

## CAPITOLO PRIMO

# LA FISIONOMIA DELL'ATTIVITÀ MEDICA TRA PECULIARITÀ ONTOLOGICHE E TIPOLOGIE DI RISCHIO. RIFLESSI SULLA DOGMATICA

SOMMARIO: 1. La responsabilità penale del personale sanitario. Esigenze di ripensamento e itinerari di studio. – 2. Le caratteristiche “genetiche” dell’attività medica e le sue peculiarità ontologiche. – 3. (*Segue*). Tipologie di rischio e contenuto modale delle regole cautelari. – 4. Tra posizione di garanzia e regole cautelari.

### *1. La responsabilità penale del personale sanitario. Esigenze di ripensamento e itinerari di studio*

La responsabilità colposa del personale sanitario ha da sempre rappresentato un crocevia fondamentale nelle riflessioni di dottrina e giurisprudenza penali, spesso chiamate a governare i complessi legami, causali e colposi, tra eventi infau-  
sti e attività medica.

A tale ricorrente attenzione per il tema si è sempre accompagnata una contestuale esigenza, avvertita tanto nel pensiero teorico quanto nell’esperienza pratica, di contenere entro limiti di ragionevolezza la risposta penale nei confronti del medico, concentrandosi in modo particolare sulla struttura assunta dall’illecito colposo nello specifico ambito dell’attività sanitaria.

Tale peculiare attenzione, già di per sé carica di profili di ragguardevole complessità sul piano dei criteri generali dell’imputazione penale colposa<sup>1</sup>, si è nel

---

<sup>1</sup> Sul tema generale dell’imputazione penale nei delitti colposi d’evento, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. G. AMARA, *Fra condotta attiva ed omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell’imputazione dell’evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 7-8, 2805 e ss.; F. ANGIONI, *Note sull’imputazione dell’evento colposo con particolare riferimento all’attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1279 e ss.; R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012; C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, *passim*; G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostru-*

corso del tempo arricchita in ragione della peculiare cifra giuridica dell'attività sa-

---

zione critica del versante oggettivo del reato, Padova, 2013, *passim*; A.R. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 889 e ss.; ID., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, *passim*; D. CASTRONOVO, *La colpa penale*, Torino, 2009, *passim*; ID., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 4, 1594 e ss.; G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, Padova, 2013, *passim*; ID., *Quaestio disputata: sulla colpa penale come vizio della volontà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1318 e ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, *passim*; ID., *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento* (trad. da H.J. HIRSCH, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 745 e ss.; G. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 969 e ss.; M. DONINI, *Il garantismo della conditio sine qua non ed il prezzo del suo abbandono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 494 e ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*; ID., *Lettura sistematica delle teorie della imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 e ss. (parte I), 1114 ss. (parte II); G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità ed imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 945 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, *passim*; M. GALLO, voce «Colpa penale» (dir. vigente), in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, 1960, 624 e ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, *passim*; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 e ss.; M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 207 e ss.; R. HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festgabe für Reinhard von Franck*, I, Tübingen, 1930, 174 e ss.; H. KORIAT, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden, 2007, *passim*; G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996, *passim*; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011, *passim*; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, *passim*; ID., *Non c'è dolo senza colpa, Morte della «causalità» e sua trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 e ss., ora in ID., *La colpa. Studi*, Milano, 2013, 329 e ss.; A. MASSARO, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009, 4699 e ss.; E. MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2000, 10 e ss.; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 e ss.; M. RONCO, *Gli elementi soggettivi del fatto tipico. La colpa in particolare*, in ID., *Commentario sistematico al Codice Penale*, Bologna, 2011, 603 e ss., ora in *Scritti Patavini*, Torino, 2017, 1, 355 e ss.; ID., *L'imputazione del torto penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, ora in *Scritti Patavini*, Torino, 2017, 2, 1179 e ss.; C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione obiettiva*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, S. MOCCIA (a cura e trad. di), Napoli, 1998; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della conditio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Firenze, 2013, *passim*; ID., *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della conditio sine qua non*, in *Ind. pen.*, 2011, 69 e ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, 1224 e ss.; ID., *Regole cautelari «proprie» e «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, *passim*. Recentissimi, i lavori monografici di P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano, 2021, spec. 76 e ss. e di M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata*, Bologna, 2020, *passim* e, sul tema specifico, ID., *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 15 e ss.

nitaria, tanto da legittimare il ricorso – a seguito degli interventi legislativi del c.d. “decreto Balduzzi” e della c.d. “legge Gelli-Bianco” – al concetto di “settorializzazione” della responsabilità penale dell’esercente la professione medica<sup>2</sup>.

Come posto in luce da alcune voci della dottrina<sup>3</sup>, del resto, quella del diritto penale in ambito sanitario si presenta come la storia di un continuo lavoro ermeneutico volto a delimitare la responsabilità del medico; una storia – si potrebbe proseguire – che sospinge sempre più verso la delineazione di un micro-sistema autonomo<sup>4</sup>, in cui l’imputazione al medico di eventi infausti venga sottratta alla tradizionale logica delle categorie dogmatiche classiche, vissute come troppo stringenti, per essere invece affidata a criteri di ascrizione che siano modellati sulle peculiarità ontologiche dell’attività sanitaria<sup>5</sup>.

La medicina moderna, dal canto suo, non è immune dal generalizzato fenomeno di incertezza scientifica che spesso impedisce la concreta conoscenza di tutti i singoli anelli della catena eziologica rispetto ad un certo evento o che rende spes-

---

<sup>2</sup>Non diversamente da altre recenti “settorializzazioni” che, ad esempio nel mondo del lavoro o della circolazione stradale, hanno interessato le categorie dogmatiche classiche. Nell’ambito del diritto penale del lavoro, acute e indubbiamente emblematiche sono le riflessioni svolte da D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni in AA.VV., Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Bologna, 2019, 292 e ss., ove l’Autore, parlando di “deformazione” delle categorie classiche, pone bene in luce come il diritto penale del lavoro rappresenti un ottimo esempio di “settorializzazione” della causalità, dell’omissione impropria e della colpa. Sul tema della settorializzazione cfr., a titolo esemplificativo, E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale: studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013, 110, ove lo studioso parla, nella più ampia cornice dell’applicazione del principio di precauzione nel diritto penale (e proprio prendendo a riferimento la responsabilità medica), di “indebita settorializzazione”; C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella “società del rischio”*, testo della relazione di sintesi svolta a conclusione della VI edizione del Ginnasio dei penalisti, *Il diritto penale di fronte alle sfide della «Società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, 18-19 marzo 2016, Scuola Superiore Sant’Anna, Pisa, oggi in [archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org); A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, 2010, 62.

<sup>3</sup>Cfr. A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, cit., 102 e ss.

<sup>4</sup>Sull’opportunità di riflettere in ordine ai reati colposi nei diversi settori, individuando convergenze e divergenze, e giungendo anche a delineare, ove ragionevole, discipline differenziate, cfr. R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 248.

<sup>5</sup>A titolo esemplificativo è possibile ricordare, sul versante causale, un’iniziativa della Società Italiana di Chirurgia del 2008, recepita nella proposta di legge n. 1884 dello stesso anno, presentata alla Camera il 10 novembre 2008, la quale conteneva, *inter alia*, una sostanziosa integrazione della disciplina della causalità contenuta negli artt. 40 e 41 c.p. Sebbene siffatta proposta, come noto, non abbia avuto seguito, rileva certamente osservare il segnale che essa inviava: la richiesta di una considerazione autonoma, peculiare, dell’attività medica; l’idea stessa di creare una regolamentazione differenziata per un settore specifico, con la conseguente disgregazione dell’unicità razionale garantita dalla dogmatica causale. Sul punto cfr. F. PALAZZO, *Responsabilità medica, “disagio professionale” e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1062-1063.

so impossibile, *ex ante*, individuare una ben delineata regola cautelare idonea a scongiurarlo. Per fronteggiare una tale situazione di incertezza, le categorie classiche di *causalità* e *colpa* hanno così finito per subire delle torsioni<sup>6</sup> e, in taluni casi, anche delle vere e proprie deformazioni ermeneutico-applicative; tuttavia, se in altri settori di c.d. “rischio lecito”, quali ad esempio l’attività d’impresa o la circolazione stradale (contrassegnate parimenti da un certo *deficit* cognitivo), siffatte categorie hanno conservato pressoché immutata la loro consistenza formale, nel campo della responsabilità medica all’evoluzione sul piano interpretativo si è accompagnata nel tempo un’evoluzione anche sul piano normativo, mediante la c.d. “riforma Balduzzi” del 2012 e la c.d. “riforma Gelli-Bianco” del 2017.

Concentrandosi in particolare su tali ultime novelle, ci si deve dunque interrogare in ordine al loro recepimento da parte della dottrina e della giurisprudenza: dopo una riforma e una “controriforma”<sup>7</sup>, il delicato intervento di “ortopedia ermeneutica” ad opera delle Sezioni Unite<sup>8</sup> sul testo dell’art. 590-*sexies* c.p. (introdotta dalla “legge Gelli-Bianco”) rafforza, infatti, la convinzione circa la sussistenza di una serie di dati ontologici, sottesi al settore medico, che, proprio per tale consistenza pre-normativa, resistono alla penna – non sempre così “felice” – del legislatore storico e non possono trovare rapide soluzioni mediante il “semplice” e settoriale dato positivo.

Al fine, dunque, di comprendere compiutamente se e in che termini gli interventi normativi abbiano conseguito il risultato sperato dal legislatore, nel corso del presente studio sembra opportuno ripercorrere con attenzione l’itinerario evolutivo della responsabilità penale per colpa del medico, avendo cura di porre in evidenza, passo passo, le due direttrici di fondo lungo le quali esso si è snodato: la prima, coerente con il fenomeno di progressiva “normativizzazione” della colpa penale, concerne la graduale “positivizzazione” delle *leges artis* nel tentativo di recuperare certezza (*recte*: determinatezza) all’interno del tipo colposo; la seconda, che ha radici ben delineate nella storia giuridica italiana della responsabilità medica, concerne invece il grado della colpa, in un’ottica tutta protesa a delimitare la rilevanza penale della condotta terapeutica.

Mantenendo questa duplice filigrana, l’itinerario di analisi potrà essere dunque suddiviso, dal punto di vista concettuale, in plurime articolazioni, procedendo ad indagare cioè: (i) il progressivo affermarsi delle linee-guida e il loro ruolo nella struttura della fattispecie colposa (Cap. II, § 4.1, Cap. III, §§ 3 e ss., Cap. IV, § 6.1.); (ii) le oscillazioni registratesi nel diritto vivente in ordine al significato e alla

---

<sup>6</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Responsabilità medica*, cit., *passim*.

<sup>7</sup> Cfr. R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell’attività medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 5, 1466 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770, sulla quale si veda specificamente *infra*, al Cap. IV.

rilevanza della distinzione tra colpa lieve e colpa grave (Cap. II, § 4.2); (iii) la traduzione normativa delle esigenze del settore medico nelle riforme del 2012 (Cap. III) e del 2017 (Cap. IV); (iv) il “precipitato insoluto” del più recente dibattito giurisprudenziale, tanto nella dimensione dogmatico-teorica che in quella pratico-applicativa (Cap. IV, §§ 6 e ss.); (v) le innovazioni e il rinnovato alimento delle riflessioni sul tema ingenerate dall’esigenza di rispondere ai problemi sollevati dalla pandemia da SARS-CoV-2 (Cap. V); (vi) i tentativi, in via ermeneutica o *de iure condendo*, di individuare dei limiti razionali all’imputazione colposa in ambito medico (Cap. VI).

Lungo questi itinerari, ci si augura di poter rintracciare gli strumenti più opportuni per rispondere all’esigenza, invero avvertita con forza da almeno due lustri, di ridefinire gli spazi di rilevanza penale dell’attività medica all’insegna di un contenimento della risposta punitiva, ispirato ad un effettivo rispetto dei principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza (art. 27 Cost.), nel quadro più generale di un rinnovato diritto penale minimo<sup>9</sup>.

Lo scopo, dunque, di questo itinerario non consisterà nell’individuazione di una soluzione contingente, temporalmente limitata alla gestione dell’emergenza del momento e ad essa strettamente intrecciata nei presupposti, quanto piuttosto nell’enucleazione di possibili strategie normative o ermeneutiche che poggino sulle caratteristiche di base dell’attività medica, coinvolgenti certamente anche la gestione della pandemia ma idonee a trascendere il momento storico in quanto scaturenti dalle peculiarità “ontologiche” dell’attività medica. Ecco allora perché si ritiene opportuno, in questo primo capitolo, indugiare in un tentativo di razionalizzazione delle caratteristiche che si è persuasi conferiscano una fisionomia affatto peculiare alla medicina.

Del resto, le sopra citate tendenze ad una “settorializzazione” della colpa medica, rese ancor più evidenti dal recente “scudo penale” (sulla cui consistenza si tornerà nel Capitolo V di questo lavoro), devono pur giustificarsi, sotto il profilo

---

<sup>9</sup> È d’obbligo il rinvio a F. MANTOVANI, *Il vero diritto penale minimo: la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 867 e ss.; sotto un’angolazione in parte differente, cfr. anche F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990 e M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558, ove viene evidenziato in prospettiva negativa come l’ansia di rispondere al bisogno di sicurezza faccia scivolare l’oggetto dell’imputazione dall’evento lesivo alla condotta pericolosa o «*dall’evento al pericolo [...] dalla colpa al rischio [...] dal fatto offensivo agli autori pericolosi*»; nell’ambito di un’acuta critica all’impiego del principio di precauzione come criterio di imputazione dinanzi all’incertezza cognitiva, si veda G. CIVELLO, *La colpa «eventuale»*, cit., 146 e ss., 343 e ss.; cfr. anche F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227 e ss.; considerazioni generali, nell’ambito di una comparazione con la disciplina e gli strumenti di tutela apprestati in America, sono svolti da A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, cit., 281 e ss., il quale, nelle battute finali, pone in evidenza come negli *States* sia stata prescelta la via delle *middleground sanctions* come “terzo binario” per rispondere alla ipotesi di *negligence* (colpa incosciente).

costituzionale della ragionevolezza e dell'uguaglianza, in base a elementi ben afferribili. Sul punto, non può non registrarsi come, sebbene da molti evocata, l'irriducibile cifra di diversità della medicina, rispetto a molti altri settori del c.d. "rischio lecito" parimenti (se non addirittura più) complessi dal punto di vista tecnico (si pensi ad esempio all'ingegneria aerospaziale, alla gestione del rischio aeroportuale etc.), non sia quasi mai analizzata partitamente e problematicamente, limitandosi i contributi ad affermarne la sussistenza. Si ritiene dunque utile, anche al fine di giustificare costituzionalmente eventuali regimi *ad hoc*, soffermarsi sull'analisi di siffatti profili di peculiarità "ontologica" della medicina, onde inferire poi le ragioni di talune peculiarità nella struttura "nomologica" della materia sotto la lente del diritto penale.

Come detto, infatti, la medicina (non solo) moderna esibisce delle caratterizzazioni e delle peculiarità derivanti dalla cifra teleologica degli atti in cui si estrinseca e dal tipo di rischio che la stessa è chiamata ad affrontare; un rischio che si presenta proteiforme, dinamico e, per le ragioni che si vedranno appresso, non sempre pienamente governabile nel quadro paradigmatico<sup>10</sup> della "società del rischio"<sup>11</sup>. Eppure, si tratta di un rischio che il medico è tenuto a fronteggiare, anzi – a dire di più – *ex art. 40 cpv. c.p.* a vincere, anche dinanzi ad un'incertezza scientifica che sovente ostacola la ricostruzione dei singoli fattori della filiera eziologica e l'individuazione di una ben delineata regola modale idonea a guidare la condotta dell'agente.

Si tratta di osservazioni che potrebbero apparire forse banali, ma in ordine alle quali non pare si sia sempre riflettuto in maniera adeguata negli ultimi interventi di riforma.

---

<sup>10</sup> Il riferimento è evidentemente a T. KHUN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Chicago, 1962, trad. it. A. Carugo, Torino, 1978. Si tratta del modo di incedere dell'argomentazione risultante dalla correlazione tra un problema (sul quale ci si propone di indagare) e la cornice problematica (il paradigma, per l'appunto) entro quale va ricondotto, in modo da poter dare delle risposte servendosi delle categorie concettuali che a quel paradigma appartengono.

La più nota esplicitazione dell'importanza di una tale metodologia trova una molto suggestiva esemplificazione in K. POPPER, *Objective Knowledge. An evolutionary Approach*, Oxford, 1972, (trad. it. A. Rossi, *La conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Roma, 1975, 266 e ss.). Ricorda Popper come Galileo intendesse risolvere il problema delle maree collocandolo entro il paradigma problematico dei movimenti della terra utilizzando il noto "modello del catino" (spostando quest'ultimo anche il liquido si sposta); ma tale contesto problematico in realtà era giustificato dal fatto che il vero interesse di Galileo consisteva nel porre a prova di torsione le teorie copernicane sui movimenti terrestri. Laddove invece il tema venisse ricollocato entro il diverso sfondo problematico dell'attrazione lunare sui liquidi, la ricerca perderebbe il suo valore intraparadigmatico e si sarebbe dinnanzi ad una riconfigurazione extraparadigmatica del problema. Tale aspetto metodologico di base viene ben sottolineato, nell'importanza penalistica di individuare il contesto paradigmatico di riferimento, da G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, spec. 18 e 235.

<sup>11</sup> È d'obbligo il rinvio a U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007.

Il momento di grave difficoltà che il Paese ha vissuto a causa della pandemia da Covid-19 ha, infatti, sospinto verso un rinnovato interesse per il tema della responsabilità del medico, come non ha mancato di notare, in un recente scritto, Mauro Ronco. Lo studioso torinese, più precisamente, afferma con la consueta lucidità che «La pandemia Covid-19 ha fatto riscoprire alla nostra società l'essenzialità del servizio sanitario e, all'interno di esso, delle categorie dei medici e degli infermieri»<sup>12</sup>, facendo toccare con mano alla società civile la realtà delle strutture sanitarie e l'esigenza di delimitazione della risposta penale nei confronti dei principali protagonisti delle stesse. Come subito avverte lo studioso, tuttavia, «il discorso non può essere speditivo, come se – alla maniera invalsa nella massmediatica corrente – il rimedio fosse dietro l'angolo e bastasse qualche piccolo movimento cartaceo per migliorare la condizione dei medici e del personale di assistenza e, conseguentemente, la qualità dei servizi»<sup>13</sup>. Al contrario, si rende necessario volgere lo sguardo proprio a quelle caratterizzazioni che più profondamente, e oltre l'attuale contingenza, connotano la responsabilità penale del medico per colpa, affrontando il tema dalle fondamenta.

Si è infatti convinti che, per rispondere a tale esigenza, sia necessaria una riflessione condotta alla luce di una attenta considerazione delle peculiarità dell'atto medico e dei conseguenti riflessi di tali peculiarità nelle stanze della dogmatica classica, assumendo in definitiva un angolo prospettico che trascenda la temperie storico-sociale contingente.

## 2. *Le caratteristiche “genetiche” dell'attività medica e le sue peculiarità ontologiche*

Il tentativo di cogliere le ragioni profonde dell'avvertita (e sopra rievocata) esigenza di contenimento della risposta punitiva dinanzi ad eventi lesivi occorsi nell'ambito dell'attività terapeutica deve prendere le mosse dalle caratteristiche che connotano quest'ultima come del tutto peculiare sul piano ontologico.

Non si tratta, a ben vedere, di elementi che possano essere semplicemente elencati come se fossero dati numerici o figure perfettamente percepibili entro contorni definiti. Si tratta piuttosto di elementi che (come un intreccio di colori) devono essere via via enucleati, distillati, isolati, prendendo in considerazione l'attività del medico nel suo essere (*recte*: nel suo farsi) empirico, senza tuttavia cadere nell'errore di atomizzarli perdendo di vista il loro lavorare sinergico<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup>M. RONCO, *Eroismo dei medici e colpa professionale: riflessioni e proposte*, in *Pubblicazioni del Centro Studi Rosario Livatino*, 4 aprile 2020.

<sup>13</sup>*Ibidem*.

<sup>14</sup>Per una ricerca degli elementi caratterizzanti la «complessità oggettiva ed epistemologica» del-

Solo l'individuazione di tali peculiarità ontologiche, e la comprensione del loro agire corale, permetterà infatti di cogliere correttamente il modo, altrettanto peculiare, di atteggiarsi del rischio (o, come meglio si vedrà, *dei rischi*) che il medico è chiamato a governare.

Da questa prospettiva, l'attività medica si presenta in primo luogo segnata da uno *spiccato carattere relazionale*<sup>15</sup>. La medicina implica infatti la relazione del medico con il paziente e con la patologia che affligge quest'ultimo; ma anche la relazione con gli altri medici (o paramedici) e con gli altri operatori sanitari (di grado gerarchico paritario, superiore o inferiore<sup>16</sup>) che a vario titolo e in vari momenti intervengono nel percorso diagnostico-terapeutico<sup>17</sup>; e, ancora, la relazione con la struttura sanitaria nella quale egli viene chiamato ad esercitare la professione.

Una trama relazionale, dunque, che non può non avere incidenze sul fondamentale rapporto di base: quello tra medico e paziente (e, nella prospettiva del delitto colposo causalmente orientato, tra soggetto attivo e passivo del reato) il quale è destinato a risolversi, in base al diverso accostamento prescelto, in termini di condivisione (e congiunta gestione) del rischio clinico o in termini di conflittuale allocazione dello stesso.

---

la medicina analoga a quella che si tenterà di condurre nel corpo di testo, cfr. R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, cit., 1483 e 1484.

<sup>15</sup> Cfr. in particolare D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 322.

<sup>16</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 79 e ss.

<sup>17</sup> Un'imponente trama problematica – che non può essere adeguatamente affrontata nell'economia di questo lavoro – afferisce alla responsabilità plurisoggettiva in ambito medico, in ordine alla quale, senza pretese di esaustività, cfr. F. AMBROSETTI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico in équipe. Profili penali e civili*, Torino, 2003; A.R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 223 e ss.; G. GIZZI, *La responsabilità medica di équipe*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 31 e ss.; ID., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 753 e ss.; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 209 e ss.; G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, 217; M.L. MATTHEUDAKIS, *Causalità omissiva e presunzione di correttezza del comportamento altrui in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 779 e ss.; A. PALMA, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva*, cit., *passim*; P. PIRAS, G.P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 4, 301 e ss.; C. SILVA, *Responsabilità colposa e principio dell'affidamento. La controversa applicazione nell'attività medica d'équipe*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 455 e ss.; Più latamente, cfr. L. CORNACCHIA, *Colpa d'équipe*, cit., *passim*.



Sotto questo profilo va rammentato come l'attività medica, in virtù di questo peculiare rapporto tra medico e paziente, esibisca un elemento di indiscutibile unicità: i beni (di rango primario) che essa si protende a tutelare (vita e integrità psico-fisica) sono al contempo i beni che, nel suo svolgersi, può ledere. Detto altrimenti «essa è volta a tutelare gli stessi beni che offende nel senso che il suo rapporto con i beni non è disfunzionale-conflittuale, ma sintonico-funzionale»<sup>18</sup>, derivandone che, in linea tendenziale, i due soggetti coinvolti dalla relazione interpersonale – medico e paziente – non si rapportheranno in termini di contrapposizione, come portatori di interessi opposti, bensì di sinergica convergenza<sup>19</sup> verso il medesimo risultato.

Ne discendono importanti conseguenze in ordine al bilanciamento sotteso all'elaborazione delle regole cautelari che presidiano la materia: l'attività diagnostico-terapeutica, connotata da invasività, tenderà a veder estesi i margini di rischio lecito (dunque a veder alleggerire la pretesa modale della condotta) quanto più inoffensiva sarà la sua eventuale incapacità di interrompere la patologia in corso; al contrario, sarà maggiore la pretesa cautelare laddove maggiori saranno le potenzialità lesive, per i beni del paziente, in caso di fallimento dell'approccio sanitario prescelto.

In secondo luogo, l'attività terapeutica si manifesta connotata da venature di ineliminabile *variabilità*, oggettiva e soggettiva: tanto la patologia quanto il soggetto-paziente non rappresentano condizioni statiche, ma – semplificando – l'inafferrabile sinergia di un organismo (l'uomo) e di un processo (la patologia) fisiologicamente dinamici e dinamicamente interferenti tra loro.

Siffatta dinamicità, inoltre, si accompagna a (e in un certo senso si riflette in) un'ulteriore caratteristica della medicina: la *multifattorialità*. Con questa espressione si vuole indicare come l'attività diagnostico-terapeutica sia animata da «serie causali che non sono lineari ma multidirezionali, ovvero [n.d.r. seriazioni causali che] si attivano e si rafforzano, e attivano e rafforzano altre serie causali che possono porsi in alternativa a, o in sinergia con, quelle originarie»<sup>20</sup>.

Tali fattori contribuiscono a descrivere la complessità – forse solo evocabile – della medicina, la quale si sviluppa a sua volta in una *continua dialettica tra teoria e prassi*, tra patrimonio conoscitivo in costante evoluzione e signoria operativo-esecutiva in perenne affinamento<sup>21</sup>. E un tale intreccio tra teoria e pratica, a bene vedere, emerge

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, 81.

<sup>19</sup> Cfr. A. CAPUTO, *La nuova responsabilità penale del medico tra i mutevoli perimetri della rilevanza penale per colpa e le sfide all'alleanza terapeutica medico-paziente. Il caso italiano*, in *Revista de derecho, Universidad del Norte*, 50, 203-228, 2018, spec. 143.

<sup>20</sup> R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, cit., 1483.

<sup>21</sup> Caratteristica questa che, più d'ogni altra, provoca non pochi problemi dinanzi all'artificiosa dicotomia tra "errore di selezione" ed "errore di esecuzione" – o, con diversa nomenclatura, "errore

anche ove si consideri solamente il percorso di studi seguito dagli specializzandi di medicina, i quali in Italia (all'estero l'approccio pratico risulta ancor maggiore), dopo la laurea magistrale, svolgono anni di specialità presso i reparti, dedicandosi non soltanto allo studio teorico ma anche alla effettiva attività sul paziente<sup>22</sup>.

Ancor più, l'intreccio continuo che la medicina esibisce tra il piano teorico e quello pratico si nota nell'esperienza diagnostica e in quella chirurgica, dove la riconoscibilità empirica del sintomo si manifesta solo ove stimolata da una pre-conoscenza astratta e teorica, a sua volta acquisita mediante l'innesto tra il sapere derivante dai libri e l'esperienza maturata sul campo. La diagnosi stessa presuppone poi la conoscenza degli strumenti mediante i quali ricercare la conferma dell'ipotesi formulata sulla base di quella sintomatologia, il loro funzionamento e le deformazioni sull'oggetto osservato derivanti dal loro impiego.

L'esecuzione dell'intervento chirurgico implicherà, dal canto suo, la comprensione della patologia in termini astratti, ma anche lo studio del comportamento di *quella* patologia in *quel* determinato paziente, le interazioni possibili con altre eventuali patologie (la c.d. comorbilità), l'esame della letteratura che suggerisce quel determinato intervento e le alternative possibili, l'individuazione conseguente delle regole tecniche che presidiano l'intervento prescelto e la valutazione dei possibili effetti collaterali; ma, soprattutto, l'intervento chirurgico comporterà la necessità che il medico monitori costantemente la risposta del paziente "in carne ed ossa" rispetto al trattamento in precedenza prescelto, facendosi trovare sempre pronto ad adattarlo, a modificarlo financo ad abbandonarlo, ove le singolari peculiarità di colui che si è affidato alle sue cure lo esigano o, come più spesso accade, lo facciano solo velatamente supporre.

In altri termini, e senza poter qui scandagliare i "nessi infinitesimali" lungo i quali si snodano le articolazioni dell'attività medica, non è possibile pretendere di scindere in maniera netta e precisa l'attività del medico in due monadi isolate e non comunicanti, una fatta solo di teoria ed un'altra fatta solo di prassi, se non a costo di una semplificazione così estrema e riduttiva da svilire completamente il reale portato ontologico che caratterizza l'arte medica, la quale disvela così un'ineliminabile *natura empirica*<sup>23</sup>. Una natura empirica declinabile anche in

---

a monte" ed "errore a valle", "adempimento opportuno" e "adeguato" etc. – creata nell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale successiva al "decreto Balduzzi", giacché non coglie la dinamica complessità dell'attività medica, data dal costante intreccio tra teoria e pratica. Su tali temi si veda *infra* ai Capitoli III (§ 4.1) e IV (§§ 4.3, 6.3 e 6.4).

<sup>22</sup> L'attività dello specializzando comporta non pochi problemi, anche sotto il profilo giuridico, a cagione dell'esigenza di delimitarne la responsabilità alla luce delle direttive provenienti dallo strutturato nel quadro paradigmatico della colpa per assunzione. Cfr. sul tema A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, cit., 234 e ss.

<sup>23</sup> Al riguardo, acutamente R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, cit., 1484, pone in luce come possa individuarsi, in medicina, «un'unità circolare tra sapere teorico

termini di “scientificità” della medicina «nel senso che essa intrattiene un rapporto strettissimo e diretto con il sapere elaborato attraverso un metodo empirico-sperimentale»<sup>24</sup>.

Siffatta caratteristica di *scientificità* presenta indubbi riflessi in ambito giuridico-penalistico, tanto sul piano della causalità (ove la scienza solo raramente permette di individuare la causa diretta di un determinato evento, arrestandosi solitamente all’indicazione degli antecedenti solamente prossimi a quell’evento) quanto su quello della colpa (ove l’elaborazione della regola cautelare implica una complessa attività di bilanciamenti e di valutazioni rispetto a profili lasciati in ombra dal sapere scientifico), passando dunque dal paradigma nomologico-deduttivo utilizzato per la spiegazione causale in prospettiva *ex post* (quale è stata la causa della morte?) a quello prognostico-deduttivo basato su valutazioni probabilistiche in prospettiva *ex ante* (cos’era possibile/necessario fare per evitare quella morte?)<sup>25</sup>.

In questo quadro problematico, a cavaliere tra causalità e colpa (per rilievi specifici sul tema si veda il Capitolo II), si staglia infine un’ulteriore caratteristica della medicina, ovverosia un’ineliminabile “*alternatività*”. Con siffatta espressione si vuole porre l’attenzione su di una caratteristica strutturale non solo del pensiero ma anche della concreta attività del sanitario: il medico è costantemente posto dinanzi ad un’alternativa<sup>26</sup>; anzi, spesso egli si trova al cospetto di molteplici alternative che, nel momento dell’azione, possono anche apparire egualmente idonee a fronteggiare il medesimo rischio. Certamente, con il “senno del poi” quel ventaglio di alternative si riduce e diviene possibile individuare, dal punto di vista oggettivo, quale sarebbe stata l’alternativa corretta; il che significa, nel linguaggio giuridico, il contenuto del dovere di garanzia o, secondo l’impostazione sistematica prescelta, della regola obiettiva di diligenza che fonda la c.d. “misura oggettiva” della colpa<sup>27</sup>.

---

ed esperienza. Qui – prosegue l’Autore – il praticare non è dimostrazione di conoscenze, ma esso stesso è il procedimento di conoscenza. La conoscenza, dunque, si forma costantemente. Insieme con l’esperienza».

<sup>24</sup> R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali*, cit., 79, ove l’Autore pone ben in luce come siffatta scientificità della medicina rappresenti una vera e propria peculiarità della materia perché «mentre l’attività di circolazione stradale non ha alcuna relazione immediata con il sapere scientifico [e] alla base dell’attività di impresa tale rapporto è sì riscontrabile, ma in termini del tutto eventuali, instaurandosi soprattutto in presenza di alta tecnologia o di particolari sostanze pericolose», in medicina «l’attività si esercita facendo scienza».

<sup>25</sup> *Ibidem*, 80.

<sup>26</sup> Cfr. A. MASSARO, *L’art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell’art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017, 47, ove l’Autrice pone in luce tale caratteristica fondamentale della medicina, richiamando la «componente necessariamente discrezionale della scienza medica nel senso che non sempre è dato ravvisare una sola “strategia curativa” adatta a ogni paziente».

<sup>27</sup> Con riferimento alla distinzione tra misura oggettiva e soggettiva della colpa, è d’obbligo il

Il problema sta nel fatto che il medico, il più delle volte, quando agisce, non dispone del tempo del perito (o del consulente) processuale per ponderare con serenità e distacco la soluzione più corretta, né può fruire di tutte quelle informazioni che solo nell'evoluzione fattuale del caso concreto vengono a rivelarsi; al contrario, il medico deve agire *hic et nunc*, con “mente lucida e mano ferma” davanti all'urgenza, scegliendo l'alternativa che appare migliore dal più ristretto e meno generoso angolo visuale della prospettiva *ex ante*.

A complicare ulteriormente il quadro, va ricordato come quell'alternativa *ex ante* sconti, nella società post-moderna, l'incertezza di un *deficit* cognitivo generalizzato, derivante dal ben noto sgretolarsi della fissità delle leggi scientifiche<sup>28</sup>. La

---

rinvio a S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 21 e ss., oggi in *Studi in onore di Franco Coppi*, 2012, 73 e ss. La letteratura sul punto, sia di lingua italiana che di lingua tedesca, è a dir poco ingovernabile. Limitandosi ad alcune letture fondamentali, senza pretese di esaustività, si vedano D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., *passim*; ID., *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723 e ss.; ID., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1594 e ss.; G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio*, cit., spec. 254 e ss. e 311 e ss.; ID., *Quaestio disputata*, cit., 1318 e ss.; V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati, 1977-78*, 275 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 244 e ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., *passim*; nella dottrina tedesca, fondamentale punto di partenza è ancora lo scritto di H. MANNHEIM, *Der Maßstab der Fahrlässigkeit*, 1912 (ristampa 1977, Frankfurt am Main-Tokyo).

<sup>28</sup> Alla base di tale fenomeno, evidentemente, si ritrova il meccanicismo-fisicalista ingenerato dalle grandi opere dogmatiche di E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, e F. VON LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1903, di cui è impregnata la stessa nozione di causalità dominante nella dottrina penalistica italiana dopo l'introduzione del codice Rocco. Cfr. sul tema, per un ricchissimo contributo, M. RONCO, *Descrizioni penale d'azione*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 235 e ss., oggi in *Scritti Patavini*, Torino, 2017, 2, 1047 e ss. Il coniato da un concetto di azione destinata ad essere compresa in tutta la sua cifra valoriale, in quanto considerata nel suo dispiegarsi nel tempo quale *continuum* tra condotta ed evento, ha evidentemente sollevato il complesso problema di colmare il vuoto creatosi tra i due referenti del reato, attraverso l'introduzione di una categoria, la causalità appunto, letta come un qualcosa di distinto dall'azione e non più comunicante con i principi di offensività e di autorità personale. Ecco allora che la nascita “per gemmazione” dell'articolazione codicistica divisata tra gli articoli 40 e 41 (in tema causale) e 42-43 (sotto il profilo psicologico del reato) ha creato terreno fertile per quegli equivoci della dogmatica causale ben messi in luce da G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale*, cit., *passim*, sin dal titolo dell'opera. Lo stesso utopica pretesa di ricercare la certezza e il più alto garantismo in ambito causale mediante la trasposizione sul terreno giuridico delle “rassicuranti” certezze della scienza empirica ha del resto trovato la sua beffarda smentita proprio nella dissoluzione (scientifica) del concetto di causa, dopo l'avvento della fisica quantistica e del principio di indeterminazione di Heisenberg, come ben evidenziano le acute parole di K. Popper: «la causalità va al vento “a cagione” della nostra interferenza con l'oggetto osservato, cioè a cagione di una certa interazione causale» (K. POPPER, *Logik der Forschung*, 1934, trad. it. M. Trinchero, *La logica della scoperta scientifica*, Torino, 1998, 272, nota n. 5). E nella situazione di incertezza scientifica quasi connaturata alla società post-moderna nella quale l'esistenza di leggi univer-

conseguenza, sul piano pratico, consiste nell'impossibilità spesso avvertita di individuare realmente la effettiva "filiera" causale e, in progressione logica, di individuare una regola modale dotata di potenzialità impeditive rispetto ai possibili eventi dannosi per la salute del paziente (sul punto si veda *amplius, infra*, al § 4).

Su questo complesso e dinamico intreccio di alternative, di relazioni, di teoria e prassi, in cui albergano le peculiari caratterizzazioni dell'attività medica sin qui enucleate, viene ad innestarsi il rischio che il medico è tenuto ad affrontare; un rischio che – va immediatamente posto in luce – esibisce una fisionomia così prismatica da imprimere alla medicina una singolarità irriducibile.

### 3. (Segue). *Tipologie di rischio e contenuto modale delle regole cautelari*

Il rischio che il sanitario si trova a dover governare è in primo luogo il rischio c.d. *clinico*, ossia il rischio promanante dalla malattia che affligge il paziente; si tratta dunque, in prima battuta, di un rischio la cui eziologia è del tutto indipendente dall'attività del sanitario e in ordine al quale quest'ultimo deve anzi contrapporre delle condotte di segno opposto (i c.d. "fattori impeditivi" o "negativi" dell'evento). D'altro canto, lo stesso intervento del medico rappresenta l'innesto di una nuova fonte di rischio (il c.d. rischio *terapeutico*) sulla originaria fonte di rischio (quello *clinico*), il cui andamento, per le ragioni sopra ricordate, si presenta dinamico e multidirezionale. In altri termini, il *rischio terapeutico* insiste sul *rischio clinico* (o *patologico*) che a sua volta si aggrega al *rischio fisiologico* come implicazione necessaria del corpo umano, anch'esso in continua evoluzione e ancora, in larghe parti, misterioso nelle interazioni e nei singoli meccanismi biologico-causali<sup>29</sup>.

Già questa immediata osservazione permette di cogliere una prima ragione di peculiarità<sup>30</sup>: nel campo della medicina, rischio *clinico* e rischio *terapeutico* si in-

---

sali è pressoché utopistica, le solidità giuridico-causali vanno incontro ad una frantumazione inesorabile, aprendosi la via alla logica del correttivo ed alla conseguente sovrapposizione di piani, generatrice di confusioni e, in definitiva, di applicazioni pratiche non sempre rispondenti a precise logiche strutturali ma fondate su intuizionismi più o meno disvelati nelle motivazioni della giurisprudenza. Cfr. anche G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011.

<sup>29</sup> Basti pensare come uno studio del 2018 abbia permesso di scoprire che il DNA umano non presenta solamente la tradizionale struttura a doppia elica ma può manifestare anche una "struttura intercalata" definita "*i-motif*", con risvolti non indifferenti in biologia: l'*i-motif* è infatti un nodo di DNA a quattro fili e in tale struttura le lettere C [citosina], sullo stesso filamento di DNA, si legano l'una all'altra in modo molto diverso da una doppia elica, dove invece le "lettere" inserite su fili opposti C si legano a Gs [guanina]. Cfr. M. ZERAATI, DB. LANGLEY, P. SCHOFIELD *et al.*, *Le strutture del DNA I-motif si formano nei nuclei delle cellule umane*, in *Nature Chemistry*, 10, 2018, 631e ss.

<sup>30</sup> In ordine alle peculiarità dei rischi che l'attività medica presenta, sono molto interessanti le osservazioni di R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali*, cit., 81 e ss., il quale, mediante rapidi confronti con l'attività d'impresa e con la circolazione stradale, pone bene in luce come solo nel

contrano, si alimentano e si rafforzano vicendevolmente in una scala di crescente complessità direttamente proporzionale alle potenzialità degenerative della patologia; quanto più il rischio *clinico* si presenti grave e avanzato, infatti, tanto più la risposta terapeutica, per essere efficace, dovrà essere decisa e innescare conseguentemente catene di rischio difficili da governare nel sempre mutevole e peculiare dinamismo del corpo umano. Risulta dunque evidente come il medico, con la propria (doverosa) attività, divenga egli stesso fonte di rischio per il paziente.

Il quadro, tuttavia, si complica – e rende ulteriormente ragione della unicità dell'attività medica – ove si consideri che, a differenza dei protagonisti dei settori che tradizionalmente vengono assimilati al campo sanitario nello studio dell'illecito colposo (circolazione stradale o sicurezza sul lavoro), il medico è *tenuto* ad intervenire sulla descritta “spirale di rischio” in forza della posizione di garanzia che sul medesimo grava a tutela del paziente. Detto altrimenti, mentre il conducente di un veicolo o un datore di lavoro godono pur sempre dell'alternativa (sia pur estrema) della possibile astensione dall'attività, il medico non potrà avvalersi di una tale possibilità in quanto gravato in radice da un obbligo di agire per contrastare il rischio clinico. Portando avanti il ragionamento, si potrebbe dire che il medico, in un certo senso, si trova paradossalmente gravato del dovere di innescare in prima persona un rischio (terapeutico) volto a vincere l'originario rischio (clinico), trovandosi in definitiva a governare il convergere di entrambi questi rischi lungo il complesso e tortuoso percorso di cura.

Ove il medico, al contrario, esibendo un contegno di c.d. “medicina difensiva negativa”<sup>31</sup>, si astenesse dall'azione, per paura di non saper governare correttamente il rischio terapeutico, gli sarebbe facilmente rimproverabile, in caso di evento dannoso per il paziente, un'omissione impropria; nel contempo, tuttavia, a quello stesso medico sarebbe altrettanto facilmente ascrivibile una colpa per assunzione<sup>32</sup> ove avesse agito oltre le proprie specifiche competenze, cagionando una lesione al malato<sup>33</sup>.

---

settore medico sia rinvenibile una così peculiare interazione tra due ineliminabili fonti di rischio (patologico e terapeutico). Cfr. anche O. DI GIOVINE, *Intervento*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 263 e ss., e L. RICCIO, *Intervento*, ivi, 275 e ss.

<sup>31</sup> Cfr. sul tema specifico, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; ID., *Medicina difensiva e responsabilità per colpa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1125 e ss.

<sup>32</sup> In ordine alla colpa per assunzione, si veda, su tutti, E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, cit., 513 e ss. In ambito diverso, ma con interessanti spunti, cfr. N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2012.

<sup>33</sup> Per l'analisi critica di un caso molto discusso relativo all'intervento eseguito da uno specializzando secondo le direttive impartite dal superiore strutturato, cfr. A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, cit., 234 e ss.