzia rispetto alle situazioni di rischio": innanzitutto, il T.S.O. e l'aumento della terapia farmacologica (in questo senso, il saggio di G. Agnetti, S. Righi, *Contesto di cura e posizione di garanzia: riflessioni ad uso Spdc e residenze*, pubblicato nel volume, recensito da A. Nisco nelle pagine successive della *Rivista*, G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011, p. 167)".

incontrovertibile: l'autorizzazione all'uscita dal reparto aveva rappresentato la premessa imprescindibile per la realizzazione delle condizioni che avevano reso possibile il gesto suicidario. Se, dunque, gli imputati avessero tenuto il comportamento alternativo lecito (si fossero, in altre parole, comportati in maniera osservante della regola cautelare) l'evento non si sarebbe verificato. In altre parole, il comportamento alternativo corretto (imporre, e comunicare al personale infermieristico in servizio, il divieto di uscire dal reparto senza accompagnamento) sarebbe stato in concreto idoneo ad evitare l'evento dannoso"[4].

Altre volte (ed è il caso di Cass. IV, 12/2/2013 n. 16975) il metodo è quello dei confronti tra i saperi scientifici: singolare che nel caso la S.C. dovesse confermare una sentenza assolutoria[5], per poi concludere che si trattava di mutare le formula.

B) Il percorso motivazionale, specificatamente nelle sentenze di condanna, si dedica prioritariamente alla ricostruzione dell' "agere debetur" che rappresenta in tal senso una sorta di centro gravitazionale della pronuncia, capace di attrarre nella propria orbita le conseguenti verifiche sul piano della causa e della colpa (emblematica Cass. IV, 11/3/2008 n. 10795, che posticipa l'accertamento causale e a quello del rimprovero per l'agire antidoveroso). Siamo di fronte al fenomeno della normativizzazione della responsabilità colposa. Il riscontro dell'avvenuta violazione della regola cautelare, soprattutto se severa, sembra indurre il giudicante a ritenere superflue argomentazioni motivazionali in merito alla rilevanza causale della condotta antidoverosa ed in merito al giudizio di rimprovero colposo.

---

[4] Identiche le linee motivazionali di altre sentenze (impossibilità di una revisione del merito, evidenza della causa): Cass. IV, 6/11/2003, 10430. Si legge nella pronuncia: "!Risulta esente da censure di legittimità la sentenza di merito che, nell'affermare la responsabilità colposa di un medico psichiatra direttore di una casa di cura per il suicidio di una paziente ricoverata affetta da sindrome depressiva psicotica attuato in luogo esterno alla casa predetta, motiva l'esistenza del nesso causale e della colpa in base al duplice rilievo - rispettivamente - che l'aver consentito alla paziente di uscire in compagnia di una accompagnatrice volontaria priva di adeguata informazione sullo stato mentale dell'ammalata e di competenze medico - infermieristiche ha aumentato il rischio che la paziente tentasse un ennesimo gesto di autosoppressione, e che l'evento suicidiario era prevedibile".

[5] In motivazione, considerata l'esistenza di quella che si chiama comunemente doppia conforme, si legge "Si legge nella sentenza di primo grado quanto illustrato dal Prof. Be.: "non si può dire che una certa terapia x o y avrebbe avuto l'esito di portare a guarigione la paziente il quel momento....non è oggettivamente possibile prevederlo...non è possibile stabilire in termini di certezza un nesso di causalità tra la sospensione dell'antidepressivo e l'ulteriore peggioramento", ed, ancora, la Corte distrettuale ritiene, tenendo conto della differente opinione dei C.T. di parte, tra cui il Prof. D.L. "di poter affermare che il parere medico citato metta in primo piano la censura tra l'evidenza scientifica di indubbio pregio che suggeriva un diverso trattamento farmacologico e l'ineliminabile necessità di adeguare la formula farmacologia ad un dato sperimentale, testato più volte ed inutilmente sulla paziente Co. dai medici che l'avevano in cura e che suggeriva, se non imponeva, la continua modulazione del trattamento terapeutico, tenendo ben presenti i pericoli dell'assuefazione e del rigetto dei farmaci stessi".

C) il novero delle sentenze edite mostra una prevalenza di pronunce riferite all'accusa di non aver impedito l'evento; non ho rinvenuto casi nei quali si consideri la condotta attiva del medico.

D) Prevale la casistica in merito all'omesso impedimento dell'evento suicidiario, mentre sono meno numerose le sentenze in merito al comportamento eteroaggressivo.

E) Prevalgono numericamente sentenze di condanna, rispetto a sentenze di assoluzione.

4.2.- TENTATIVO DI PRIMA IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA.

Se il compito appare gravoso, sembra preliminarmente utile cercare di definire gli esatti confini all'interno dei quali la questione deve porsi: una sorta di actio finium regundorum .

a. In primo luogo è necessario considerare che tra medico e paziente si deve essere instaurata una relazione terapeutica, nel senso che il primo ha assunto il compito di curare il secondo. Questa può concretarsi privatisticamente, attraverso una designazione/accettazione, o pubblicisticamente, laddove il paziente si rivolga al SSN. In tale secondo contesto assume particolare pregnanza la possibilità che siano instaurati rapporti terapeutici che prescindano dalla volontà del paziente (il TSO). Questo induce un ulteriore precisazione: benché si parli di un paziente psichiatrico, non per questo dobbiamo pensare che inevitabilmente si tratti di un soggetto incapace di intendere e volere. La più recente evoluzione della psicopatologia, come rappresentata tra l'altro dal DSM V, evidenzia che un numero preponderante di pazienti psichiatrici è in realtà dotato dei capacità di intendere e volere (anche se frequentemente la patologia contribuisce a scemare tale condizione)mentre solo in numero percentualmente minore di casi essa è del tutto inesistente. Nei confronti dei capaci o dei residualmente capaci, il tema che ci apprestiamo ad affrontare implica la considerazione della loro libertà di volere l'atto aggressivo e del potere (che è inevitabilmente un dovere) del medico di comprimerla.
b. Da quanto detto deriva che la aggressione volontaria del paziente, da un lato deve essere "condizionata dalla malattia", nel senso che deve annoverarsi tra i sintomi della stessa, premessa necessaria per poter concludere che curando la patologia il medico avrebbe potuto/dovuto prevenire l'aggressione; rimangono per questo esclusi, o meglio dovrebbero rimanere estranei, i casi in cui la causazione di un evento di danno da parte del paziente sia mera libera espressione delle sue scelte comportamentali non patologiche;

c. Una ulteriore delimitazione del campo di indagine consegue alla scelta di indagare il solo aspetto della significatività causale della condotta medica psichiatrica rispetto ad aggressivi del paziente, che abbiano realmente cagionato un evento tipico di danno. Non indagheremo quindi le problematiche causali relative alle conseguenze di un errore diagnostico o terapeutico che il paziente subisca passivamente (come nel caso deciso da Cass. IV, 2/4/2007 n. 21597, paziente deceduto per mancata diagnosi di una polmonite) e che non implichino un suo attivarsi. In tal caso, in effetti, non ci sono valide ragioni per cogliere una peculiarità legata alla natura psichiatrica delle "diagnosi e delle cure". In altri termini il tema che poniamo è quello della rilevanza causale della malpratica psichiatrica sull'agire del paziente.

Il quadro che emerge consente di descrivere così i caratteri essenziali del caso di cui intendiamo occuparci:

- il malato ha compiuto un atto autoaggressivo o eteroaggressivo e si è verificato l'evento;
- si era preventivamente instaurata la relazione medico-paziente;
- il medico ha violato le leges artis nella diagnosi della malattia (predittiva rispetto a modelli comportamentali aggressivi) o nella sua terapia;
- il paziente ha espresso la malattia con l'atto aggressivo.

Il passo successivo riguarda la **determinazione dei poteri del medico conseguenti alla instaurazione della relazione terapeutica**.

Per il giudicante, investito dell'ipotesi formulata con l'imputazione, si tratterà di rispondere ad alcune precise domande:

- come avrebbe dovuto evolversi la relazione medico paziente, dalla diagnosi alla cura, secondo le leges artis?
- quali sono i poteri del medico in funzione delle diverse modalità di instaurazione della relazione con il paziente?
- L'attuazione di una corretta diagnosi e di una corretta terapia, alla luce dei poteri conseguenti, poteva prevenire l'agire aggressivo (giudizio di causalità ipotetica) e può per questo dirsi che la condotta inappropriata del medico sia causa della condotta del malato?

La risposta a queste domande consente di introdurre un ulteriore connotato validamente limitativo. In effetti, ed a ben pensare, la questione assume diversi connotati a seconda che si trattasse di prevenire un atto autoggressivo o piuttosto eteroaggressivo.

Solo nel secondo caso, invero, può trovare spazio il tentativo di risolvere la questione causale attraverso la costruzione di una fattispecie plurisoggettiva eventuale (nel caso concorso colposo del medico nell'agire doloso o pseudodoloso del paziente), ciò che, come anticipato, muterebbe il secondo termine della relazione causale: non più l'evento costitutivo (come nell'esecuzione monosoggettiva) ma piuttosto la forma concorso, il reato nel suo complesso, e quindi anche la condotta del concorrente. Nel caso di condotta suicidiaria, invece, difetta la tipicità plurisoggettiva. In effetti l'ordinamento formula una chiara scelta, punendo all'art. 580 c.p., soltanto le **condotte dolose di determinazione al suicidio, di rafforzamento del proposito o di agevolazione al suicidio**, senza prevedere la rilevanza colposa delle medesime condotte (in particolare, ai nostri fini, l'ultima). Dato che la norma dell'art. 589 c.p. punisce solo l'aver cagionato la morte di altri, nessuna possibilità di partecipazione eventuale colposa all'altrui suicidio appare ammissibile.

Ne consegue che nella condotta autoaggressiva, a rigor di logica, dovrebbe porsi soltanto la questione dell'aver cagionato per colpa in modo monosoggettivo, con tutte le implicazioni sottese alla verifica della relazione causale tipizzante in riferimento ad un agire i cui effetti non sono preventivabili in termini di certezza.

Alla fine di questa prima parte del percorso rimangono da affrontare dunque due aspetti soltanto:

- È possibile affermare che lo psichiatra che abbia contravvenuto ai suoi doveri terapeutici nei confronti del paziente che si è suicidato e ne abbia autonomamente cagionato per colpa la morte ?
- È possibile affermare che lo stesso e per la stessa ragione, sia concorrente a titolo di colpa nella causazione dolosa di un evento di danno nei confronti di terzi ?

4.3.- ERRONEA DIAGNOSI ED ERRONEA TERAPIA.

Primo passo la ricerca della condotta doverosa, che sarebbe mancata.

Nel farlo il giudice non può, o meglio non dovrebbe poter confidare sulla propria scienza, quella infarcita del buon senso comune. Non è infatti attraverso generalizzazioni che è possibile stabilire, prima di ogni altra cosa, quello che l'ordinamento considerava il comportamento atteso e quindi doveroso del medico. Inevitabile ricorrere alla scienza, interpellare gli esperti.

Per ridurre la distanza tra accertamento processuale e verità scientifica (ammesso e non concesso che questa esista) c'è un crescente bisogno di prove scientifiche: una comunicazione tra scienza e

diritto che passa per il tramite delle argomentazioni proposte dai depositari di conoscenze nel contesto di altri settori noseologici: i consulenti ed i periti che parlano il linguaggio della scienza.

Come ogni scienza, anche la psichiatria ha le proprie regole. Queste sono magari meno nitide e condivise di quelle di altri settori della medicina. La loro relativa attendibilità è ontologica. In primo luogo, nel maggior numero di casi (ma non in tutti, almeno alla luce delle recenti acquisizione delle neuroscienze) lo psichiatra non può fare affidamento per la diagnosi, su evidenze cliniche, dovendo fondarla su indizi ricavati dal comportamento del paziente (indagine semiologica). Il rischio è allora rappresentato da una rivisitazione a posteriori di tali segni alla luce della condotta aggressiva, che rappresenta agli occhi del giudice la quadratura del cerchio. In tal modo però ciò che dovrebbe essere oggetto di dimostrazione, ovvero che la condotta aggressiva è causata dalla malattia, finisce per divenire mezzo dimostrativo della natura della patologia stessa. Non occorre spendere molte parole sulle insidie dell'hindsight bias per dimostrare come si tratti di conclusione inaccettabile.

Sul piano della terapia, poi, lo psichiatra incontra l'ulteriore difficoltà di non disporre, almeno in un numero preponderante di casi, di strumenti (farmacologici o di diversa natura – relazionali in particolare) di cui sia certa l'efficacia per ridurre gli effetti dello status patologico.

Il quadro appare vieppiù complicato dopo che hanno fatto trionfalmente ingresso nel mondo della scienza psichiatrica e, per certe implicazioni anche in quello del diritto, le c.d. neuroscienze. Si tratta di una prospettiva per la quale la ricostruzione completa e dettagliata dei processi fisiologici che presiedono alla elaborazione dei pensieri, delle emozioni, delle decisioni e alla realizzazione dei comportamenti conseguenti condurrebbe alla conclusione, di stampo neoriduzionista, secondo cui le suddette attività non sarebbero altro che "l'output meccanicistico dei processi neuronali, senza che residui spazio alcuno, se non nell'ambito della speculazione puramente metafisica, per i concetti della c.d. "psicologia del senso comune" (folk psycholgogy, o psicologia ingenua) quali "mente", "anima", "libero arbitrio", "volontà cosciente"[6].Se determinati comportamenti disfunzionali, aggressivi e

[6] GRANDI, *Sui rapport tra neuroscienze e diritto penale*, in *RIDPP* 2014, 1249.Il deterministmo delle neuroscienze comporta effetti comprensibili: "In particolare, preso atto che il giudizio di responsabilità fondato sulla possibilità di agire diversamente non è scientificamente sostenibile in un mondo governato dal principio causale-deterministico, occorrerebbe rinunciare agli istituti della colpevolezza e della imputabilità, così come alla pena tradizionalmente intesa, la quale andrebbe integralmente sostituita con misure di sicurezza finalizzate alla correzione, o in subordine alla neutralizzazione".

antisociali, sono figli, in un numero statisticamente significativo di casi, di specificità morfologiche e funzionali o di conseguenze di traumi violenti sul tessuto cerebrale, poco resta da fare allo psichiatra. Premesse del genere, più che valorizzare il compito terapeutico, finiscono per valorizzare quello di "contenimento" delle pericolose intersezioni tra paziente e realtà esteriore.

4,4.- UN ERRORE DI PROSPETTIVA: OBBLIGO DI GARANZIA VERSO IL PAZIENTE ED OBBLIGHI DI GARANZIA VERSO LA COLLETTIVITÀ.

Solo immaginando che al medico sia attribuito un potere di coazione/contenzione ampio nei suoi contenuti, possiamo immaginare che in presenza di una determinata diagnosi, egli avrebbe avuto a disposizione strumenti impeditivi.

Si entra in un terreno pericoloso.

Sul piano delle politiche sociali, è evidente che la collettività è convinta di poter esigere dallo psichiatra non solo la cura del malato, ma ancor prima la sua compiuta neutralizzazione.

Sono discorsi troppo vecchi e venati di ideologie. Ad essi, cercheremo di dare risposte giuridicamente fondate.

E' però altrettanto certo che considerando unitariamente la psichiatria come "movimento", non mancano al suo interno voci che riconoscono il proprio dovere in questi stessi termini. Ne sono conseguite e ne conseguono ancor oggi prassi diffuse di ricorso a strumenti coercitivi, più o meno incisivi. Un mese or sono mi sono recato presso il STDC di una ASL toscana per incontrare un assistito. Alla fine mi sono reso conto che per uscire avrei dovuto chiedere al personale medico di aprirmi la porta. Le persone all'interno di tale struttura erano in sostanza recluse.

Il nostro ordinamento regola, come noto, soltanto la possibile ospedalizzazione del paziente con lo strumento del TSO. Non sono note regole espresse in merito al possibile ricorso a strumenti di contenzione (che siano essi di natura fisico/meccanica, chimica o ambientale).

E' evidente che ove si considerasse doveroso per il medico, a fronte di un sospetto di possibile azione aggressiva, il ricorso incondizionato a strumenti coercitivi/contenitivi, qualsiasi atto compiuto potrebbe considerarsi conseguente alla sua mancata diagnosi o terapia, posto che strumenti di tal fatta appaiono certo affidabili per prevenire l'evento hic et nunc occorso.

Il problema è di fondo: come si deve intendere il debito di garanzia verso il paziente? Si tratta di curare la malattia o (anche) di salvarne la vita rispetto a qualsiasi causa di morte ? Strumenti che risultano certamente contrari nella prospettiva della cura della patologia psichiatrica, possono essere adottati per prevenire eventi nefasti a loro volta figli della medesima patologia.

Anche su questo si sono spesi fiumi di inchiostro, in una dialettica che vede contrapposti pragmatismo e ideologismo, etica e utilitarismo.

Si tratta di una questione alla quale potrebbe darsi una risposta semplice: come ogni medico, lo psichiatra assume nei confronti del paziente il dovere di perseguire la cura della patologia dalla quale lo stesso è afflitto. Anche adottando la definizione più dilatata di atto medico[7], infatti, si deduce che esso è comprensivo di ogni iniziativa riconosciuta dalla miglior scienza ed esperienza del momento storico come utile a combattere uno stato patologico o abnorme del corpo o della mente del paziente (medicina terapeutica) o a limitare le sofferenze conseguenti a tale stato (medicina palliativa)[8]. Le fonti normative che regolano il dovere/potere di intervenire identificano come destinatario di esso esclusivamente il paziente. In altri termini: il medico non si vede attribuite dalla legge funzioni in merito alla tutela della collettività da un potenziale atto del paziente, né funzioni impeditive di un atto autolesivo, se non nella misura in cui gli stessi siano espressione della patologia. E' quindi la cura della patologia, nelle sue manifestazioni, che può produrre come effetto (desiderato) anche la riduzione della pericolosità del paziente. Ogni ipotesi di responsabilità, quindi, deve esprimersi come inadeguatezza terapeutica.

E' però pur vero che nel contesto della terapia, secondo i principi della scienza medica psichiatrica, rientrano anche condotte precauzionali rispetto alle possibili estrinsecazioni di gesti aggressivi: si parla di condizioni di sicurezza ambientale e modelli di controllo/contatto. Si pensi, per formulare due esempi che appaiono non problematici, alla necessità di arredare il luogo di ricovero rimuovendo preventivamente possibili strumenti autolesivi ed alla necessità di un controllo visivo costante. In tali casi non è lecito attendersi dalla cautela alcun beneficio nella cura della patologia diverso dall'impedimento della condotta autolesiva (anche su tali aspetti insiste il documento EPA).

Circa la possibilità di andare oltre, di incidere sulla libertà del paziente (in virtù di una sua "richiesta di aiuto" o piuttosto nel contesto di un TSO) si tratta di indagare le fonti.

---

[7] Definizione di atto medico secondo la Unione Europea dei medici specialisti: ***"The medical act encompasses all the professional action, e.g. scientific, teaching, training and educational, clinical and medico-technical steps, performed to promote health and functioning, prevent diseases, provide diagnostic or therapeutic and rehabilitative care to patients, individuals, groups or communities in the framework of the respect of ethical and deontological value. It is the responsibility of, and must always be performed by a registered medical doctor/physician or under his or her direct supervision and/or prescription."***

[8] SALE in dirpencont

a. Art. 32 Cost.. Come si legge nel Commentario alla Costituzione a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, vol.I, Torino 2006, p. 663[9], la norma pone, prima di tutto il diritto ad essere curato ed il diritto a non essere curato. Quest'ultimo ha come naturale limite gli interessi della collettività[10], ma nei soli casi in cui l'ordinamento espressamente lo prevede. Ne deriva la possibilità di attuare nei confronti del paziente trattamenti che prescindano dalla sua volontà. Si legge in C.Cost. sent. n. 218/1994, (che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale degli artt. 5 e 6 della legge 135/1990[11] che imponevano verifiche preventive sul personale sanitario per prevenire il contagio da HIV) come "la tutela della salute […] implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere nè porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri". Ne deriva che "gli interessi essenziali della comunità" possano "richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari". "L'art. 32 della Costituzione prevede un contemperamento del coesistente diritto alla salute di ciascun individuo; implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio". Il principio di cui all'art. 32 Cost., non di meno, implica che il trattamento imposto non debba comportare effetti negativi sulla salute del paziente (se non limitati e temporanei: C.Cost. sent. n. 307/1990 in ordine alla legittimità dell'obbligo di vaccinazione antipolio[12]) e debba essere comunque commisurato sui benefici attesi. I contenuti specifici dell'intervento medico, comunque, **devono essere espressamente determinati dalla legge,** dovendosi considerare illegittime disposizioni che identifichino il solo fine e non il mezzo. A rafforzare i limiti così imposti dall'art. 32, contribuisce il princi-

[9] Il commento all'art. 32 è a cura di SIMONCINI, LONGO.
[10] C.Cost. sent, n, 180/1994 in materia di obbligo di impiego del casco motociclistico.
[11] La sentenza è consultabile in Consulta on line. Le questioni inerivano la illegittimità costituzionale rispetto all'art. £" Cost. delle seguenti norme: "L'art. 5 della legge n. 135 del 1990 stabilisce che nessuno può essere sottoposto, senza il proprio consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV, se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse (terzo comma), e che l'accertata infezione da HIV non può costituire motivo di discriminazione in particolare, tra l'altro, per l'accesso a posti di lavoro o per il mantenimento di essi (quinto comma). L'art. 6 vieta ai datori di lavoro di svolgere indagini dirette ad accertare, nei dipendenti o per l'instaurazione di un rapporto di lavoro, l'esistenza di uno stato di sieropositività".
[12] C.Cost. 307/1990 : "Ma si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili".

pio dell'art. 13 Cost., laddove si tratti di trattamenti che implichino limitazione della libertà personale (anche se per la dottrina sembra che l'art. 32 risulti, sotto tale profilo prevalente perché speciale, rispetto all'art. 13).

b. L. 180/1978 i cui contenuti sono ribaditi quasi anastaticamente dalla l. 833/1978. Si contempla un meccanismo per il quale, ferma la volontarietà di ogni trattamento sanitario, sia possibile adottarne di obbligatori. Competente in tal caso è il Sindaco come autorità sanitaria. Atto cha da avvio al procedimento è la proposta di un medico che, in caso di TSO che implichi il ricovero in ospedale, deve essere convalidata dal parere di un ulteriore medico, questa volta appartenente al SSN. Il ricovero coattivo è possibile solo se esistano **alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici**, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere. Sulla proposta convalidata di ricovero coattivo, il sindaco deve provvedere entro 48 ore dalla ricezione con provvedimento che deve essere notificato, entro 48 ore dal ricovero, al giudice tutelare: si tratta degli stessi termini preveduti per l'arresto in flagranza. Il provvedimento ha durata di sette giorni, prorogabili. Per prevenire ogni confusione con l'adozione di provvedimenti limitativi della personalità di carattere lato sensu punitivo preventivo, proprio con la riforma del 1978 è stato eliminato dal testo dell'art. 716 c.p. (Omesso avviso all'autorità dell'evasione o fuga di minori) ogni riferimento al malato di mente, che si è quindi voluto chiaramente distinguere dal soggetto ristretto in privazione della libertà.

c. Conferma ulteriore della responsabilità esclusivamente terapeutica del medico psichiatra è ricavabile dall'art. 3 ter co. 4 D. L. 211/11 (inserito nel decreto sulla emergenza penitenziaria in sede di conversione, non senza qualche disinvoltura: sulle vicende cfr. PELISSERO, 71, 919) che ha sancito la definitiva chiusura degli OPG, per definizione riservati a malati di mente pericolosi. Il luogo di esecuzione della misura di sicurezza, dal 31 marzo 2015 (in origine il termine era fissato al 31 marzo 2013; lo stesso termine venne prorogato una prima volta al 1 aprile 2014 e quindi, ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. a) e b), d.l.. 31/3/ 2014, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla l.. 30/5/2014, n. 81, fissato al 31 marzo 2015) sarà una residenza sanitaria improntata esclusivamente alla terapia del disagio o della patologia psichica. Sulla base di quanto stabilito dall'art. 3 ter comma 2 del d.lgs. 211/2011, e ripreso dal D.M. 1/10/2012, all'interno della struttura è prevista una esclusiva gestione sanitaria, mentre è contemplata una **attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna, ove necessario**

in relazione alle condizioni dei soggetti interessati, da svolgere nel limite delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. Precisa ancora l'Allegato A al DM i requisiti strutturali della residenza, contemplando la chiusura centralizzata delle uscite.

d. Come recita l'art. 3 del Codice di Deontologia medica: " Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona…". Il dovere si configura come liberato dal contratto o dal contatto, nel caso di urgenza (art. 8 C.d. : dovere di prestare soccorso). Il dovere si esercita, prima di tutto attraverso le prescrizioni a fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione (art. 13 C.d.), fondate sulle evidenze scientifiche disponibili, sull'uso ottimale delle risorse e sul rispetto dei principi di efficacia clinica, di sicurezza (per il paziente) e di appropriatezza, valendosi, ove disponibili, delle linee guida. A tal fine l'art. 16 C.d. pone il divieto di adottare, sia pure su richiesta del paziente, interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati". Laddove il trattamento implichi una menomazione della integrità psico fisica del paziente, questi devono essere attuati al fine esclusivo di procurare un concreto beneficio clinico alla persona (bilancio clinico del trattamento: art. 18 C.d.). D'altra parte il medico può rifiutare la prestazione professionale quando essa gli appaia "in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona". Di particolare interesse l'art. 32 C.d., che si occupa della tutela dovuta nei confronti della persona "in condizioni di vulnerabilità o fragilità psico fisica" . Anche in tal caso la regola generale è quella del consenso, reso da parte del paziente o del suo legale rappresentante (a fronte dell'opposizione del quale deve rivolgersi all'autorità, come precisa anche l'art. 37 in caso di negato consenso) posto che ai sensi dell'art. 35 comma 2 C.d., non deve intraprendere ne proseguire interventi terapeutici in mancanza del consenso. Questa regola convive con il disposto del comma 4 art. 32 C.d. , per il quale non di meno il medico "prescrive e attua misure e trattamenti coattivi fisici, farmalogici e ambientali nei soli casi e per la durata connessi a documentate necessità cliniche, nel rispetto della dignità e della sicurezza della persona**".** Sul tema dei trattamenti sanitario che prescindono dal consenso (TSO) torna l'art. 51 comma 2 C.d., indicando il principio di legalità: il medico opera "nei limiti previsti dalla legge"; tra essi non rientrano iniziative costrittive all'alimentazione (art. 53 C.d.). L'art. 74 C.d. af-

fronta ancora il tema dei TSO: il medico deve svolgere il proprio compito curando "la massima diligenza e tempestività informativa alle Autorità".

Sintetizzando gli argomenti sopra esposti, emerge con chiarezza che la sola prevenzione adottabile, indipendentemente dalla volontà del paziente, funzionale ad impedire atti auto o eteroaggressivi, sia il TSO e nel suo contesto la adozione coercitiva di terapie farmacologiche che comportino (almeno in termini di effetto complemetare) la neutralizzazione degli impulsi aggressivi.
Ne deriva un quadro nel quale la possibilità di adottare strumenti contenitivi incidenti sulla libertà personale è rimessa alla sola accettazione preventiva da parte del paziente o dei suoi legali rappresentanti. Si tratta dunque non di un atto lecito ab origine, ma piuttosto di un atto che può essere scriminato nei limiti di ammissibilità del consenso o piuttosto in condizioni di soccorso difensivo o necessitanti[13].
Non essendo imposto dalle regole di definizione del ruolo del medico privato o pubblico, il ricorso a tali strumenti non può considerarsi doveroso. Per questo la mancata adozione di simili prevenzioni/repressioni non può considerarsi causa illecita di un evento di danno.

5. – MALPRATICA E SUICIDIO

Non resta che considerare la possibile rilevanza causale dell'omissione di diagnosi o di trattamenti terapeutici o preventivi (ma rispettosi della dignità umana del paziente), dapprima rispetto al suicidio, poi rispetto agli atti eteroaggressivi.
Sono note le statistiche elaborate dalla European Psychiatric Association (EPA) in ordine alla incidenza degli eventi suicidiari: questi rappresentano solo in un numero preponderante di casi (ma non nella totalità dei casi) conseguenza di una condizione mentale che rientri nell'oggetto di studio della scienza psichiatrica (si legge che nell'90% dei casi gli atti suicidiari "meet the criteria for a psychiatric disorder"). Non per questo si tratta sempre di disordini invalidanti o incapacitanti. Nella maggior parte dei casi anzi si tratta di condizioni che consentono il permanente della capacità di intendere e volere.
L'accusa formula un ipotesi: la condotta C dello psichiatra è stata causa di una condizione patologica che è stata a sua volta determinante il suicidio (modello attivo) oppure essa non ha espresso quei rimedi impeditivi disponibili che avrebbero impedito l'evento (modello omissivo).

[13] Contra SALE, *Sulla contenzione del paziente psichiatrico,* in *Dir.pen.contemporaneo.*

Ciò posto, laddove si ipotizzi che il medico abbia tenuto una condotta attiva, si tratterà di verificare la sua capacità di produrre la malattia mentale e quindi di dimostrare che la morte autoinflitta è stata espressione di tale patologia. Laddove si ipotizzi la mancanza di cautele prevenzionistiche, non resta che formulare un'ulteriore ipotesi, che partendo dalla disponibilità e legittimità di esse, ne configuri la natura doverosa nel rapporto medico paziente e, quindi, ne dimostri, sulla base di nozioni di causalità generale, la potenzialità impeditiva.

Posto che ciò che non avrebbe dovuto essere alterato o che avrebbe dovuto essere alterato è lo "stato psichico" del paziente, la questione si pone in termini di causalità psichica ed incontra una prima singolare difficoltà. Il diritto penale, nei contributi che offre allo studio della relazione causale (più numerosi di quanto si tenda a credere), tipizza talora modelli di interazione psichica. Nel farlo, però, esso richiama esclusivamente modelli di condotta attiva: **istigare, determinare, indurre**, **far fare**, ovvero condotte che data una condizione statica di partenza, producano un effetto psichico inteso come alterazione del pregresso stato anodino con l'insorgenza di una volontà.

La scelta potrebbe non essere dovuta al caso, posto che è nota la assoluta impossibilità di non far volere qualcosa che liberamente si è scelto di volere.

In ogni caso, ed indipendentemente da questo dubbio di fondo, ciò che appare decisivo è il grado di relativa certezza che la scienza psichiatrica manifesta in ordine alle **buone pratiche** per la prevenzione di atti suicidiari

Prima di tutto limiti generali della scienza psichiatrica che il giudicante non potrà non apprezzare derivano dalla considerazione che il suicidio è ritenuto esempio paradigmatico[14] di multifattorialità: il manifestarsi di atti autolesivi, dunque, non può essere ricondotto ad un processo produttivo lineare che da una singola causa discende verso il singolo effetto, ma piuttosto da un peculiare (personalissimo) modo di interagire tra un complesso di fattori di produzione. Come si legge nelle Linee guida per la prevenzione del suicidio edite nel 2012 dall'EPA, ci sono soggetti che si suicidano per ragioni "ereditarie", altri che lo fanno per disordini nella condotta di vita, altri ancora per il disturbo bipolare, altri per il disordine ansioso, altri per abuso di sostanze, altri per la schizofrenia, altri per disordini

[14] L'espressione **paradigma** indica una significatività del termine "causa" che sia condiviso da parte della "normale scienza" in un determinato momento storico (sul punto Kuhn).
Per comprendere possiamo ricorrere al classico esempio di **Wittgestein** (*Philosophical investigations*, New York 1953, 31 e ss.): " cosa dobbiamo sapere per applicare termini come sedia, foglia o gioco in maniera inequivocabile…? Dobbiamo sapere coscientemente od intuitivamente che cosa è una sedia, una foglia od un gioco. Dobbiamo cioè cogliere tutto l'insieme degli attributi che tutte le sedie, le foglie e i giochi hanno in comune" ed applicarli alla realtà che stiamo analizzando.

alimentari, altri per traumi estemporanei, altri ancora per stress, altri per l'esistenza di patologie organiche croniche.

Ma il quadro non è ancora completo, perché spesso i fattori sono destinati a interagire: come è intuitivo, una persona stressata (complessivamente sana) reagisce molto peggio di altre ad un trauma; una persona afflitta da schizofrenia, reagisce molto peggio ad una sollecitazione dell'ambiente esterno etc.etc.

Infine, ed un dato che davvero appare inquietante, è nota la frequenza particolare con la quale il comportamento suicidiario si manifesta al termine di un trattamento sanitario obbligatorio, di una ospedalizzazione in particolare. Anche questi sono dati forniti dall'EPA.

Neppure disponiamo di nozioni che consentano di rispondere alla domanda "perché data la condotta C, l'evento E non può essere". Tutto quello che abbiamo è una regola predittiva per la quale la probabilità di verificarsi del suicidio è meno probabile al seguito di verificarsi di cure adeguate.

La conclusione cui perviene il documento citato (che rappresenta la "miglior scienza") è che "Clinical prevention of suicidal behaviours is obtained throgh treatment of underlying psychomric disorders and through treatment of specific psychiatric symprtoms".

Il trattamento della malattia ed il trattamento dei suoi sintomi. L'ordinamento, secondo la miglior scienza ed esperienza non può esigere di più, nella consapevolezza che questo non basta.

Non resta che concludere che non sussistono leggi fondate su un regolarismo costante, per cui dato un antecedente, si previene il conseguente, questo a meno di non voler dare al medico lo strumento coercitivo contenitivo, di cui si è detto.

La logica conclusione dovrebbe essere quella di un non liquet, ovvero del riconoscimento che non è possibile affermare, su una base scientificamente attendibile, che l'evento poteva essere impedita da una diversa metodologia terapeutica. Questo è tanto vero che le stesse linee guida elaborate per la prevenzione del suicidio dettano strategie su differenti livelli, ovvero opzioni terapeutiche farmacologiche, spesso ordinate su astratti differenti gradi di attesa efficacia (almeno tre[15]), interventi di carattere sociale (legati al contributo della famiglia o di istituzioni di sostegno sociale o psichichico), interventi di carattere ambientale (la limitazione della disponibilità di strumenti per perseguire lo scopo), senza per questo confidare che uno di essi o la loro stessa combinazione sia necessariamente efficace. Non è un caso che il numero dei suicidi noti nel mondo continui ad

[15] Basti pensare alle linee guida ritenute più affidabili e complete per il trattamento del disturbo bipolare, frequentemente associato a manifestazioni suicidiarie, quelle adottate dall' *International society for bipolar disorders (ISBD)*, che si limitano ad indicare strategie farmacologiche di prima, seconda e terza opzione, sulla base del grado maggiore o minore di divergenza riscontrata rispetto al ricorso a placebo

assestarsi introno al milione di casi all'anno. Emblematico quanto di recente affermato da Cass. IV, 12/4/2013 n. 16975: "Le critiche di carente o contraddittoria motivazione vengono, dunque, meno di fronte alla chiara affermazione della sentenza impugnata, sintomatica di una valutazione approfondita e critica delle evenienze processuali :"non vi sono evidenze scientifiche per ritenere con apprezzabile certezza che un adeguata trattamento farmacologico e una più assidua presenza terapeutica avrebbero impedito il compimento di atti autoaggressivi da parte di Li..Co. ", fino a scendere in particolari terapeutici (con specifico riferimento alla relazione Be.) laddove ha affermato che non risulta provato che "una tempestiva cura con il Litio avrebbe avuto maggiore efficacia antisuicidaria rispetto a quella con la olonzapina, stabilizzatore dell'umore in concreto somministrato a Li..Co., in quanto gli effetti degli stabilizzatori non sono acuti ma si esprimono nell'arco di mesi ed anni, di tal che una simile valutazione potrebbe essere parametrata soltanto in relazione all'intero percorso di cura e non limitatamente alle fasi dell'ultimo ricovero". In conclusione, diversamente da come opina il ricorrente, la Corte territoriale ha ben evidenziato e supportato da congrua motivazione che sull'efficacia causale del trattamento adottato, o meglio sull'evitabilità dell'evento per il tramite di una diversa cura, non si perviene ad alcuna certezza"[16]. Da segnalare che sulla base di queste

[16] Si legge ancora in motivazione: "Ora, è pur vero che questa Corte ha affermato (V. sez. 4, sentenza n. 48292 del 27.11.2008, Rv. 242390, richiamata dal ricorrente) che il medico psichiatra è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, anche se questi non sia sottoposto a ricovero coatto, ed ha, pertanto, l'obbligo - quando sussista il concreto rischio di condotte autolesive, anche suicidane - di apprestare specifiche cautele, ma, per il caso di specie, i giudici del merito hanno escluso la responsabilità della B. e della C. all'esito di una approfondita valutazione delle risultanze probatorie sia con riferimento, per quanto già argomentato, al profilo strettamente curativo che a quello della vigilanza.
Sul punto la Corte distrettuale fa rinvio alle considerazioni del C.T.U. laddove ha affermato che "la paziente è stata trattata non soltanto dal punto di vista medico, biologico, farmacologico, ma anche è stata seguita con buona intensità e buona qualità, anche dal punto di vista psicologico, sociale, relazionale. La dottoressa C. e gli altri sanitari dell'equipe hanno avuto molti rapporti con il marito, con i familiari, hanno cercato di indagare le difficoltà che la malattia comportava a questa paziente nello svolgimento del suo ruolo, nell'adempimento del suo ruolo appunto di madre, di donna, di essere umano". Non appare poi illogica o contraddittoria, come opina la costituita parte civile, la parte della motivazione riguardante la eccepita necessità per la paziente del ricovero ospedaliero. A parte le considerazioni ampiamente svolte circa la impossibilità di scongiurare in termini di certezza il suicidio in una struttura ospedaliera, non è affatto illogica l'affermazione secondo cui il trasferimento presso una struttura ospedaliera "coatta", in quanto non gradita alla paziente, avrebbe potuto avere effetti controproducenti sul suo stato antidepressivo compromettendo un esito favorevole delle cure cui era sottoposta. È vero che le scelte terapeutiche sono demandate ai sanitari, ma è altrettanto vero che costoro, specie quando trattasi di patologie afferenti la sfera neuropsichica, devono tener conto delle reazioni dei pazienti; per il,caso di specie, ai fini di un'efficacia della cura farmacologia cui era sottoposta la Co., è stato privilegiato anche l'aspetto psicologico evitandole quella sensazione di re-

premesse la Corte ha annullato la sentenza con rinvio ai fini civili, ritenendo che la formula assolutoria non potesse essere (come sancito correttamente dai giudici di merito) "il fatto non sussiste" ma piuttosto il fatto non costituisce reato.

Su tali premesse la conclusione che le concrete scelte terapeutiche dello psichiatra possano essere causa del suicidio appare frutto piuttosto di un "comune sentire" o di un "senno di poi" che della verifica scientifica della loro mancata capacità impeditiva.

Non è un caso, del resto, che le pronunce edite nelle quali il S.C. si è interrogato sulla portata causale pongano l'accento esclusivamente sulle fonti di conoscenza che consentono di concludere che il trattamento doveroso avrebbe potuto essere diverso.

Una sorta di confusione tra causa e colpa che è fenomeno fin troppo noto per dover essere illustrato in questa sede.

Non resta che confidare sulla sapienza del legislatore e sulla sua volontà espressa di ridurre la rilevanza penale delle condotte connesse al suicidio nei ristretti limiti dell'art. 580 c.p.

6.- RESPONSABILITÀ PER CONDOTTE ETEROAGGRESSIVE

Si tratta di una casistica meno ricca, spesso infarcita non tanto di problematiche di colpa medica, quanto piuttosto relative ad un dovere di "custodia" più latamente inteso[17]. Nella recente

---

strizione derivante da un ricovero "coatto".
Infine, quanto alla censura riguardante il rigetto della richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello avente ad oggetto un nuovo esame del consulente d'ufficio in contraddittorio con gli altri esperti, le ragioni esposte in sentenza relativamente alla adesione alle conclusioni del prof. Be., innanzi riportate danno contezza della giustezza del provvedimento. In merito si osserva che l'istituto della rinnovazione del dibattimento in appello costituisce istituto eccezionale che deroga al principio di completezza dell'istruzione dibattimentale di primo grado, per cui ad esso può e deve farsi ricorso soltanto quando il giudice lo ritenga assolutamente indispensabile ai fini del decidere (nel senso che non sia altrimenti in grado di farlo allo stato degli atti). La determinazione del giudice, in proposito, è incensurabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivata (v. *ex pluribus* Cass. 4^, 10 giugno 2003, Vassallo).E la Corte di merito - come si è detto - ha spiegato perché si sia convinta della superfluità della audizione del prof. Be., evidenziando la ricchezza dei dati dimostrativi acquisiti che hanno fatto propendere per l'assoluzione degli imputati, secondo un itinerario logico che non presenta smagliature o contraddizioni interne e che, in quanto tale, non può essere messo in discussione in questa sede.

[17] È quanto appare posto a fondamento di Cass. IV, 21/01/2010 n. 11200: imputata la direttrice di una comunità di ricovero, che aveva consentito ad paziente psicotico di avere accesso a coltelli da cucina, impiegati per uccidere un educatore. Ne è seguita la condanna della direttrice confermata dal S.C.; si legge in motivazione: "In riferimento, poi, alla posizione di garanzia e alla riconducibilità all'imputata delle omissioni che hanno contribuito causalmente a determinate l'evento, i medesimi

giurisprudenza sembrano tenere il campo due pronunce: una del 2008 (Cass. IV 12/11/2008 n. 4107) che si interroga sulla responsabilità dello psichiatra per il rilascio, “alla leggera” di un certificato di sana e robusta funzionale al conseguimento del porto d’armi. Chi ottenne il documento era però persona affetta da un disturbo ossessivo compulsivo a causa del quale (ma il tema non è invero indagato) impiegò le armi legittimamente detenute per uccidere delle persone.

I passaggi salienti della pronuncia sono: è stata violata la regola cautelare per la quale il porto d’armi deve essere negato in condizioni patologiche come quelle da cui era affetto l’omicida; la condotta del medico integra una causalità attiva; essa integra un ammissibile concorso colposo in delitto doloso;

---

giudici hanno adeguatamente spiegato che l'imputata, nella sua qualità di referente-coordinatore della struttura comunitaria "(OMISSIS)", oltre al dovere di segnalazione ai responsabili superiori, aveva in capo a sè poteri di iniziativa autonomi in grado di soddisfare gli obblighi di diligenza e prudenza che le incombevano anche nella coordinata gestione della struttura comunitaria; hanno dimostrato che l'imputata, nella qualità, si era discostata, per negligenza ed imprudenza, dall'obbligo di assicurare, con l'urgenza e la fermezza del caso, l'incolumità delle persone che avevano contatti con i pazienti pericolosi; che, non curandosi di evitare che a contatto con il M., il cui aggravarsi delle condotte aggressive le era noto, si ponesse l'infermiere Ca., il cui modus operandi si era rivelato anche di recente inadeguato, l'imputata aveva contribuito, unitamente all'omessa imposizione di un ordine che interdisse ai pazienti il libero accesso alle cucine della struttura ove erano custoditi i coltelli, a determinare la morte di detto infermiere, accoltellato appunto dal Mu., mentre il primo gli portava i medicinali.
In quel contesto di notoria aggressività del Mu., la descritta condotta imprudente e negligente dell'imputata aveva, secondo i medesimi giudici, svolto un efficiente ruolo concausale, anche se in misura non soverchiata dalla concorrente omissione colposa del medicopsichiatra dott. P., posto che alla M. era noto l'aggravarsi delle condizioni del paziente e, quindi, era in grado di prevedere l'imminente esplicazione della sua pericolosità contro l'incolumità e la vita delle persone che venivano a contatto con lui: l'attivazione da parte della M. dei poteri di sua spettanza, imposte dalle comuni regole di diligenza e prudenza, sarebbe valsa, secondo i giudici di merito, ad evitare la morte dell'infermiere per accoltellamento. Da tale razionale e corretta spiegazione deriva, pertanto, la legittimità dell'affermazione di responsabilità dell'imputata, la cui condotta colposa è stata ritenuta integrata dai contestati profili colposi dell'imprudente e negligente condotta omissiva, profili, i quali sono stati persuasivamente ritenuti legati da rapporto di concausalità alla morte per accoltellamento dell'infermiere ad opera di un paziente psicotico, notoriamente divenuto molto pericoloso per gli altri.
Di siffatta convincente e congrua spiegazione la M. sembra non volere avere considerazione, allorchè in ricorso tenta di trarre conclusioni a sè favorevoli dalla ipotesi, solo ventilata, ma rimasta indimostrata, che l'evento sia eziologicamente dipeso solo dalla condotta professionale colposa riferibile al medico-psichiatra dott. P..
Trattasi, all'evidenza, di conclusioni intrise di valutazioni di merito e diametralmente opposte a quelle adottate nella sentenza impugnata: tuttavia, la diversa ricostruzione della dinamica dell'aggressione e delle cause dell'evento mortale, che ne costituì l'epilogo, non tiene conto che, ai fini della denuncia del vizio ex art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), non è producente opporre alla valutazione dei fatti contenuta nel provvedimento impugnato una diversa ricostruzione, magari altrettanto logica, dato che in quest'ultima ipotesi verrebbe inevitabilmente invasa l'area degli apprezzamenti riservati al giudice di merito.

essa ha avuto portata causale dell'evento e la condotta dolosa dell'autore delle azioni omicidiarie (come pure quelle degli altri soggetti che agirono del pari in modo antidoveroso) non integrano cause sopravvenute da sole sufficienti, secondo il criterio della causalità umana e quindi della dominabilità.
La motivazione procede dapprima alla solida fondazione della regola prevenzionistica violata: "E' opportuno sottolineare, sotto il profilo causale, che in base al R.D. 18 giugno 1931, n. 773, art. 35, comma 4 (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza) "è vietato vendere o in qualsiasi altro modo cedere a privati che non siano muniti di permesso di porto d'armi ovvero di nulla osta all'acquisto rilasciato dal questore".
Dopo la precisazione la sentenza prosegue dimostrando la natura commissiva della condotta (aver redatto il certificato, condizione necessaria per la disponibilità delle armi, impiegate nel modo tragico di cui si è detto). A questo punto si afferma: "*Se dunque nel caso in esame la causalità ha natura commissiva e se l'evento è da ritenere causalmente ricollegabile alla condotta degli imputati in termini di sostanziale certezza è evidente che non è necessario porsi la domanda, che si pone il ricorrente, su che cosa sarebbe avvenuto se il certificato anamnestico (e, successivamente, quello di idoneità) non fossero stati rilasciati e C.A. non avesse potuto acquistare l'arma e portarla presso la sua abitazione (come incensurabilmente accertato dai giudici di merito).*
Certamente C.A. avrebbe potuto rivolgersi al mercato clandestino e compiere i medesimi atti ma, come si è già accennato, il giudizio controfattuale va compiuto in riferimento all'accadimento hic et nunc verificatosi e non ad un diverso avvenimento ipotizzato in via del tutto congetturale.
Se C.A. non avesse ottenuto la licenza per il porto d'armi non avrebbe potuto acquistare quell'arma (e tutte le altre acquistate regolarmente), portarla fino alla sua abitazione e quindi utilizzarla per porre in essere la già descritta condotta omicidiaria. E, trattandosi di causalità commissiva, neppure deve richiedersi se D.M. e C.F. erano investiti di una posizione di garanzia: essi hanno posto in essere un antecedente causalmente efficiente nella verificazione dell'evento e quindi, secondo la regola dell'equivalenza delle cause, sono chiamati a rispondere del verificarsi dell'evento." Secondo il giudicante proprio la condotta positiva del medico psichiatra, consistente nell'aver firmato il certificato anamnestico senza neppure l'indicazione della qualità che rivestiva "*rende causalmente efficiente la sua condotta. E' vero che la normativa applicabile (D.M. 28 aprile 1998, art. 3) attribuisce al medico di fiducia il compito di compilare il certificato anamnestico in questione; ma è altrettanto vero che di fatto il dott. D.M. l'ha sottoscritto e, omettendo l'apposizione del timbro o l'indicazione della sua qualità, ha reso più difficile individuare la sua qualifica e quindi ostacolato l'accertamento dell'eventuale incompetenza a firmarlo.*

E, per quanto riguarda il rilascio del secondo certificato, pur trattandosi di certificazione non richiesta, è evidente la sua efficacia confermativa del contenuto dell'altro certificato e dunque rafforzativa della ipotesi dell'inesistenza di ragioni ostative al rilascio del porto d'armi.

E quindi possibile dare una risposta al quesito in precedenza formulato: l'evento hic et nunc verificatosi è causalmente ricollegabile alla condotta degli imputati in termini di certezza (e non solo di elevata credibilità razionale) e l'ipotesi alternativa formulata è fondata su una mera congettura che peraltro neppure potrebbe essere presa in considerazione nel giudizio di legittimità".

"*…le regole cautelari violate dagli imputati erano finalizzate anche ad evitare eventi del tipo di quello in concreto verificatosi (c.d. "concretizzazione del rischio"). Con la conseguenza che, anche sotto questo profilo, la responsabilità degli agenti nella causazione dell'evento non può essere esclusa*"

La sentenza continua sull'ipotizzata applicabilità dell'art. 41 cpv. c.p.

Per la Corte la norma descrive il sopravvenire di un decorso causale "*non completamente avulso dall'antecedente, di una concausa che deve essere, appunto, "sufficiente" a determinare l'evento. Ma questa sufficienza non può essere intesa come avulsa dal precedente percorso causale perchè, altrimenti, torneremmo al caso del processo causale del tutto autonomo per il quale il problema è risolto dall'art. 41 c.p., comma 1.*"

Poi imposta la verifica in termini di causalità umana: "*Quali sono gli elementi esterni controllabili? Innanzitutto quelli dotati da carattere di normalità, cioè quelli che si verificano con regolarità qualora venga posta in essere l'azione. Ma non solo queste conseguenze si sottraggono al dominio dell'uomo ma altresì quelle che si caratterizzano per essere non probabili o non frequenti perchè comunque possono essere prevedute dall'uomo.*

Che cosa sfugge invece al dominio dell'uomo? Ciò che sfugge a questo dominio - secondo l'illustre Autore che ha formulato la teoria - "è il fatto che ha una probabilità minima, insignificante di verificarsi: il fatto che si verifica soltanto in casi rarissimi...nei giudizi sulla causalità umana si considerano propri del soggetto tutti i fattori esterni che concorrono con la sua azione, esclusi quelli che hanno una probabilità minima, trascurabile di verificarsi; in altri termini esclusi i fattori che presentano un carattere di eccezionalità".

Conclude infine che che per l'imputazione oggettiva dell'evento sono necessari due elementi, uno positivo e uno negativo: quello positivo "*è che l'uomo con la sua condotta abbia posto in essere un fattore causale del risultato, vale a dire un fattore senza il quale il risultato medesimo nel caso concreto non si sarebbe avverato; il negativo è che il risultato non sia dovuto al concorso di fattori ecce-*

zionali (rarissimi). Soltanto quando concorrono queste due condizioni l'uomo può considerarsi "autore dell'evento".

Scorrendo la motivazione appare però nitido come il rapporto causale tra la condotta del medico e quella dell'omicida sia, in sostanza, fondata soltanto sulla possibilità conseguente alla prima di una facile disponibilità dell'arma.

Non si tratta dunque, nella sostanza delle cose, di una vera pronuncia sulla portata causativa o impeditiva di diagnosi (invero al medico psichiatra non era neppure possibile formulare una diagnosi nell'occasionale contatto con il paziente) o terapie.

La sentenza citata assume importanza ai nostri fini perché è largamente ripresa (direi cannibalizzata) da una successiva pronuncia che abbiamo già ricordato: Cass. IV, 11/3/2008 n. 10795. In quell'occasione la vicenda era invero emblematica: si accusava lo psichiatra di aver operato una sottovalutazione dello stato psicotico di un paziente accolto in una comunità, di aver prima ridotto e poi sospeso la somministrazione di una terapia farmacologica di tipo neurolettico e di non aver richiesto il TSO in presenza di sintomi (invero stabili nel tempo) che rendevano necessaria tale iniziativa. Diagnosi errata e terapia errata, dunque.

Il paziente aveva finito per trovare il solito coltello ed uccidere un educatore.

La motivazione della sentenza, sul punto del nesso causale, ricalca quella della pronuncia dell'anno precedente, anche se si conclude con una pronuncia di conferma dell'assoluzione e di solo mutamento della formula: dal fatto non sussiste, al fatto non costitusice reato.

Prima di tutto, affrontando la doglianza difensiva in ordine alla mancata ricostruzione "*dell'intero e complesso meccanismo causale*" ed in particolare quello che inerisce le conseguenze della riduzione e poi sospensione della terapia farmacologica in conseguenza della "*concentrazione del principio attivo del farmaco antipsicotico nel periodo immediatamente precedente il tragico fatto*" , la Corte richiama un'antica sentenza (Cass., sez. 4, 6 dicembre 1990, Bonetti e altri) traendone una sorta di massima: "*è impossibile che il giudice, nell'accertare il rapporto causale, venga a capo di tutti, conosca tutti i passaggi causali, tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto, che proceda ad una spiegazione fondata su una serie continua di eventi; è sufficiente che il giudice, adottando il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, universali o statistiche, "restando, cioè, vincolato a parametri oggettivi e impersonali forniti dalla scienza" e, quindi, ripudiando il modello individualizzante, colga, metta in luce, uno o più antecedenti che, secondo quelle leggi scientifiche, universali o statistiche, siano tali che senza lo stesso o gli stessi l'evento, con alto grado di probabilità, con probabilità, cioè, logica o credibilità razionale,*

non si sarebbe verificato". Poi evoca i fantasmi della normativizzazione: "*Più recentemente si è ancora affermato che il nesso di condizionamento deve ritenersi provato non solo quando (caso improbabile) venga accertata compiutamente la concatenazione causale che ha dato luogo all'evento ma, altresì, in tutti quei casi nei quali, pur non essendo compiutamente descritto o accertato il complessivo succedersi di tale meccanismo, l'evento sia comunque riconducibile alla condotta colposa dell'agente sia pure con condotte alternative; e purchè sia possibile escludere l'efficienza causale di diversi meccanismi eziologici (in questo senso v. Cass. , sez. 4, 15 marzo 1995 n. 2650, Trotta, in Giust. pen., 1996, 11, 445, che ha ritenuto irrilevante l'indicazione di una delle cause alternative dell'evento qualora le conseguenze dell'una o dell'altra soluzione siano identiche*".

Come nella confezione di un cinepanettone, poi, si chiama in causa la sentenza Franzese: "*Una parola definitiva su questo punto è stata pronunziata dalla sentenza Franzese delle sezioni unite che così si esprime: "poichè il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto, nè procedere ad una spiegazione fondata su una serie continua di eventi, l'ipotesi ricostruttiva formulata in partenza sul nesso di condizionamento tra condotta umana e singolo evento potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purchè sia ragionevolmente da escludere l'intervento di un diverso ed alternativo decorso causale*".

Su tali basi enuncia il proprio metodo: "*Ciò che rileva, quindi, è che siano individuati tutti i possibili meccanismi eziologici e verificare se queste alternative ricostruzioni possano tutte essere riferite alle condotte (colpose) di indagati e imputati; oppure che si possa comunque escludere che ne esistano di ragionevolmente ipotizzabili che possano condurre all'esclusione del contributo causale da parte dell'agente*".

Le premesse sono invero fondate più sulla legittima ignoranza che sulla conoscenza, e questo troverebbe il conforto della dottrina: "*Queste conclusioni sono condivise anche dalla prevalente dottrina. Si è detto che "non si può pretendere che il giudice spieghi l'intero meccanismo di produzione dell'evento, e non lo si può pretendere perchè non è possibile conoscere esattamente tutte le "fasi intermedie" attraverso le quali la causa "produce" l'effetto finale*".

A questo punto si procede al secondo passo: si chiede il S.C. se quella ipotizzata sia una causalità attiva o piuttosto da omesso impedimento.

La conclusione è nel primo senso. Premesso che "*Non sempre agevole è però la distinzione in concreto tra le due forme di causalità*", si riscontra come " *Nella stragrande maggioranza dei casi so-*

no presenti condotte attive e passive che interagiscono tra di loro rendendo ancor più difficile l'accertamento della natura della causalità". Ed in effetti: "E' peraltro necessario evitare la confusione tra il reato omissivo e le componenti emissive della colpa: i casi del medico che adotta una terapia errata (e quindi omette di somministrare quella corretta) o che dimette anticipatamente il paziente (e quindi omette di continuare a curarlo in ambito ospedaliero) non rientrano nella causalità omissiva ma in quella attiva ". Questo anche se "potrebbe ritenersi condivisibile il più recente orientamento secondo cui, nell'ambito della responsabilità medica, avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi; sarebbe invece omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente".

Venendo al caso concreto, dopo aver dottamente così discettato, si osserva che "*Il dott. P. non ha violato un comando omettendo di intervenire in un caso che richiedeva la sua attivazione ma ha violato il divieto di somministrare le terapie farmacologiche in modo incongruo prima con una immotivata riduzione alla metà del farmaco neurolettico e poi addirittura sospendendo, senza un adeguato periodo di osservazione, la terapia in tempi troppo ravvicinati e senza un approfondito esame delle conseguenze della modifica terapeutica*". Per questo egli ha introdotto " *nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi. Si badi, non si tratta di un riferimento alla non condivisibile (e ormai ampiamente superata) teoria dell'aumento del rischio ma di una ricostruzione che tiene conto della introduzione di un fattore causale che ha certamente cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento".*

"Se dunque nel caso in esame la causalità ha natura commissiva e se l'evento è da ritenere causalmente ricollegabile alla condotta dell'imputato in termini di sostanziale certezza è evidente che non è necessario porsi la domanda, che si pone il ricorrente, su che cosa sarebbe avvenuto se la modifica terapeutica non fosse avvenuta; domanda che trova la sua ragione nella circostanza che è statisticamente accertato che una certa percentuale di scompensi nei pazienti psicotici avviene anche con il mantenimento della terapia.

Questa domanda sarebbe legittima se si trattasse di causalità omissiva: *il medico che non ha somministrato il farmaco salvifico risponde della morte del paziente se, in base al giudizio controfattuale, può ritenersi, in termini di elevata credibilità razionale, che l'evento non si sarebbe verificato se il medico avesse compiuto l'azione richiesta.*

Ma, nel nostro caso, i giudici di merito hanno motivatamente ritenuto accertato, in termini di sostanziale certezza, che la crisi si è scatenata a seguito del mutamento incongruo della

terapia farmacologia; dunque l'ipotesi formulata dal ricorrente costituisce una congettura priva di alcuna conferma ed estranea all'evidenza probatoria del processo che anzi mostra l'esistenza di una situazione di sostanziale compenso durata circa quindici anni pur con periodici episodi di rottura di questa situazione di equilibrio.

Il giudizio controfattuale non va dunque compiuto, come implicitamente richiede il ricorrente, dando per avvenuta una condotta impeditiva che non c'è stata e chiedendosi se, posta in essere la medesima, l'evento sarebbe ugualmente avvenuto in termini di elevata credibilità razionale. Ma chiedendosi se, ipotizzando non avvenuto il mutamento del trattamento farmacologico, si sarebbe ugualmente verificato il processo patologico che ha condotto il paziente allo scompenso conclamato cui è riconducibile l'aggressione a C..

E su quale debba essere la risposta a questo quesito la Corte di merito ha fornito la motivata e non illogica risposta cui si è più volte fatto cenno. E' infatti possibile che, se la terapia non fosse mutata, si sarebbero potuti verificare in futuro altri episodi di scompenso; ma lo scompenso che si è in concreto verificato è stato eziologicamente ricollegato - in base all'evidenza disponibile ed in particolare agli accertamenti peritali - al mutamento terapeutico, si è manifestato come conseguenza prevista e prevedibile di questo mutamento e non costituisce quindi uno degli episodi statisticamente possibili di inefficacia del farmaco.

E quindi possibile dare una risposta al quesito formulato nel capitolo precedente: l'evento hic et nunc verificatosi è causalmente ricollegabile alla condotta dell'imputato in termini di elevata credibilità razionale e l'ipotesi alternativa formulata è fondata su una mera congettura che peraltro neppure potrebbe essere presa in considerazione nel giudizio di legittimità."

Abbiamo voluto dilungarci perché, ad avviso di chi scrive la sentenza è la più evidente delle dichiarazioni di impotenza: la sua motivazione dimostra che non era possibile impostare un giudizio per il quale la avvenuta adozione della diversa terapia avrebbe impedito l'evento, neppure in termini di probabilità.

Questa conclusione credo debba essere fatta nostra.

Essa comporta effetti probabilmente distorsivi delle finalità politico criminali, ma non è di questo che dobbiamo occuparci.