

## **La teoria del rischio e la clausola di equivalenza nella teoria della causalità. Brevi riflessioni a margine di una recente sentenza del Tribunale di Rimini.**

di **Rocco Neri**

**Sommario:** **1.** L'imputazione. - **2.** La linea direttrice del Tribunale: la verifica dell'applicabilità del giudizio controfattuale. - **3.** Il giudizio controfattuale nel caso di specie. - **4.** Il principio di diritto emesso dal Tribunale. - **5.** I rilievi del rischio sugli elementi tipici del reato. - **6.** Conclusione

### **1. L'imputazione.**

L'imputato, a seguito di imputazione coatta del Gip, veniva tratto a processo con decreto che dispone il giudizio dal GUP, perché nell'esercizio della professione sanitaria, svolta quale medico di famiglia della P.O., per colpa consistita in negligenza e imprudenza ne cagionava la morte; in particolare, interpellato insistentemente sin dal 13 marzo 2020 dal proprio paziente circa il suo precario stato di salute, reiteratamente rifiutava di visitarlo diagnosticando telefonicamente un'influenza stagionale curabile con tachipirina al bisogno; detta diagnosi era completamente errata in quanto la vittima aveva contratto, in realtà, il virus Covid-19 che, ben presto, si manifestava in tutta la sua gravità, tant'è che dopo essere stato ricoverato all'ospedale in data 20.3.2020 per polmonite interstiziale da Covid-19 veniva trasferito nel reparto di medicina d'urgenza di altro ospedale per ventilazione non invasiva, per poi passare il 28.3.2020 nel reparto di terapia intensiva, ove decedeva la mattina del 12.4.2020.

### **2. La linea direttrice del Tribunale: la verifica dell'applicabilità del giudizio controfattuale.**

Secondo il Tribunale, ferma la condotta gravemente difforme del comportamento doveroso che il medico di medicina generale (da ora MMG) avrebbe dovuto tenere in quel periodo storico da marzo 2020 (prima ondata covid), difetta la prova secondo i canoni di certezza razionale dell'efficacia impeditiva del comportamento lecito.

Il ragionamento del Tribunale muove dalla sentenza delle SS.UU. Franzese nel quale *"per aversi omissione punibile in uno alla posizione di garanzia si deve accertare il nesso tra evento infausto e omissione mediante lo schema del comportamento alternativo lecito che implica l'effettuazione di un giudizio controfattuale che consenta di dimostrare che il comportamento doveroso*

*avrebbe avuto efficacia impeditiva dell'evento infausto, così come verificatosi in concreto*<sup>1</sup>.

Infatti, è necessario disporre della certezza razionale in ordine al fatto che, se il comportamento doveroso fosse stato eseguito, l'evento infausto non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in circostanze diverse da quelle verificatesi in concreto. Prima di applicare il c.d. giudizio controfattuale, è necessario individuare con precisione quanto è naturalisticamente accaduto (c.d. giudizio esplicativo) al fine di verificare se l'identificazione di una condotta omessa possa valutarsi come adeguatamente e causalmente decisiva in relazione alla evitabilità dell'evento<sup>2</sup>. Nell'imputazione per omissione colposa, il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto: rilievo che si traduce a volte nell'affermazione dell'esigenza, per l'imputazione della responsabilità, che il danno sia una concretizzazione del rischio che la norma di condotta violata tendeva a prevenire<sup>3</sup>. E' questa l'ipotesi per la quale parte della dottrina parla anche di mancanza di nesso causale di anti giuridicità anche se nei limiti di supporto orientativo nell'applicazione della regola di cui all'art. 40 c.p., comma 2.<sup>4</sup> L'omissione di un certo comportamento rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di un comportamento imposto da una norma giuridica specifica (omissione specifica), ovvero, in relazione al configurarsi della posizione del soggetto cui si addebita l'omissione, in quanto implicante l'esistenza a suo carico di particolari obblighi di prevenzione dell'evento poi verificatosi e, quindi, di un generico dovere di intervento (omissione generica) in funzione dell'impedimento di quell'evento<sup>5</sup>.

Il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto<sup>6</sup>. Sul piano della causalità, se prima non si individua, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, il dovere generico o specifico che impone tale obbligo, non è possibile apprezzare l'omissione del

<sup>1</sup> cfr Cass. Sez. V 785/24 e SS.UU. 30328/2022

<sup>2</sup> Cfr M. Grotto, Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica, Torino, Giappichelli, 2012, 263 ss.;

<sup>3</sup> In proposito si veda Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, fra le altre in Foro it., 2018, I, 1348 ss., con nota di G. D'Amico, La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della causa ignota nella responsabilità medica.

<sup>4</sup> Cfr C. Brusco, Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. 'flessibilizzazione delle categorie del reato', in Criminalia, 2012, pp. 383-412

<sup>5</sup> Cfr Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, in Giust. pen., 2013, II, 695, con nota di C. Valbonesi, La Cassazione apre alle linee guida quali criterio di accertamento della colpa medica.

<sup>6</sup> Cfr M. Mantovani., Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo, Milano, 1997, pp. 192 ss.

comportamento sul piano causale. Per dimostrare il nesso di condizionamento è necessario inserire nell'atto immaginativo controfattuale qualcosa che è mancato in natura e che noi descriviamo in modo idealizzato<sup>7</sup>.

In particolare, nei reati colposi è necessario inserire nel giudizio controfattuale il comportamento perito, diligente e chiedersi se sia possibile affermare che la condotta doverosa avrebbe evitato l'evento illecito (cd. giudizio esplicativo) con la ragionevole certezza richiesta dallo statuto della causalità condizionalistica (cd. giudizio predittivo)<sup>8</sup>.

Il problema della causalità della colpa, o dell'utilità del comportamento alternativo lecito, diventa un problema eziologico che si carica quindi del connotato di ragionevole certezza proprio della causalità<sup>9</sup>.

Di qui la comprensibile confusione che regna in giurisprudenza tra causalità e colpa in tali contesti.<sup>10</sup>

### **3. Il metodo controfattuale nel caso di specie.**

Il tema dirimente sul quale il Tribunale è chiamato a decidere è la violazione del comportamento imposto all'imputato quale MMG e l'efficacia impeditiva del comportamento doveroso alla luce delle conoscenze disponibili all'epoca dei fatti.

L'imputato ha violato le istruzioni a lui impartite e conoscibili da circolari ministeriali e impartite dall'AUSL:<sup>11</sup>

a) avrebbe dovuto eseguire diagnosi telefoniche sulla base informazioni ricevute dal paziente in ossequio indicazioni ministeriali;

b) avrebbe dovuto valutarne la riconducibilità a un caso sospetto; invece, ne sottovalutava le condizioni nonostante fosse paziente con ipertensione e glicemia alta derubricando tutto a mera influenza e ciò anche nei giorni successivi alla richiesta d'aiuto, nonostante l'assunzione della tachipirina oltre alla febbre si erano aggiunti altri sintomi quali diarrea, problemi respiratori;

---

<sup>7</sup> Cfr G. Travaglini, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012, 141 ss

<sup>8</sup> cfr. Cass pen. Sez. 4, n. 23339 del 31/1/2013, Giusti, Rv. 256941

<sup>9</sup> Cfr Cass., SS.UU., 22 febbraio 2018, Mariotti e altro, in CED, 272174 ; F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975 Cfr. Cass. Pen. Sez IV, n. 35827/2013;

<sup>10</sup> Cfr M. Capecchi, *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012, cfr L. Nocco, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2010 Si veda Cass. pen., Sez. IV, 5 luglio 2004, n. 36805. Si veda, però, Cass. pen., Sez. IV, 25 novembre 2004, n. 19777, in *Foro it.*, 2006, II, 620, con nota di Di Landro, *La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principi affermati dalla sentenza Franzese? Due nuovi esempi di causalità "more iuridico demonstrata"*; Centonze, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della suprema Corte di cassazione*, in Cass. pen., 2006, 2126

<sup>11</sup> cfr pp. 9-10 sent. 1255.24 Tribunale di Rimini

c) avrebbe dovuto attivare le procedure terapeutiche previste da circolari diramate da tutti i medici del territorio che prevedevano per il caso lieve di attivare sorveglianza domiciliare e per i casi non lievi l'attivazione da parte del MMG e non del paziente con chiamata del 118. Invece dopo aver sbagliato la diagnosi il medico non si attiva personalmente per chiamare il 118.

Il Tribunale focalizza l'attenzione sul nesso di causalità per la fattispecie in esame, tipicamente colposa. D'altronde, l'omissione di un certo comportamento, imposto da una norma giuridica specifica in relazione al configurarsi della posizione del soggetto cui si addebita l'omissione, ovvero da una norma giuridica generica in funzione dell'impedimento di quell'evento, implica che la sussistenza del nesso causale postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omissiva in capo al soggetto attivo.<sup>12</sup>

L'individuazione di tale obbligo individua una condotta omissiva sul piano della causalità, nei seguenti termini: *"se prima non si individua, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, il dovere generico o specifico che lo imponeva, non è possibile individuare l'omissione del comportamento sul piano causale."*<sup>13</sup>

Il metodo logico, il (giudizio) controfattuale scaturisce dalla verifica della condizione necessaria dell'evento o dalla condizione che l'avrebbe in concreto impedito. Il principio esposto dall'art. 40, comma 2, c.p. - e cioè che non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo - va interpretato in termini solidaristici, alla luce dell'art. 2 Cost., il quale, ispirandosi al principio del rispetto della persona umana nella sua totalità, esige l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale<sup>14</sup>.

Ai fini dell'accertamento del nesso di causalità è necessario individuare tutti gli elementi concernenti la causa dell'evento, in quanto solo la conoscenza, sotto ogni profilo fattuale e scientifico, del momento iniziale e della successiva evoluzione della malattia o dell'intervento consente l'analisi della condotta sicché ancor prima di applicare il c.d. giudizio controfattuale, è necessario individuare con precisione quanto effettivamente è naturalisticamente accaduto

---

<sup>12</sup> Cfr D. Castronuovo, Colpa penale, Enc. del dir., tematici: Il reato colposo, a cura e con la Presentazione di M. Donini, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021

<sup>13</sup> Cfr Cass pen S.U. 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn; Cass. pen., sez. un., 4 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, Rv. 261103 (est. Blaiotta): *"Nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, che a sua volta deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di deduzione logica basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto"*

<sup>14</sup> Cass. pen. Sez. IV, 4 febbraio 2015, n. 11136

al fine di verificare, sulla ricostruzione del fatto, se l' identificazione di una condotta omessa possa valutarsi come adeguatamente e causalmente decisiva in relazione alla evitabilità dell'evento<sup>15</sup>.

Nel caso di specie, all'esito del compendio probatorio, il Tribunale rappresenta che sussistono solo evidenze che mettono in dubbio conclusioni di colpevolezza che reggono solo con ragionamenti congetturali estranei al canone oltre ogni ragionevole dubbio di stampo processual-penalistico.

Infatti, il Tribunale argomenta che al momento dei fatti durante la primissima ondata di contagi Covid-19 in Italia non si disponeva di alcuna certezza scientifica sulla natura della malattia, sul suo decorso e sulla cura da somministrare ai pazienti, mentre il tasso di letalità era ben sopra la media, specie in pazienti già affetti da malattie concomitanti.

Dunque, contro la tesi colpevolista vi sono<sup>16</sup>:

- circolari ministeriali, istruzioni operative dell'autorità sanitaria contenenti affermazioni possibiliste sulla natura del virus e sui medicinali che avrebbero potuto curarlo;

- incertezza terapeutica: si era solito prescrivere tachipirine perché i sintomi Covid-19 erano sovrapponibili a quelli di un'influenza stagionale (diarrea, febbre tosse);

- la cura terapeutica era tutto un divenire: non esisteva un protocollo terapeutico ma si procedeva in senso empirico, mentre solo 6 mesi dopo l'ondata del virus Covid-19 sono arrivate le linee guida, quando gli infettivologi hanno capito che la malattia non era solo polmonare ma dava complicazioni polmonari e colpiva gli organi interni, i vasi, gli apparati.

Venendo al caso in esame, il Tribunale dichiara (tenuto conto del contesto eccezionale in cui si collocano i fatti caratterizzato da angoscianti incertezze scientifiche in ordine alla natura del virus, all'individualizzazione e alla modalità per il contrasto alla diffusione e alla cura per i contagiati), *l'impossibilità di affermare con certezza razionale che se l'imputato avesse rispettato le prescrizioni operative imposte dalle autorità sanitarie l'evento non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato con modalità significativamente diverse, fermo il difetto di prova del nesso causale tra evento e omissione.*<sup>17</sup>

Nel caso di specie viene anche lo scudo penale per il difetto di colpa ex art. 3-bis l.76/2021. Quindi, tra i criteri per valutare la gravità della colpa vi è la limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie SARS-Cov-2 e sulle terapie appropriate.

---

<sup>15</sup> vedi Cass. pen. Sez 4, n. 416 del 12.11.2021, Castriotta, Rv. 282559

<sup>16</sup> Cfr p. 12 sent. 1255.24 Trib. Rimini

<sup>17</sup> Cfr F. Stella, Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 772 ss

#### **4. Il principio di diritto emesso dal Tribunale.**

La giurisprudenza è unanime nel ritenere che è configurabile il nesso causale fra il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e puntualmente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili probabilità di evitare il danno verificatosi e il caso fortuito abbraccia tutti quei fattori causali, non solo sopravvenuti ma anche preesistenti e concomitanti, che hanno reso eccezionalmente possibile il verificarsi di un evento che si presenta come una conseguenza del tutto improbabile, secondo la migliore scienza ed esperienza<sup>18</sup>. La forza maggiore, d'altra parte, si differenzia dal caso fortuito solo se vista a parte e si identifica con le sopravvenute forze naturali esterne al soggetto che lo determinano, in modo inevitabile, ad un atto e ad un conseguente effetto, pur essi scientificamente improbabili.

Secondo le SS.UU. Franzese: *"Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzando come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. In tema di reato colposo omissivo improprio, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo comportano l'esito assolutorio del giudizio"*.<sup>19</sup>

*L'imputato, dunque, è stato assolto per difetto di prova certa perché il fatto non sussiste, circa l'efficacia impeditiva dell'evento da attribuire all'azione doverosa che avrebbe dovuto tenere in ossequio alle circolari e istruzioni operative a lui conosciute o conoscibili.*

Infatti non è possibile affermare con certezza razionale che se l'imputato avesse segnalato tempestivamente il caso sospetto o ne avesse promosso immediatamente l'ospedalizzazione o gestione DPS al domicilio, il paziente non sarebbe deceduto in circostanze in relazione al modo spazio e tempo significativamente diverse da quelle verificatesi in ragione della tempestiva sottoposizione alle terapie in quel momento storico disponibili oltre alla tachipirina quali assunzioni di antivirali e antimalarici, farmaci che egli non ha

---

<sup>18</sup> Cass. pen. Sez. IV, 13 giugno 2014, n. 30469

<sup>19</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002-11 settembre 2002, n. 30328, in N.G.C.C., 2003, I, 249 ss., con nota di M. Capecci, Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva quali riflessi per la responsabilità civile del medico?

assunto siccome rimasto estraneo ai percorsi terapeutici allora predisposti dalla AUSL.

D'altronde a sostegno del ragionamento del Tribunale viene enunciato il seguente principio di diritto: *"Il criterio dell'aumento del rischio richiamato per superare ostacoli probatori come insuperabili alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili finisce per trasformare il delitto di omicidio in reato di pericolo. Esso non trova fondamento né nell'art 589 cp. né nella clausola di equivalenza di cui al capoverso art 40 c.p. per cui non impedire un evento (e non "non ridurre il rischio di un evento") per il quale si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo.<sup>20"</sup>*

### **5. I rilievi del rischio sugli elementi tipici del reato.**

Il Tribunale evidenzia il rischio facendo riferimento sia all'obbligo di garanzia, in forza del quale il sanitario assume l'obbligo di curare nel modo migliore il paziente e la cui violazione rappresenta la *conditio sine qua non* della responsabilità a titolo di colpa; sia alla prevedibilità di un evento potenzialmente dannoso per il paziente, tale da imporre al sanitario di mettere in atto qualsiasi attività al fine di evitare il suo verificarsi; sia alla regola di condotta che deve guidare la valutazione del giudicante sull'accertamento del nesso causale tra la condotta omissiva del sanitario e l'evento dannoso.

Dunque, stante l'impossibilità di azzerare il rischio, la riuscita del giudizio di imputazione causale sul piano omissivo dipende, essenzialmente, dalla teoria causale alla quale si accede. D'altronde, si considera indispensabile il raggiungimento della certezza nomologica della giurisprudenza che richiama *lo standard dell'alto grado di credibilità razionale<sup>21</sup>* espresso dalla sentenza Franzese in modo tale da non lasciare alcun dubbio ragionevole in ordine alla possibilità dell'evento verificatosi nonostante l'adozione delle cautele omesse<sup>22</sup>. D'altro canto, non si può neppure escludere che il principio della responsabilità per fatto proprio sia conforme anche ad un giudizio a carattere probabilistico tale da valorizzare le circostanze concrete nella fase induttiva del giudizio

<sup>20</sup> Cfr p. 11 sent. 1255/24 Tribunale di Rimini

<sup>21</sup> In dottrina cfr Cfr. F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 318 ss. , secondo il quale l'evento può essere imputato all'agente solo quando l'asserzione relativa all'esistenza del nesso di condizionamento soddisfi il requisito dell'alto grado di conferma o di credibilità, tale requisito potendosi considerare soddisfatto in tutte le ipotesi in cui il giudice, dopo aver enunciato le leggi universali e statistiche pertinenti, abbia poi accertato che si sono verificate le relative condizioni iniziali, sempre che sulla base dell'evidenza disponibile, risulti improbabile che l'evento si sia realizzato per l'intervento di processi causali estranei

<sup>22</sup> Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, Rv. 222138-222139; cfr R. Blaiotta, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli un nuovo inizio per la giurisprudenza.*

controfattuale, in modo che le stesse convergono univocamente nell'indicare che la cautela omessa avrebbe potuto spezzare la catena causale sfociata nell'evento morte (nonostante rientravano tra le misure preventive omesse)<sup>23</sup>.

## 6. Conclusione.

Questa breve indagine permette altresì di rileggere in un'ottica evolutiva la disciplina del rapporto di causalità di cui agli artt. 40 e 41 c.p. L'art. 40 c.p. stabilisce il c.d. principio di equivalenza delle cause, secondo cui la responsabilità penale si configura solo quando l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, è conseguenza della condotta dell'agente. Per accertare la qualificazione dell'antecedente quale *condicio sine qua non* dell'evento deve attuarsi un procedimento di eliminazione mentale o c.d. controfattuale. In altri termini la condotta può considerarsi causa dell'evento se, eliminando mentalmente il primo elemento, il secondo viene meno.

Il nesso di condizionamento è terreno d'indagine per i soli reati con evento naturalistico, e tale giudizio d'imputazione si fonda sul *criterio di equivalenza normativa dell'art. 40 c.2 c.p. secondo cui il non impedire è come causare*<sup>24</sup>.

In una moderna visione le entità che entrano nella relazione di causa ed effetto sono processi od eventi, e bisogna includere fra queste entità anche i processi che sono statici.

Dunque, l'omissione non è condizione necessaria nei casi di inutilità del comportamento attivo, quando cioè l'evento si sarebbe verificato anche tenendo questo; né lo è pur essendo *condicio sine qua non*, quando l'evento è conseguenza non probabile dell'omissione, secondo la miglior scienza ed esperienza, cioè quando l'evento è eccezionale.

---

<sup>23</sup> Cfr R. Blaiotta, La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio, in Cassazione penale 2007, p 369 ss.

<sup>24</sup> Cfr M. Donini, La causalità omissiva e l'imputazione per aumento del rischio, Riv. it. dir. e proc. pen., 1999, 35 ss; M. Romano, Artt. 40 e 41, in Comm. sist. del cod. pen., Giuffrè, 2004.