



dell'Arma dei Carabinieri
Rassegna

Quaderno n. 2/2017

TESI DI LAUREA DEI FREQUENTATORI DEL
22° CORSO DI PERFEZIONAMENTO

Anno Accademico 2015-2016

*La responsabilità professionale medica
Attualità e prospettive
(Ten. Emilio Lardieri)*

*Il delitto di omicidio nella criminalità organizzata
Aspetti tecnico-giuridici e rilievi medico-legali
(Ten. Antonino Maggio)*

Scuola Ufficiali Carabinieri, 2017

Rassegna dell'Arma dei Carabinieri

Direttore Responsabile
Gen. D. Vittorio Tomasone

Redattore Capo
Col. Giuseppe Arcidiacono

Redazione
Lgt. Remo Gonnella
M.A. s.UPS. Alessio Rumori
Brig. Mario Pasquale
App. Sc. Lorenzo Buono

Direzione e Amministrazione
Via Aurelia, 511 - 00165 Roma - tel. 06-66394680
fax 06-66394746; e-mail:scuf rassegna@carabinieri.it

Grafica, Fotocomposizione e Impaginazione
a cura della Redazione

Fonti iconografiche
Ministero della Difesa
Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri
Scuola Ufficiali Carabinieri

La «Rassegna dell'Arma dei Carabinieri» è istituita per aggiornare la preparazione specifica dei Quadri dell'Arma offrendo loro argomenti originali sull'evoluzione del pensiero militare e delle discipline giuridiche, professionali e tecnico-scientifiche che più interessano il servizio d'Istituto. La collaborazione alla Rassegna dell'Arma è aperta a tutti. La Direzione è lieta di ricevere articoli o studi su argomenti di interesse, riservandosi il diritto di decidere la loro pubblicazione. Gli articoli di collaborazione diretta sono pubblicati sotto l'esclusiva responsabilità degli autori; le idee e le considerazioni sono personali, non hanno riferimento ad orientamenti ufficiali e non impegnano la Direzione della Rassegna. La Redazione si riserva il diritto di modificare il titolo e l'impostazione grafica degli articoli, secondo le proprie esigenze editoriali. È vietata la riproduzione anche parziale, senza autorizzazione, del contenuto della Rivista.

Periodico trimestrale a carattere scientifico-professionale a cura della Scuola Ufficiali Carabinieri
Proprietà editoriale del Ministero della Difesa Iscritto nel Registro della Stampa del Tribunale di Roma
al n. 305/2011 in data 27-X-2011

Diffuso attraverso la rete internet sul sito www.carabinieri.it
dal Service Provider "BT Italia" S.p.A. Via Tucidide, 56 - 20134 Milano

PRESENTAZIONE

In questo secondo Quaderno del 2017 presentiamo due tesi di laurea di Ufficiali del 22° Corso di Perfezionamento.

Nel primo lavoro, “*La responsabilità professionale medica: attualità e prospettive*”, il Ten. Emilio Lardieri analizza la relazione terapeutica tra medico e paziente, la sua evoluzione nel corso del tempo e l'inquadramento della tematica nell'odierno ordinamento giuridico.

Con la seconda tesi, dal titolo “*Il delitto di omicidio nella criminalità organizzata: aspetti tecnico-giuridici e rilievi medico-legali?*”, del Ten. Antonino Maggio, attraverso una panoramica delle organizzazioni criminali operanti sul territorio nazionale, viene analizzato il ricorso a tale reato come modo e sistema operativo.

Gen. D. Vittorio Tomasone

**LA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE MEDICA
ATTUALITÀ E PROSPETTIVE**

Ten. Emilio Lardieri

Sommario

Introduzione.....	5
CAPITOLO I. Evoluzione del concetto di Medicina	9
I.1. Profili storici	9
I.2. Profili sociali	16
I.3. Profili giuridici.....	18
CAPITOLO II. La responsabilità professionale del medico.....	24
II.1. La natura giuridica.....	24
II.1.1. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale	25
II.1.2. Responsabilità da contatto sociale	26
II.2. Responsabilità Penale	28
II.3. Responsabilità per colpa	33
II.3.1. Colpa professionale del medico.....	33
II.3.2. Diligenza e colpa del medico	35
CAPITOLO III. Posizione di garanzia, consenso e facoltà di curare	37
III.1. La posizione di garanzia del medico	37
III.1.1. Caratteristiche principali.....	37
III.1.2. L'istituto della delega.....	38
III.2. Consenso informato	38
III.2.1. Informazione: Caratteristiche e qualificazione giuridica	41
III.2.2. Trattamento medico in assenza del consenso del paziente	46
III.3. Facoltà di curare	48
III.3.1. La responsabilità del professionista e il rifiuto della terapia da parte del paziente	48
CAPITOLO IV. Le strutture sanitarie: profili di responsabilità nel settore pubblico e privato	51
IV.1. Elementi introduttivi	51
IV.1.1. Rapporto tra struttura e paziente.....	52
IV.1.2. Disciplina del contratto di assistenza ospedaliera.....	55
IV.2. Responsabilità della casa di cura privata	57
IV.3. Il difetto di organizzazione.....	58

CAPITOLO V. La giurisprudenza e prospettive legislative	62
V.1. Dalla responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale	63
V.2. La responsabilità medica dopo il decreto Balduzzi	65
V.2.1. Elementi introduttivi.....	67
V.2.2. Problema di applicabilità: abolitio criminis.....	68
V.2.3. Problema di interpretazione: tipi e forme della colpa.....	70
V.2.4. Problema di interpretazione: riferimento alle linee guida e buone pratiche	75
V.2.5. Problema di interpretazione: riferimento alla responsabilità aquiliana	78
V.2.6. Problema di legittimità costituzionale	85
V.2.7. Ordinanza della Corte Costituzionale	92
V.3. Il Disegno di Legge Gelli: novità e proposte legislative	94
Conclusioni	102
Bibliografia	112

Introduzione

«Il fatto che tra i medici e i pazienti divampi uno scontro senza precedenti non ha nulla a che fare con i vizi e le virtù private. I medici non sono né 'brutali', né 'avidì', così come i pazienti non sono né 'stupidi', né 'isterici'». Così Edward Shorter, nel suo saggio *The troubled history of doctors and patients* (1985), definisce la forma conflittuale del rapporto medico-paziente, che caratterizza l'attuale momento storico. La relazione terapeutica si è evoluta nel corso del tempo, perciò per poter comprendere l'attuale impostazione, ormai radicata nella nostra cultura, non possiamo far altro che indagare e analizzare le ragioni storiche.

Da sempre il medico è stato considerato il dominus della salute. Il paziente, quindi, riponeva piena fiducia nelle decisioni adottate dal sanitario, senza esprimere alcuna volontà, concedendogli una discrezionalità pressoché illimitata riguardo alle valutazioni e decisioni terapeutiche. Questo tipo di rapporto all'interno della società si è però costantemente evoluto e, dalla seconda metà del secolo scorso, sembra radicalmente cambiato rispetto al passato. Oggi quella relazione di fiducia si sta lentamente sfaldando, lasciando posto ad una pretesa, da parte del paziente, alla guarigione e all'infalibilità delle terapie. Un ruolo chiave è sicuramente svolto dagli organi d'informazione, data la loro capacità di influenza sull'opinione pubblica. Infatti la relazione medico paziente è diventata oggetto di discussione quotidiana, tanto da acquisire una rilevanza prettamente sociale, dove i protagonisti del rapporto non sono più due individui ma tutta la popolazione. In particolare, la diffusione del sapere, se da una parte è utile poiché amplia le conoscenze del cittadino, dall'altra offre

un panorama troppo dispersivo delle cure possibili, influenzando negativamente le idee della popolazione in merito alla salute. Come infatti afferma Carlo Flamigni, membro del comitato nazionale di Bioetica, *“il rischio maggiore riguarda la possibilità che i pazienti entrino in rapporto con un numero eccessivo di informazioni, spesso espresse in un linguaggio per loro incomprensibile: troppa informazione, si dice, equivale a nessuna informazione”*. La diffusione delle tecnologie e l’ignoranza delle conoscenze tecniche proprie del medico, comportano la messa in discussione della correttezza della proposta diagnostica o terapeutica solamente per un *“sentito dire”*.

Questo rapporto di fiducia ha subito un altro importante cambiamento soprattutto attraverso l’art. 32 della Costituzione, che ha posto al centro della relazione tra i due soggetti l’interesse alla salute del paziente. Il diritto alla salute, così configurato, è considerato diritto fondamentale dell’individuo e può assumere due diversi significati: uno oppositivo e uno pretensivo. Il primo si presenta come la pretesa del singolo affinché gli altri si astengano da comportamenti che possano provocare lesioni all’integrità della persona,; il secondo invece come pretesa del singolo ad ottenere adeguate prestazioni sanitarie. È importante ricordare che nel diritto di salute vi è anche un contenuto negativo, e cioè non solo pretendere di avere delle cure adeguate, ma altresì di rifiutarle, lasciando che la malattia segua il suo corso. Il medico è obbligato così a rispettare il diritto inviolabile della persona e, quindi, non potrà intervenire se è stato espresso un rifiuto alle cure, ad eccezione di ipotesi tassativamente previste dalla legge. In questo caso il medico potrà solo verificare se il rifiuto sia prestato da persona capace di intendere e volere.

La Costituzione ha quindi posto il paziente come unico soggetto titolare del diritto, a cui spetta decidere se e come curarsi, cambiando così la vecchia impostazione che vedeva il medico al centro del rapporto.

Quindi il consenso, oltre ad essere un atto autonomo del paziente con il quale esercita il proprio diritto alla salute, deve possedere i seguenti requisiti:

- personale: deve essere prestato dal solo paziente maggiorenne, che deve possedere la capacità di intendere e volere. Nel caso particolare in cui il paziente sia un minorenni, dovrà essere trovato un accordo riguardo le decisioni terapeutiche con il genitore, diversamente sarà necessario un provvedimento del giudice;
- libero e spontaneo: frutto della volontà del paziente;
- attuale: presente al momento in cui viene eseguito il trattamento medico;
- speciale: specifico rispetto ad un determinato trattamento chirurgico;
- a forma libera, quindi anche in forma orale (tranne casi tassativi).

Presupposto fondamentale è quindi l'obbligo di informazione da parte del medico, la cui mancanza renderebbe invalido il consenso.

L'informazione deve essere fornita in modo chiaro e dettagliato, affinché l'interlocutore possa fare una scelta consapevole. Questo è possibile solo se il paziente ha compreso il significato dell'informazione che è stata fornita, ed è perciò necessario che il medico tenga in considerazione le sue condizioni culturali, psicologiche ed intellettive. Così come descritto nell'art. 33, 1° comma del codice deontologico, il medico deve fornire al paziente la

più ampia idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche in base alle sue capacità di comprensione. L'obbligo di informazione ha natura contrattuale e qualora il medico decidesse di procedere alla terapia in assenza di un consenso valido, si configurerebbe un trattamento arbitrario.

L'obiettivo di questa tesi è proprio quello di definire le responsabilità mediche che ne conseguono, analizzando innanzitutto la natura e l'evoluzione nel tempo della responsabilità, passando per il rapporto tra l'obbligo di informazione e la prestazione del consenso e concludendo attraverso lo studio della giurisprudenza. Sarà così delineato il quadro normativo attuale, nonché presentare le più importanti novità delle proposte legislative che, contemporaneamente alla redazione della tesi, sono in discussione.

CAPITOLO I. Evoluzione del concetto di Medicina

I.1. Profili storici

La Medicina, parola che deriva dal termine latino *médeor*, *mederi* ovvero curare, è definita come una Scienza che ha per oggetto lo studio delle malattie, la loro cura e la loro prevenzione¹.

La storia della medicina risale alle più antiche forme di vita dell'uomo, dapprima attraverso l'individuazione di alcuni fondamenti nella preistoria, e poi con l'affermazione di un approccio scientifico e razionale in età greco romana, dove si svincola dalla magia e dalla religione.

Una radicale trasformazione si ebbe nel V secolo a.C. laddove la medicina venne collocata tra le arti applicate all'uomo evidenziandone la necessità di legarla ad un preciso metodo. Era questo l'unico modo per insegnare a tutti i medici la miglior via per approcciare ad una malattia e per dare loro delle procedure sicure da seguire. Proprio per questo motivo la medicina fu considerata come una *technai*, termine con cui i greci indicavano il connubio tra arte e scienza in vari ambiti, tra i quali bisogna anche annoverare la musica, la scultura e l'architettura. L'arte era in grado sia di poter scoprire la causa delle cose, poiché queste obbediscono ad un ordine naturale ben preciso, sia di discernere ciò che era corretto da ciò che non lo era.

Fu in quest'epoca che emerse la figura di Ippocrate di Cos (460-377 a.C.)², considerato il padre della medicina che, nell'interpretare le malattie, utilizzò un metodo razionalistico, eliminando, quindi,

¹ Definizione fornita dal sito online www.treccani.it

² Fornaciari G., Giuffra V., *Manuale di storia della medicina*, Ghezzeno, Felici, 2011.

qualsiasi intervento delle arti magiche o ricorso ad interventi sovranaturali. Il suo metodo è riassumibile nel canone *observatio e ratio*, così come spiegato nel *Corpus Hippocraticum*, l'insieme degli scritti del medico di Cos e dei suoi discepoli, in cui non sono più contemplati riferimenti al divino e al magico, a favore di una totale razionalità in rapporto alla malattia. Molta importanza, per Ippocrate, era rivestita dalla stessa figura del medico, da una parte prestigiosa e dall'altra umana, perciò non infallibile. Proprio da questa considerazione nacque l'importanza dello studio e dell'aggiornamento costante, con varietà e diligenza, in modo da ridurre al minimo ogni possibilità di errore³.

È nel famoso Giuramento di Ippocrate, oggi più che mai valido, che possiamo ritrovare una vera e propria raccolta dei doveri e principi a cui il medico deve ispirarsi. Sono le qualità morali e il senso del dovere, nonché l'amore e la passione per la medicina, che devono appartenere ad ogni medico.

È fondamentale affrontare tutti i problemi con cui ci si deve confrontare, attraverso un metodo ragionato, che consta di tre fasi: analisi, sintesi e deduzione. La prima consiste nella ricerca dei sintomi e nella valutazione generale dello stato di salute; la sintesi serve invece a ricondurre i sintomi riscontrati in un'unità concettuale ed infine la deduzione è finalizzata a collegare la legge generale al caso particolare.

Questo approccio, introdotto proprio dalla scuola di Ippocrate, permette di identificare la malattia non come prodotto sovranaturale e limitato ad un singolo organo ma ad una conseguenza di azioni

³ Sterpellone L., *Storia della medicina*, Edizione San Paolo, 1998.

naturali che riguardano l'intero organismo. Da questo presupposto si deduce il motivo dell'importanza attribuita alla fase della sintesi, in cui è effettuato un controllo generale che permette di identificare ogni indizio diagnostico. Questo momento si estrinseca nell'osservazione dei sintomi della malattia, che saranno registrati e rielaborati al fine di giungere ad una corretta diagnosi. Alla scuola ippocratica si deve anche un nuovo concetto di malattia, che nasce da una particolare visione, detta "umorale", secondo la quale in ogni individuo si individuano quattro umori: sangue, flegma, bile gialle e bile nera. Ogni umore è contenuto nel corpo in una data quantità e proporzione, ed è proprio questo perfetto bilanciamento che garantisce un buono stato di salute. Ogni alterazione comporta la malattia e perciò le cause possono derivare sia da fattori interni sia esterni, cioè quelli ambientali. Obiettivo del medico è proprio quello del mantenimento o ripristino delle proporzioni, attraverso l'eliminazione dell'umore in eccesso.

Nel III sec. a.C., a Roma, si diffuse invece un tipo di medicina di tipo empirico, che spettava all'autorità del *pater familias* e che si fondava sulla trasmissione dell'esperienza e delle usanze degli antichi.

La situazione cambiò a seguito dell'influenza greca, che prevedeva la figura professionale del medico, novità questa che fu difficile da inserire nell'impianto tradizionalista romano.

Inizialmente accolti con poco favore, successivamente i medici provenienti dalla Grecia furono apprezzati per le loro competenze ed ospitati a casa di nobili e consoli. La loro vera e propria affermazione avvenne nel 46 a.C. quando Giulio Cesare concesse loro la cittadinanza romana. Tra questi merita particolare citazione la figura

di Galeno di Pergamo⁴, che con Ippocrate può essere considerato uno dei padri della medicina moderna. Secondo la scuola galeniana ogni parte del corpo ha una sua funzione specifica, fondamentale per permettere un buono stato di salute. Il medico non può perciò prescindere da una conoscenza approfondita di ogni organo del corpo, perché solo comprendendo il loro funzionamento si può risalire alla causa della malattia. Galeno riprese inoltre alcuni concetti di Ippocrate, dai principi contenuti nel suo giuramento all'importanza della diagnosi, unico modo per ripristinare lo stato di salute del paziente, e sostenne il parallelismo tra anatomia animale e quella umana. Dopo le teorie, e le novità da lui introdotte, iniziò per la medicina un periodo di decadenza, dovuto alla completa passività e inattività sul campo delle scoperte.

Individuare con precisione quali siano i fattori che portarono a ciò non è semplice, ma sicuramente tra questi possiamo ricondurre le epidemie. Queste influirono in modo determinante sulla fiducia delle persone nei confronti della medicina, registrando infatti un ritorno alla pratica di arti mistiche e magia. Ruolo fondamentale in questa fase fu svolto dal cristianesimo, che considerava i rimedi medici come non funzionali all'espiazione del peccato, e di conseguenza dannosi per la salute. La preghiera invece ricopriva un'importante funzione, poiché

⁴ Galeno è considerato come il secondo padre fondatore della medicina antica dopo Ippocrate. Nacque a Pergamo nel 129 d.C.. Il padre architetto lo indirizzò alla professione medica alla quale si dedicò con passione durante tutto il corso della sua vita. Tappa determinante per la sua professione fu l'incarico di medico dei gladiatori proprio nella sua città natale: fu questa un'esperienza senza pari estremamente formativa dal punto di vista pratico dal momento che gli consentì di studiare da vicino le problematiche cliniche che un simile regime di vita comportava. Tra le sue numerosissime opere ricordiamo l'*Ars medica*, i *Commenti alle opere di Ippocrate*, il *De temperamentis*. L'Occidente medioevale lo conobbe soprattutto grazie ai suoi traduttori e commentatori arabi e solo successivamente in maniera diretta, grazie alle traduzioni della greco di Niccolò da Reggio.

incideva direttamente nell'anima e costituiva il tramite con il mondo divino.

Per tutto il Medioevo, non vi furono passi avanti nel campo delle scoperte mediche, ormai completamente spettatrici dello scontro tra fede e scienze, tant'è che si registrò una paralisi sulle antiche dottrine. Solo nell'XI e XII secolo, vi fu un'importante rinnovo nella concezione della medicina, che venne considerata prima una vera e propria disciplina scientifica e poi fu istituzionalizzata con la scuola medica a Salerno e le università.

Nei secoli a seguire la situazione cambiò radicalmente, prima con il movimento dell'Umanesimo, e in seguito con quello del Rinascimento. L'importanza della figura dell'uomo, ormai considerata il centro dell'universo, fu il principio cardine della rinascita della medicina. Emblema di questo periodo fu sicuramente Leonardo Da Vinci, scienziato caratterizzato dal forte senso critico e che riteneva fondamentale, per la conoscenza di ogni fenomeno, la fase dell'osservazione diretta. Da qui si spiega l'importanza rivestita dall'anatomia, che trovò tra i suoi maggiori esponenti Andrea Versalio⁵. Egli criticò sempre più la teoria galenica, cambiando radicalmente la pratica diffusa in quel momento, insegnando agli studenti non più attraverso i libri di Ippocrate e dello stesso Galeno,

⁵ Andrea Versalio nacque a Bruxelles nel 1514. Si trasferì, in seguito, in Italia, nella città di Padova dove conseguì la laurea nel 1537 e si dedicò alla ricerca basando i suoi studi sulla dissezione dei cadaveri. Grazie ai suoi studi e ai suoi scritti, cambiò la concezione anatomica dell'uomo e si allontanò dalle tradizioni galeniche che imperavano a quell'epoca. Nella sua opera in sette libri in latino "De humani corporis fabrica", scritta nel 1543, e nell' "Epithome", dello stesso anno, egli rettificava tutti gli errori tramandati attraverso i secoli sull'anatomia umana. Nel 1544, egli lasciò l'insegnamento, effettuato essenzialmente davanti al tavolo anatomico, al cospetto di cadaveri da sezionare, a causa delle ostilità dei suoi antagonisti e divenne medico di corte di Carlo V prima e di Filippo II in seguito. In quel periodo, la Chiesa proibì qualsiasi studio sui cadaveri poiché riteneva che questa pratica fosse dissacrante verso le creature di Dio. L'Inquisizione lo accusò di aver sezionato un uomo ancora vivo e, nel 1561, fu condannato a morte, ma grazie all'aiuto di Filippo II la condanna a morte fu trasformata in pellegrinaggio in Terra Santa. Durante il ritorno, però, Vesalio si ammalò e fu sbarcato a Zante dove morì nel 1564.

ma facendoli assistere alle numerose autopsie che conduceva. Versalio comprese, quindi, che l'anatomia umana non poteva essere ricondotta a quella animale, rinnegando quindi uno dei principi fondamentali di Galeno. Queste sue osservazioni furono motivo di così aspra critica che lo costrinsero ad abbandonare la ricerca scientifica e trasferirsi in Spagna.

In tutto questo periodo, nonostante l'acquisizione di una conoscenza sempre più approfondita nel campo dell'anatomia umana, nessuna novità investì la concezione stessa della medicina e delle sue funzioni. Solo nel 1600, con il "Rinascimento Scientifico", si assistette ad una vera e propria rivoluzione, le cui basi si fondarono su due specifiche correnti di pensiero: empirismo e razionalismo.

La prima vide come suo principale esponente Francesco Bacone, che può essere considerato il padre del metodo induttivo e che pose come sua base essenziale, per la costruzione di teorie scientifiche, l'esperienza. Il metodo induttivo è infatti un processo che inizia con un'osservazione accurata della realtà, in tutti i suoi dettagli, passa per la ricerca degli stessi in differenti situazioni e termina con la formulazioni di leggi generali, che spiegano come si verificano i fenomeni. Il Razionalismo, invece, che vide come suo principale esponente Cartesio che, per superare ogni dubbio e giungere alla conoscenza, pose alla base della sua teoria, la ragione. A testimonianza dell'importanza che questo elemento rivestiva nella sua concezione, vi è la famosa espressione "*Cogito ergo sum*", cioè "*penso quindi sono*".

Ma colui che può essere considerato il padre della scienza moderna è sicuramente Galileo Galilei, al quale si deve l'introduzione del metodo sperimentale. Egli abbandonò le teorie sull'origine metafisica dei fatti,

affermando che tutti i fenomeni rispondono a particolari leggi matematiche di cui sono il prodotto e perciò conoscendole, ne è possibile la riproduzione. Questo nuovo metodo introdotto da Galilei ebbe riscontri anche nell'ambito della medicina, attraverso l'utilizzo di attrezzature scientifiche, tra i quali il microscopio, usato per analizzare le funzioni biologiche in modo specifico e nel dettaglio

Il XVIII secolo fu invece caratterizzato dall'Illuminismo, movimento di pensiero fondato sull'idea di voler far luce sulle tenebre dell'ignoranza e della superstizione, attraverso la ragione e all'insegna del rifiuto del principio di autorità, della critica della tradizione e della libera ricerca intellettuale in ogni sfera dello scibile. Questa nuova concezione, denominata dagli storici medici "Romantica", diede origine ad un rinnovamento di tutte le scienze, compresa la medicina.

Nel XIX secolo si assistette alla nascita di una nuova corrente, frutto della fusione dei due diversi pensieri dominanti, quello razionalistico e quello sperimentalistico. Il prodotto di tale unione passò alla storia con il nome di Positivismo e si fondava sulla fiducia del progresso e sull'idea che la scienza aveva la possibilità di controllare i fenomeni naturali, attraverso la loro analisi, formulazione di ipotesi e la verifica di queste. Questa nuova corrente di pensiero comportò degli importantissimi progressi anche nel campo della medicina, ed in particolare nella chirurgia, attraverso l'introduzione dell'anestesia.

Tutto questo percorso evolutivo della medicina, che giunse fino al XX secolo, comportò la creazione di una determinata figura professionale di medico, quale persona preparata, capace e attiva civilmente, e perciò sempre più distante da quell'ideale di medico che veniva invece suggerito dalle teorie romantiche di formazione classica. Le evoluzioni scientifiche hanno infatti comportato un cambiamento della

professione del medico, in particolare nel suo rapporto con il paziente. Al giorno d'oggi, siamo quindi di fronte a medici che tendono a focalizzare l'attenzione più sulla malattia che sul paziente, modificando di fatto le interazioni cliniche, il modo di colloquiare con il malato, la formulazione di una diagnosi, con il rischio di ridurre la persona a oggetto di una cartella clinica.

Deve, invece, crearsi tra medico e paziente un dialogo fatto di richieste e offerte di servizi, il cui unico obiettivo è la tutela della salute.

I.2. Profili sociali

Il profilo professionale del medico ha subito, nel corso del tempo, una lenta evoluzione che ha comportato dei cambiamenti nel suo rapporto con il paziente. Quest'ultimo non ripone più una fiducia illimitata nei confronti del medico ma piuttosto avanza una pretesa alla guarigione, determinata, soprattutto dallo sviluppo di mass media e quindi alla semplicità di ricercare informazioni. L'attuale paziente, pertanto è sicuramente più competente, meno sprovveduto e di conseguenza esigente.

La relazione medico paziente è stata fortemente influenzata dallo sviluppo tecnologico e informativo che, in particolare negli ultimi decenni, ha posto una particolare attenzione sul tema della salute. Molto spesso, infatti, nei giornali o addirittura nei talk show i casi di presunta malasana costituiscono l'oggetto della discussione.

Interessante in questo ambito è sicuramente lo studio effettuato dal sociologo americano Parsons, che è considerato il fondatore del concetto di paternalismo (quale "Domus" nel rapporto tra medico e

paziente). Il medico, in questo tipo di rapporto, sfrutta la sua autorità e la sua posizione, utilizzando un tipo di comunicazione autoritario che pone il paziente in una posizione di secondo livello e che non gli permette di poter significare i suoi malesseri.

La differenza di questa concezione con quella attuale è abbastanza evidente, in quanto oggi è sicuramente maggiore il margine di autonomia che è concesso al paziente, ritenendolo perciò in primis responsabile per la propria salute. Egli può infatti effettuare delle scelte in merito alle cure da seguire, data la maggiore autonomia e consapevolezza di cui è dotato.

La nuova concezione del paziente come primo responsabile della propria salute comporta però alcune problematiche. Non si può infatti negare il gap di conoscenza ed esperienza che intercorre tra le due figure, in particolare nella fase della valutazione della proposta diagnostica. Il paziente a cui manca una conoscenza tecnica, e che si basa solo sul sentito dire, estremizzando il concetto, può arrivare a mettere in dubbio le analisi del medico.

È da questo contrasto che emerge l'importanza del rapporto di fiducia, che dovrebbe invece consentire al medico di poter guidare, e non forzare, il paziente verso una determinata terapia.

La situazione attualmente vissuta dal rapporto medico paziente è di vera e propria emergenza, in cui le modalità comunicative di un tempo hanno mostrato le proprie difficoltà ad imporsi in questo nuovo scenario, in cui il sapere e la cultura medica sono a disposizione dei molti. I mezzi di comunicazione di massa, che hanno un ruolo fondamentale in questo contesto, da una parte aiutano il paziente ad ampliare le sue conoscenze mediche, in particolare nel campo della prevenzione, ma diventano nello stesso tempo veicolo di informazioni

generali e confuse. Accanto a questo va comunque sottolineato che, nonostante la cultura medica sia così facilmente reperibile, la maggior parte delle persone tende comunque a fidarsi e a seguire le indicazioni fornite dal medico, evidenziando quindi la centralità del rapporto medico paziente. Una relazione difficile da gestire e fragile, ma che nonostante lo sviluppo tecnologico e la diffusione delle informazioni mediche, mantiene una fondamentale importanza, perché basata su un rapporto di fiducia tra due singoli soggetti, il medico specialista ed il paziente, ormai sempre più informato.

I.3. Profili giuridici

Al centro della relazione medico paziente, al di fuori delle evoluzioni e del cambiamento degli equilibri che ha vissuto nel corso del tempo, vi è l'interesse alla salute del paziente. Nel nostro ordinamento giuridico questo bene è tutelato direttamente dall'art.32 della Costituzione che lo riconosce come diritto fondamentale dell'individuo:

“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Lo stesso articolo qualifica questo diritto come fondamentale e ne delinea la tutela e il bilanciamento con gli altri valori costituzionali, come il diritto di libertà (art. 13 Cost.)⁶ e di solidarietà (art. 2 Cost.)⁷.

⁶ Art. 13 della Costituzione che dichiara: *“La libertà personale è inviolabile.*

Inoltre bisogna considerare che, nel corso del tempo, lo stesso concetto di salute, apparentemente semplice, ha vissuto diverse evoluzioni. Prima esso era considerato come mero benessere fisico mentre negli ultimi anni il concetto si è ulteriormente ampliato fino a comprendere anche lo stato mentale e sociale della persona. Il rischio che deriva da questa nuova definizione è quello di dar inizio ad una pretesa alla guarigione per ogni alterazione psicofisica e quindi, in caso di fallimento del medico, ad un aumento esponenziale delle richieste risarcitorie.

Questa nuova idea di salute ha comportato il riconoscimento ai fini risarcitori non solo del danno fisico ma anche di quello patrimoniale, morale⁸, biologico⁹ ed esistenziale¹⁰.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personal, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte e restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”.

⁷ Art. 2 della Costituzione che recita: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”.

⁸ Il *danno morale* viene tradizionalmente definito come il turbamento psichico soggettivo causato dall'atto illecito; più precisamente viene identificato con la sofferenza, cioè con lo stato di prostrazione ed abbattimento provocato dall'evento dannoso.

La giurisprudenza parla di “*sofferenza psichica*”, in riferimento al danno morale. Sembra, infatti, metterlo in relazione ad uno stato di tristezza causato dal trauma, che non sempre arriva ad alterare l'equilibrio interno dell' Io e le modalità di relazionarsi con l'esterno.

Questo tipo di danno non incide sulla salute psichica, ma direttamente sulla dignità umana, primo valore protetto dall'art. 2 della Costituzione.

⁹ Il *danno biologico* è inteso come una “*lesione temporanea o permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito*” (art. 138 del codice delle assicurazioni).

¹⁰ Il *danno esistenziale* nasce dalla lesione dei diritti costituzionalmente garantiti e si presenta come un'alterazione, in senso peggiorativo del modo di essere di una persona nei suoi aspetti individuali e sociali.

Se da una parte questo permette un'espansione della tutela del paziente anche in ambiti non secondari come quelli sopra riportati, sicuramente può provocare delle conseguenze negative. Per evitare di incorrere in cause risarcitorie, molti medici potrebbero infatti praticare cure superflue e non particolarmente pericolose, in modo tale da evitare di correre rischi particolari e di aggravare la situazione di salute del paziente. Tutto ciò farebbe però venir meno l'obiettivo stesso della professione: la salute del paziente e non quello della tutela della propria responsabilità.

L'articolo 32 della Costituzione delinea due diversi interessi legati al diritto alla salute: uno oppositivo ed uno pretensivo.

Il primo consiste nell'interesse dell'individuo a che i terzi soggetti si astengano da comportamenti che potrebbero ledere la sua integrità psico-fisica. Il diritto in tal senso è direttamente esecutivo e quindi non è richiesto alcun intervento da parte del legislatore per attuarlo.

Il secondo interesse invece, quello pretensivo, richiede una condotta attiva da parte dello Stato e dei soggetti pubblici e privati a questo preposti. In particolare si estrinseca nella pretesa del singolo a ricevere le prestazioni mediche necessarie, anche gratuite se indigenti, facendo quindi riferimento a tutti gli accertamenti diagnostici, al trattamento terapeutico e alle cure adeguate. Strettamente collegato a questo concetto è la dimensione sociale del diritto alla salute, che fa riferimento al principio di precauzione, secondo il quale sull'autorità

Sul *piano individuale*, si presenta come una modificazione della personalità e dell'assetto psicologico, nei suoi stati emotivi, nella sua efficienza e nella sua autonomia.

Sul *piano sociale*, si presenta come un'alterazione del manifestarsi del proprio modo di essere nelle relazioni familiari-affettive e nelle attività sociale-culturali e di autorealizzazione. Si tratta di una modificazione peggiorativa dell'equilibrio psicologico e dello stile di vita nell'ambito dei rapporti sociali, della famiglia e degli affetti in ottica relazionale ed emotiva; ciò condiziona marcatamente la qualità della vita, la sua progettualità e le sue aspettative.

competenti verte l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica.

Il diritto di salute contiene anche un significato negativo: quello di rifiutare le cure, anche se questo potrebbe comportare la morte dell'individuo. Infatti quando non ricorrono i presupposti per il trattamento sanitario obbligatorio, nessun individuo può essere obbligato a subire una terapia, poiché questa può derivare solo da un'accettazione consapevole e informata.

Così come sottolineato nei paragrafi precedenti, è cambiato definitivamente il rapporto medico paziente, abbandonando definitivamente il periodo del paternalismo medico (in cui quest'ultimo agiva in maniera del tutto autonoma e godeva di una fiducia illimitata del paziente) per far spazio ai diritti del singolo paziente, con la sua capacità di autodeterminazione e che il medico deve rispettare.

A proposito dei doveri del medico, non bisogna dimenticare il codice di deontologia. Questo riassume tutte le norme che sono ritenute “vincolanti” nell'attività di ogni soggetto che svolge la professione sanitaria. Da questo deriva solo un obbligo di tipo etico – morale, tranne nel caso in cui il medico, coinvolto in procedimento penale, abbia violato norme deontologiche. In questo caso egli potrebbe anche subire sanzioni disciplinari da parte dell'Ordine cui appartiene, previste dall'art. 40 del D.P.R. 5 aprile 1950, nr. 221.

Caratteristica principale della deontologia medica ¹¹ è la sua “extragiuridicità”: è un insieme di norme di condotta che vengono create e osservate spontaneamente dagli stessi componenti

¹¹ *Deontologia* significa comportamento corretto, ossia disponibilità, capacità di ascolto,, serenità di coscienza, tempo da dedicare al paziente.

dell'Ordine, che mirano a tutelare la dignità e l'indipendenza professionale. In particolare riveste particolare importanza l'art.3, che nel primo comma delinea i doveri del medico¹², mentre nel secondo comma specifica il concetto di salute preso in considerazione, e cioè quello più estensivo, comprendendo quindi anche il benessere psichico. Lo stesso articolo rappresenta l'attuazione delle disposizioni relative alla professione medica di cui agli degli articoli 3 e 32 della Costituzione.

Il parallelismo del codice deontologico con l'art. 3 della Costituzione si deduce osservando che il primo riprende le stesse parole del secondo, prevedendo che il medico deve esercitare la sua professione *“senza discriminazioni di età, di sesso, di razza, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia in tempo di pace come di guerra”*.

Sui sanitari pesa l'onere di informarsi ed aggiornarsi relativamente alle novità delle normative per evitare di far riferimento a principi che nel corso del tempo sono stati rielaborati. Un eventuale discostamento tra norma morale del codice e legislazione nazionale provocherebbe una difficile scelta dei professionisti.

A proposito di interventi normativi, questi non dovrebbero avere una connotazione ideologica e dovrebbero lasciare aperta a tutti la possibilità di effettuare le scelte nel rispetto dei principi generali

¹² Art. 3: *“Dovere del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo della sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza distinzioni di età, di sesso, di etnia, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace e in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera. La salute è intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona”*.

dell'ordinamento, ad operare per proprio conto e sotto la propria autonoma responsabilità¹³.

Nonostante le norme del codice abbiano carattere extragiuridico, è pur vero che possono essere utilizzate quale fonte di interpretazione per le norme legislative come già è avvenuto in molte sentenze giudiziarie. Gli esempi più rilevanti riguardano le norme relative all'autonomia del paziente e ai doveri del medico.

Altra funzione rilevante è quella integrativa: qualora si riscontrassero delle lacune nella legislazione vigente (italiana ed europea), le norme deontologiche fungono da fonte integrativa ma non possono né sostituire né porsi in contrasto con la stessa.

¹³ Pagni A., Fucci S., *Manuale della professione medica. Deontologia Etica Normativa*, Edizioni Medico-Scientifiche, 2010.

CAPITOLO II. La responsabilità professionale del medico

II.1. La natura giuridica

La responsabilità medica è generalmente classificata come responsabilità di natura contrattuale, ma viste le particolarità che la contraddistinguono, secondo molti dovrebbe essere regolata da un regime particolare. Tutto ciò è dovuto al fatto che in tale ambito, oltre al rapporto medico-paziente, intervengono anche altre tipi di relazioni (prestazioni), quali accertamenti diagnostici, terapeutici, preventivi e così via, nelle quali sono coinvolte anche altre numerose figure professionali, come quelle degli infermieri, assistenti socio sanitari ed altri. Chiarire il tipo di responsabilità che grava sul medico è perciò di fondamentale importanza, in modo tale da definire la normativa applicabile.

I tipi di responsabilità che possiamo applicare sono quella extracontrattuale o quella contrattuale, che si differenziano per l'onere della prova, il termine prescrizione e gli effetti giuridici relativi al risarcimento del danno.

La prima emerge quando è violata una situazione giuridica tutelata in modo assoluto, cioè verso tutti, mentre la seconda quando la violazione riguarda un diritto relativo.

Per quanto riguarda le differenze, nella responsabilità contrattuale, l'onore della prova è caratterizzato dalla presunzione di colpa. Infatti, mentre all'attore sarà solo richiesto di provare l'esistenza del credito, deve essere il debitore che deve dimostrare che l'eventuale inadempimento non è a lui riferibile, poiché derivante da una causa a

lui non imputabile. Discorso diverso è invece per l'illecito extracontrattuale, in cui l'onere di prova spetta a colui che ha avanzato la pretesa. In caso di inadempimento deve essere il creditore a provare il comportamento dannoso del convenuto nonché il dolo o la colpa dello stesso.

Riguardo alla seconda differenza, quella relativa al termine prescrizione, nella responsabilità extracontrattuale è pari a cinque anni, mentre in quella contrattuale il termine ordinario è decennale.

In merito all'ultima differenza, che riguarda gli effetti giuridici relativi al risarcimento del danno, bisogna anzitutto sottolineare che nell'art. 2056 cod.civ., relativo alla valutazione del danno nell'illecito extracontrattuale, è assente il richiamo all'art.1225 cod.civ.. L'articolo in questione prevede che se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.

Il suo mancato riferimento esclude quindi la possibilità che l'autore di un fatto illecito possa beneficiare della limitazione prevista dall'art.1225 cod.civ. sicché, nell'ambito extracontrattuale sono risarcibili anche i danni imprevedibili sebbene l'agente abbia agito con colpa.

II.1.1. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Fino a qualche anno fa il rapporto tra medico e paziente era classificato come rapporto contrattuale nel caso in cui, a seguito di relazione diretta, si fosse dato luogo ad un contratto di prestazione, mentre era inquadrato come rapporto extracontrattuale se una struttura sanitaria fungeva da intermediario tra i due soggetti. Al giorno di

oggi, come conseguenza di diversi fattori, la natura del rapporto è di difficile interpretazione. Infatti l'evoluzione della figura professionale del medico, la relazione sempre più indiretta tra medico e paziente nonché l'avanzare dello sviluppo scientifico pongono questa distinzione, sopra effettuata, in crisi.

È necessario quindi individuare il tipo di responsabilità in cui incorre il medico, dipendente o meno, che lavori all'interno di una struttura, pubblica o privata.

Secondo una parte della giurisprudenza, nel momento in cui il paziente entra in contatto con la struttura ospedaliera, si costituisce in capo a quest'ultima un'obbligazione di compiere tutte quelle attività per ripristinare lo stato di salute e benessere. In questo ambito il medico non costituisce una parte del contratto ma agisce nella sua qualità di organo della struttura ospedaliera, e di conseguenza in caso di "inadempimento" la natura della responsabilità sarebbe extracontrattuale. Tutto ciò comporterebbe un concorso di responsabilità: di tipo contrattuale dell'ente ospedaliero (per violazione dei diritti relativi del paziente) e di tipo extracontrattuale del medico (per violazione di diritti assoluti, come quello dell'incolumità personale).

II.1.2. Responsabilità da contatto sociale

Una seconda tesi della giurisprudenza è quella recepita dalla Suprema Corte con sentenza del 22 gennaio 1999, n.589. Questa afferma che nei confronti del medico ospedaliero si configura sempre una responsabilità contrattuale, nascente, pur in assenza di un obbligo di prestazione, da violazione degli obblighi di cura.

Dalla lettura della sentenza è evidente la differenza con la tesi precedente in cui veniva affermata la natura extracontrattuale della responsabilità del medico, in assenza di un rapporto diretto.

La Suprema Corte afferma invece la natura contrattuale del rapporto per la creazione di una obbligazione di fatto, fondata sul contatto sociale, tra il medico, dipendente dell'ospedale, e il paziente, che lì si ricovera. Questo comporta che il medico, in caso cagioni dei danni, debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale, nonostante non sia contraente di alcun contratto, realizzando di fatto una dissociazione tra fonte e obbligazione. Secondo la tesi della Cassazione, il paziente, al di fuori dell'esistenza di un contratto d'opera, non chiede al medico un *non facere*, e cioè di non ledere i suoi diritti, ma un *facere*, che deriva direttamente dalla "coscienza sociale" della professione.

Sintetizzando il contenuto della sentenza, possiamo identificare dei presupposti necessari per affermare la natura contrattuale della responsabilità:

- contatto sociale: relazione intercorrente tra medico e paziente in un ambito in cui possono verificarsi delle lesioni di diritti tutelati dalla legislazione.
- esercizio di attività protetta: professione che necessita di una particolare abilitazione
- affidamento: cioè la fiducia che il paziente ripone nella professionalità del medico.

Questa sentenza non contempla però alcune difficoltà che possono derivare da questa tesi. Il far derivare dal contatto sociale una responsabilità di natura contrattuale equivale a considerare contrattuale ciò che contrattuale non è, comportando una differente disciplina in merito al termine di prescrizione e onere della prova.

II.2. Responsabilità Penale

Prima di trattare della responsabilità penale è necessario chiarire alcuni concetti: prima di tutto la differenza tra reato di azione e di omissione, e all'interno di questo tra proprio e improprio.

I reati di azione sono quelli costituiti dal compimento di comportamenti idonei ad incidere nel mondo esterno e che mettono in pericolo un interesse tutelato dalla legge penale. I reati di omissione sono invece quelli costituiti da un comportamento passivo in una situazione in cui si aveva l'obbligo di agire.

Siamo soliti distinguere i reati omissivi in propri e impropri. Nei primi, l'autore del reato è colpevole di non aver compiuto un'azione doverosa e non invece di non avere impedito che eventi dannosi avessero luogo.

Al contrario, i reati omissivi impropri sono invece quelli che hanno come obiettivo il non verificarsi di determinati eventi. In questi casi l'autore del reato può essere solo colui che riveste la particolare funzione di garante della salvaguardia di un determinato bene¹⁴.

A differenza dei reati omissivi propri, le fattispecie improprie non sono espressamente previste dalle norme penali, ma per ricavare la loro disciplina si fa riferimento all'art.40, 2° comma c.p.. In particolare questo articolo introduce la *clausola di equivalenza*, secondo la quale non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo. Ciò comporta un'equiparazione tra la commissione del reato e il non impedire che questo si verifichi, quando si ha l'obbligo di attivarsi. Questo parallelismo necessita però di essere limitato, per non incorrere in un'estensione totale della

¹⁴ Ad esempio: se un bambino sta annegando in una piscina e il bagnino, che ha l'obbligo di salvarlo, rimane inerte causandone la morte, si realizzerà un omicidio.

punibilità. Innanzitutto bisogna escludere i reati di pericolo, poiché non si verifica alcun evento, e poi è necessario specificare che questo obbligo non può pesare su tutti i cittadini, ma solo su quelli, detti garanti, che devono impedire il verificarsi del fatto lesivo.

Naturalmente questi possono essere considerati responsabili solo se viene dimostrato il nesso di causalità tra la loro condotta (omissiva) e l'evento.

Questo principio è innanzitutto specificato nella Costituzione, all'art.27¹⁵, che stabilisce che la responsabilità penale può derivare solo da fatto proprio, nonché dall'art.40, 1° comma¹⁶, che afferma che l'evento dannoso o pericoloso deve derivare da propria azione od omissione. La domanda che però ne consegue è quali sono le condizioni per le quali un determinato fatto lesivo possa essere considerato una conseguenza di azione od omissione. La risposta fornita dalla giurisprudenza risponde alla logica della *conditio sine qua non*: la condotta del soggetto è una condizione necessaria per il verificarsi dell'evento.

Tale espressione sta a significare che la condotta è causale rispetto all'evento quando rappresenta una condizione senza la quale l'evento non si fosse verificato. Per applicare questo principio è necessario che il nesso di causalità sia confermato da leggi scientifiche¹⁷. Queste infatti provano l'esatta e regolare successione di accadimenti, e cioè

¹⁵ La responsabilità penale è personale.

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato [cfr. art. 13 c. 4].

Non è ammessa la pena di morte.

¹⁶ Art.40, 1° comma, c.p.: "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione".

¹⁷ Fiandaca., G, Musco., E. *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2010.

che al verificarsi di un fatto necessariamente ne consegue un altro. Qualora non si riesca a ravvisare una determinata legge scientifica, allora deve escludersi il nesso di causalità tra condotta ed evento.

Nella pratica, ogni volta in cui si verifica un fatto lesivo il giudice deve domandarsi se questo si sarebbe ugualmente verificato se colui che era obbligato ad agire avesse adempiuto all'azione. Egli aggiunge mentalmente l'azione doverosa (omessa) e, attraverso un giudizio prognostico, stabilisce se questa avrebbe impedito il verificarsi del fatto lesivo¹⁸. Per affermare il nesso di casualità il giudice deve rilevare un'alta percentuale di probabilità che la condotta del soggetto garante avrebbe impedito l'evento. Accanto a questa teoria, una parte della dottrina ha sostenuto anche la tesi dell'aumento del rischio¹⁹. Secondo questa, oltre a dimostrare la causalità della condotta, si deve dimostrare che vi sia stato un aumento delle probabilità di verificazione del fatto lesivo. Proprio questo principio ha avuto ampia applicazione in campo medico, in particolare nella relazione tra omissione di terapia e morte del paziente. Allo stesso tempo questa tesi sembra violare il principio di legalità poiché la dimostrazione di un mero aumento del rischio comporterebbe la configurazione di un reato di pericolo e non invece di evento.

Accanto a queste tesi, vi è anche la teoria della c.d. *probabilità confinante con la certezza*: il nesso di causalità è dimostrato quando la condotta del garante avrebbe sicuramente impedito l'evento. La giurisprudenza, in particolare in passato, ha accolto in più sentenze

¹⁸ Cass. Pen. IV sez., 19/09/1997 in *Indice Penale*, 1998, 541.

¹⁹ Ad esempio: uno spacciatore che istighi un giovane tossicodipendente, dimesso da poco da un istituto di disintossicazione, a riprendere il consumo di eroina e quest'ultimo in seguito alla nuova dose muore. In questo caso lo spacciatore ha aumentato il rischio della verificazione di un evento letale.

questa ipotesi di causalità, che si pone in contrasto con l'orientamento che si accontenta di “*serie ed apprezzabili probabilità di successo*”. Decisiva, nel dirimere la situazione, è stata la Sentenza Franzese²⁰ del 2002, che funge da collettore tra le due teorie. Secondo la Cassazione per affermare la sussistenza della casualità, oltre a verificare il coefficiente di probabilità, è necessario constatare se nel caso concreto, secondo probabilità logica²¹, possa applicarsi quella particolare legge statistica.

Qualora vi fosse il dubbio dell'esistenza della certezza processuale²², la sentenza dovrebbe avere carattere assolutorio. La Sentenza Franzese²³ afferma quindi il criterio della probabilità logica e

²⁰ I principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite sono:

- A) La casualità può essere ravvisata quando alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.
- B) Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con “alto o elevato grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”.
- C) L'influenza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio” (Cass. Pen. Sez. U., 10.7, 2002).

²¹ Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*. Zanichelli, Bologna, Zanichelli, 2010. “La probabilità logica indica il grado di fondatezza logica o credibilità razionale con cui si può sostenere che la legge statistica trovi applicazione anche nel caso singolo oggetto di giudizio”.

²² È “processuale” quella certezza che si raggiunge mediante il ricorso a criteri di valutazione del materiale probatorio relativo al caso di specie (c.d. evidenza disponibile), previsti dall'ordinamento giuridico e, all'esito dei quali, si possa affermare che il rapporto causale sussiste o meno in termini di “alto grado di credibilità razionale” o in termini di “elevata probabilità logica”.

²³ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione per l'affermazione del nesso di causalità hanno abbandonato la vecchia nozione di “serie ed apprezzabili possibilità di successo”, indicano, per contro, l'obbligo di fare ricorso a diversi criteri logici di accertamento del nesso di causalità:

introduce, per il giudice, un processo di due fasi. Nella prima egli deve verificare la sussistenza di una legge scientifica nel rapporto condotta - evento, secondo una certa percentuale di probabilità. Successivamente il giudice dovrà accertare, *ex post*, che quel determinato evento non possa essere riconducibile ad altre cause alternative. Questo modello è stato comunque oggetto di diverse critiche poiché non dimostra una perfetta correlazione tra evento e condotta omissiva.

Stessa tesi è stata accolta anche da una successiva sentenza del 2007, che afferma la necessità di constatare, oltre all'applicabilità al caso concreto delle leggi scientifiche di copertura, anche un rimprovero al medico per colpa. Sono questi due profili diversi, da riscontrare disgiuntamente. Nei reati colposi, un probabile rischio è quello di ricondurre la causalità al mero non rispetto delle regole cautelari, ma questo coinciderebbe con la constatazione della colpevolezza. Per evitare questo, al fine di dimostrare il rimprovero per colpa del medico, si vede ravvisare, non solo la violazione della regola cautelare, ma un collegamento tra condotta colposa ed evento, che trova il suo fondamento nell'art. 43 c.p.. Per accertare la colpa si deve innanzitutto specificare quale è la condotta doverosa nel caso

-
- A) per quanto attiene all'accertamento del nesso causale e tra omissione e danno, resta valido il ricorso al "giudizio controfattuale", ossia a quella particolare astrazione consistente nell'ipotizzare quali sarebbero state le conseguenze della condotta alternativa corretta omessa dal medico;
 - B) per quanto attiene al grado di probabilità, in base al quale stabilire astrattamente se l'effettuazione della condotta omessa avrebbe sortito effetti positivi per la salute o la vita del paziente, occorre avere riguardo non già alla mera "probabilità statistica" desunta dai precedenti clinici, ma al differente concetto di "probabilità logica", la quale deve essere prossima alla certezza;
 - C) la "probabilità logica", a sua volta, va accertata collazionando le probabilità statistiche di successo dell'intervento omesso con tutte le circostanze del caso concreto, quali risultanti dal materiale probatorio raccolto (Cass. Sez. U. 1 1.9.2002 nr. 30328)".

specifico, successivamente constatare il grado di prevedibilità dell'evento e infine verificare la probabilità dell'evitabilità dell'evento se si fosse attuato il comportamento dovuto.

Con il concetto di misura oggettiva della colpa si vuole indicare la divergenza che sussiste tra la condotta posta in essere dall'imputato e quella che sarebbe stata doverosa nella situazione concreta.

Perciò è necessario che vengano determinate le regole cautelari, in modo che siano conosciute o conoscibili dal soggetto agente e che rispondano ai criteri di prudenza, perizia e diligenza.

Ovviamente tutto questo meccanismo sopra esposto ha luogo anche in campo medico. In particolare, le regole cautelari vengono raccolte in specifiche linee guida, che costituiscono per il medico delle raccomandazioni sulla condotta da attuare. Al fine dell'esclusione della colpa, non deve essere solo valutato il fatto che il medico abbia applicato le linee guida. Infatti, questi stessi modelli di riferimento devono essere valutati sulla base del caso concreto, caratterizzato da peculiarità che avrebbero imposto un altro comportamento. Questa valutazione è effettuata sulla base del criterio *ex ante* dell'homo *ejusdem professionis et conditionis* (modello di professionista che esercita una determinata attività).

II.3. Responsabilità per colpa

II.3.1. Colpa professionale del medico

La professione medica appartiene alla categoria delle attività pericolose, poiché il sanitario è chiamato a compiere interventi complessi che incidono direttamente sull'incolumità delle persone.

Questo comporta l'assunzione di particolari rischi e spesso il coinvolgimento in procedimenti penali per responsabilità colposa. Nel nostro ordinamento è l'art. 43 del c.p. che definisce il reato colposo: *“Il delitto: è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente, e si verifica a causa di negligenza, imprudenza e imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”*.

Se ne deduce che possiamo individuare due tipi di colpa: generica e specifica. La prima è collegata ai concetti di imprudenza, negligenza e imperizia, mentre la seconda è dovuta alla inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o disciplina. Tra queste ultime fonti non sono però contenute le regole del codice deontologico, la cui violazione comporta sanzioni disciplinari. Allo stesso tempo però, molte di queste regole riguardano comportamenti che, separatamente, sono puniti anche a livello penale o civile, poiché incidono su beni protetti della persona²⁴. Casi di colpa specifica sono meno usuali, e si configurano quando il soggetto agente abbia agito in violazione della legge e si sia verificato un evento non voluto. Affinché si possa dimostrare la colpa specifica non basta l'inosservanza della regola cautelare, ma si deve dimostrare che quest'ultima mirava a proteggere il bene giuridico proprio da quell'evento accaduto²⁵.

Molto più ricorrenti sono i casi di colpa generica che riguardano la violazione di:

²⁴ Ad esempio: l'obbligo dell'aggiornamento professionale (art. 19 e 13); l'obbligo di segreto professionale (art.10); l'obbligo di informare il medico (art.33) ecc.

²⁵ D'apollonio L., *La responsabilità del medico*, Torino, Giappichelli, 2012.

- negligenza: quando il medico agisce con dimenticanza, trascuratezza o superficialità e non si attiene alle regole di diligenza, generalmente rispettate da altri medici.
- imprudenza: quando il medico agisce con avventatezza, eccessiva precipitazione e ingiustificata fretta, e senza utilizzare le regole cautelari comuni mediche.
- imperizia: quando il medico non ha le capacità tecniche o il livello di esperienza necessario. Vista la molteplicità di fattori, che può influenzare le abilità tecniche, il giudizio sull'imperizia deve mirare a individuare una particolare carenza nei fondamenti di conoscenza e capacità tecnica, che possono essere richiesti a chiunque eserciti questa professione.

II.3.2. Diligenza e colpa del medico

In materia di colpa medica, la tendenza delle ultime sentenze è quella di sostenere la presenza di un rimprovero per colpa, ove si riscontri l'inosservanza notevole delle regole cautelari o dei principi fondamentali della professione medica. In tale ambito è inquadrato l'art.1176 cod.civ. che enuncia: *“Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*.

Le obbligazioni, a cui si fa riferimento, sono di mezzo e non di risultato, poiché il professionista si assume l'impegno a compiere una prestazione con il fine del risultato desiderato, ma non a raggiungerlo. Da ciò consegue che, per accertare l'inadempimento del professionista, non basta osservare se questi ha raggiunto o meno il risultato ma si deve valutare il rispetto del dovere di diligenza professionale. Il criterio per questa valutazione deve essere

parametrato alla natura della prestazione da effettuare, poiché la diligenza che si deve utilizzare corrisponde a quella media che serve per quella particolare attività, senza la presenza di problemi. Se si dovessero verificare tali difficoltà il professionista sarà ritenuto responsabile ma in modo attenuato. Questa disciplina è enunciata nell'art. 2236 del codice civile, che afferma: “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”. A livello penale, l'orientamento prevalente della giurisprudenza è però quello secondo il quale il medico, visto il concetto unitario di colpa di cui all'art. 43 c.p., risponderebbe anche di colpa lieve se si verificassero dei danni a causa di omessa diligenza o non adeguata capacità professionale. Ciò comporta che, nel caso in cui si presentassero dei problemi ordinari, il medico risponderebbe di inadempimento contrattuale ove si dimostrasse anche la colpa lieve, mentre nel caso di difficoltà particolari solo per dolo o colpa grave²⁶. In ambito penale, la colpa grave corrisponde ai concetti di colpa cosciente o con previsione dell'evento. Quest'ultimo è infatti non voluto dal colui che agisce, è previsto, ma si ritiene che non si verifichi.

Per valutare se vi è stata colpa da parte del professionista, bisogna prima individuare il modello comportamentale da adottare in base alla natura dell'attività e delle circostanze specifiche, poi controllare la corrispondenza di questo con la prestazione effettuata, tenuto conto dei problemi sorti in corso. Se vi è conformità il professionista ha adottato la diligenza necessaria, altrimenti si configura la colpa.

²⁶ V., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. II, sentenza 23 aprile 2002, n.5928.

CAPITOLO III. Posizione di garanzia, consenso e facoltà di curare

III.1. La posizione di garanzia del medico

III.1.1. Caratteristiche principali

La professione medica ha assunto, nell'ultimo periodo storico, una rilevanza notevole in campo giuridico, sia per quel che concerne la posizione di garanzia del medico, sia per il nesso di causalità che lega la condotta e l'evento non desiderato. L'obbligo giuridico di garanzia è infatti riconosciuto in capo al medico, che risulta essere il responsabile della salute del paziente, ed è spesso inteso, in termini molto ampi, come dovere di "fare tutto il possibile"²⁷, cioè attuare tutte le operazioni necessarie alla guarigione del paziente. Come già ribadito nel capitolo precedente, affinché possa configurarsi una responsabilità colposa è necessario che vi sia una causalità omissiva e che il soggetto agente occupi una posizione di garante. Per quanto concerne l'individuazione del garante, in ambito medico, è necessario che sia dimostrato l'esistenza di un rapporto terapeutico tra medico e paziente. Questo obbligo non è comunque illimitato, ma risulta determinato dalle condizioni iniziali del paziente e dalla possibilità di impiego di mezzi da parte del medico, nonché dal possibile rifiuto del paziente. Proprio quest'ultimo limite, certo ed espresso, da parte di un paziente, consapevole e informato, farebbe venir meno il medico dalla

²⁷ Tale obbligo di attivarsi facendo il possibile è stato espresso nella sentenza nr.11969/2005 in tema di causalità omissiva, ove la Suprema Corte ha affermato che "non può escludersi la responsabilità del medico il quale non si attivi e non disponga il ricovero del paziente, che accusi un forte dolore toracico, nel reparto specialistico ove è attuabile un monitoraggio continuo, seguito dall'eventuale trasferimento in reparto di terapia intensiva, laddove nel giudizio controfattuale l'adozione di questa cautela avrebbe, con l'alta credibilità razionale o probabilità logica richieste ai fini della certezza penale, evitato il decesso" (Cass. Pen., sez. IV, 16-2-2005, nr. 11969, CED 2005, 231717, fattispecie in tema di morte del paziente per infarto non riconosciuto dal medico).

sua posizione di garanzia, poiché non verrebbe più considerato come destinatario del dovere di intervento coattivo. I trattamenti sanitari obbligatori sono infatti permessi solo in casi tassativi, con il fine di tutelare soprattutto la salute collettiva, quando una malattia del singolo possa metterla in pericolo.

III.1.2.L'istituto della delega

Il titolare originario di tale posizione di garanzia è perciò il medico, che può però decidere di trasferire tale obbligo ad un altro soggetto, che deve dimostrare di essere capace e competente in quel determinato campo. Ciò comporterebbe che, nel caso di evento dannoso nei confronti del paziente, dovuto ad un comportamento colposo del medico delegato, si configuri una responsabilità concorrente dei sanitari. In particolare il medico delegato risponderà per l'inosservanza delle norme regole cautelari, mentre il titolare originario per non aver eventualmente comunicato le informazioni fondamentali o aver impartito le direttive in modo errato.

Diversamente, se l'evento lesivo dovesse derivare solo da una responsabilità del medico delegato, il titolare non sarà coinvolto nella vicenda penale.

III.2. Consenso informato

Con l'introduzione della Costituzione possiamo notare un cambiamento di prospettiva nel rapporto tra medico e paziente: oggetto principale non è più la cura dalla malattia, ma il paziente in sé, come persona. Da qui spicca l'importanza dell'istituto del consenso alla prestazione sanitaria, che si configura quindi come manifestazione

del principio di autodeterminazione del paziente, derivante dal combinato degli artt.2, 13 e 32 della Costituzione²⁸. Si supera così quella concezione paternalistica della relazione medico–paziente, in cui il primo occupava una posizione di supremazia e la volontà del secondo non era tenuta in conto. La funzione rilevante del consenso è stata rimarcata dalla Corte Cost. Sent. n. 438 del 2008, che ha sottolineato che questo deriva dal combinato di norme di molteplici fonti. Tra queste abbiamo innanzitutto le norme costituzionali, tra cui l'art. 2 (*“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo”*), l'art. 13 (*“la libertà personale è inviolabile”*) e art. 32 (*“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*), nonché in ambito di norme internazionali ritroviamo l'articolo 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (*“ogni individuo ha il diritto alla propria integrità fisica e psichica”*, nonché la necessità, in ambito medico, di un *“consenso libero ed informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”*). Altre norme sono inoltre contenute: nella legislazione nazionale ed in particolare nella legge 23 dicembre 1978, n. 833, in particolare all'art.33²⁹,

²⁸ “ la necessità del consenso si evince, n generale, dall'articolo 13, il quale sancisce l'inviolabilità della libertà personale, nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica, escludendone ogni restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previste dalla legge ma soprattutto rilevanti in materia dell'art. 92 Cost., per il quale "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (la quale) non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana" (Cass.23.5.01, n.7027, FI, 01)

²⁹ “e certamente di trattamenti sanitari sono di norma volontari. Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'Art. 32 della costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura. (...) Gli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso alla partecipazione da parte di chi di obbligato”.

relativa a trattamenti sanitari volontari e obbligatori; nelle norme sulla sperimentazione clinica di farmaci (D.M. 15 luglio 1997); nella legge 26 giugno 1967 n. 458, in materia di trapianto del rene tra persone viventi; nella legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 6, riguardo trapianto di organi tra viventi; negli artt. 30³⁰-35 del Codice Deontologico. Dal sistema normativo così delineato, si evince l'importanza di un consenso informato, che funga da sintesi tra principio di autodeterminazione e diritto alla salute. Il singolo ha infatti il diritto, oltre che a ricevere cure, anche ad essere informato riguardo la natura delle prestazioni sanitarie e le possibili conseguenze, nonché in merito ai possibili percorsi terapeutici alternativi.

Affinché si possa assicurare la libertà del paziente è necessario che il consenso si configuri come atto autonomo, libero e consapevole; questo deve essere espresso in occasione di tutte quelle situazioni in cui l'attività medica possa comportare qualche rischio per la salute del paziente. Da ciò ne consegue che quest'ultimo deve essere informato di tutti gli aspetti del trattamento terapeutico a cui è sottoposto, e della portata effettiva dell'intervento in relazione alla sua gravità.

È nel codice deontologico che l'espressione "consenso informato" riceve la sua definizione più completa: non è possibile iniziare un trattamento terapeutico senza il consenso del paziente validamente "informato"³¹. Da ciò si deduce che esso costituisce presupposto necessario nonché diritto personalissimo del soggetto interessato dalla malattia. Si devono pertanto non ammettere i consensi prestati da

³⁰ Art. D0 Codice di Deontologia Medica: "il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate (...)"

³¹ Cfr. Art. 31 comma 1 Codice Deontologico 1995: "*il medico non deve intraprendere attività diagnostica o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato*"

familiari del paziente, quando questi sia maggiorenne capace di intendere e volere. Quest'ultimo è infatti l'unico legittimato a determinare le scelte che riguardano il suo stato di salute.

III.2.1. Informazione: Caratteristiche e qualificazione giuridica

L'informazione, di cui necessita il paziente, deve essere dettagliata e specifica, nonché deve essere espressa in modo tale da poter essere compresa: solo così il paziente potrà essere libero se curarsi o meno oppure scegliere la terapia da seguire. Queste indicazioni sono fornite dall'elaborato del 20 giugno del 1992 intitolato "Informazione e consenso all'atto medico" del Comitato Nazionale di Bioetica, che infatti enuncia: *"le informazioni valide per un consenso informato sono quelle comprensibili ed effettivamente comprese"*. L'informazione, per poter essere comprensibile, deve essere adattate alle caratteristiche della persona a cui son comunicate, poiché non tutti i soggetti recepiscono le nozioni specifiche in maniera uguale.

I dettagli da fornire sono: diagnosi, tipologia di terapia, rischi, benefici e possibili conseguenze. Il professionista deve comunicare queste informazioni sulla base dei principi di correttezza e buona fede, che implicano anche un obbligo di ascolto dei bisogni dell'assistito. È giusto evidenziare e dare importanza a questa fase poiché se non vi fosse, si verificherebbe un equivoco tra i due soggetti, incidendo direttamente sulla legittimità del trattamento terapeutico.

Per quanto concerne la natura giuridica della dovere di informare esistono diverse teorie. La prima è quella tradizionale, secondo la quale l'obbligo di informazione rientrerebbe in una

responsabilità di tipo precontrattuale³², poiché farebbe parte del dovere di buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c.: *“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”*.

L'orientamento maggioritario della dottrina ritiene la violazione del dovere di informazione rientrante nella disciplina della responsabilità contrattuale, ed infatti il consenso è considerato un dovere contrattuale del professionista poiché diretto al corretto adempimento contrattuale³³. Questo dovere ha origine tra la fase della diagnosi e della terapia ed è funzionale a conseguire il consenso dell'assistito alla cura.

Affinché possa essere considerato valido, il consenso deve possedere dei requisiti specifici:

- personale: può essere espresso solo dalla persona titolare del bene tutelato, quindi nessun altro può agire in suo nome. Tutto ciò lo rende un diritto personalissimo, e pone dei problemi in relazione alle capacità richieste per esercitarlo validamente. Secondo un primo orientamento è richiesta la capacità di agire (quindi la maggiore età), mentre un'altra teoria considera rilevante l'aspetto sostanziale, cioè se la persona ha raggiunto la maturità necessaria per poter capire la diagnosi e la terapia, ovvero la sua capacità naturale di intendere e volere³⁴. Da

³² “L'omessa o incompleta informazione configurerebbe quindi una violazione precontrattuale del medico curante, poiché l'oggetto della prestazione in senso stretto ancora non è stato eseguito” (Cass. 15 gennaio 1997, n. 364).

³³ Cass. 29 settembre 2009, n. 20806.

³⁴ La giurisprudenza ha precisato che: *“non può ritenersi valido il consenso espressa da uno dei parenti quando il paziente è capace di intendere e volere, poiché egli è l'unico soggetto legittimato a consentire trattamenti che incidono sul proprio corpo e sulla qualità della vita”*. (T. Milano, 14/5/1998, NGCC, 405).

entrambi questi orientamenti si deduce che per prestare liberamente il consenso all'attività medica, il paziente deve essere sia legalmente (maggiorenne) sia naturalmente (intendere e volere) capace. Nella nostra legislazione il minore, poiché non possiede la capacità d'agire, non può prestare il suo consenso in prima persona e di conseguenza questo adempimento deve essere compiuto dai genitori, così come indicato nell'art. 2 del cod. civ.. Stesso ragionamento è effettuato nei confronti dell'interdetto, il cui consenso è prestato dal suo tutore. Nonostante ciò, si deve osservare che l'art. 2 del cod.civ. fa riferimento solo ai diritti patrimoniali e non a quelli personali, il che comporta che qualora il minore sia ritenuto capace naturale (sulla base del giudizio del medico), può prestare comunque il consenso. Questo orientamento non è conforme però alla regolamentazione della potestà genitoriale: da ciò ne consegue che entrambe le tesi non sono esaurienti. Il diritto alla salute, poiché personalissimo, non può essere esercitato autonomamente né dai rappresentanti né dal minore stesso. Proprio per questo, il consenso deve essere frutto del dialogo tra genitore e figlio, unico mezzo per esercitare pienamente i diritti che attengono alla persona e alla salute. Qualora adulti e minore non concordino sul da farsi, questi ricorreranno al giudice, affinché, tramite un provvedimento, assuma la decisione. Nel caso in cui i genitori non si rivolgano al giudice, sarà lo stesso medico che informerà il tribunale dei minori. Altra situazione possibile è il contrasto tra i due genitori, in merito alla terapia che il figlio deve seguire: se questa divergenza mette a repentaglio lo stato di salute, allora il medico è tenuto a

rivolgersi al tribunale, diversamente può aspettare il loro comune accordo. Il tribunale dovrà inoltre essere consultato qualora la terapia scelta, di comune accordo tra adulti e minore, possa mettere in pericolo la salute. Queste regole non valgono nel caso in cui il figlio abbia un'età così piccola tale da non poter capire né la diagnosi né la terapia, poiché in questo caso la decisione spetterà solo ai genitori (il giudice interverrà solo nel caso di contrasto tra questi)³⁵. Discorso particolare deve essere effettuato per i maggiorenni, che non hanno la capacità di intendere e volere, infatti in questo caso dipende se questa è permanente o transitoria. Nella prima situazione, qualora la vicenda medica sia grave, il medico ha l'onere di contattare la procura della repubblica, in modo tale che sia scelto un tutore o amministratore di sostegno. Se invece l'incapacità è transitoria si aspetterà la fine degli effetti, tranne nel caso in cui sia necessaria un'operazione immediata, che sarà perciò eseguita non considerando la volontà del soggetto. Lo stesso modo di procedere sarà adottato nel caso in cui lo stato di salute del malato sia caratterizzato da una fase di instabilità delle funzioni vitali, che non gli permette di potersi esprimere³⁶.

- libero e spontaneo: il consenso non deve essere frutto di pressioni, ma espressione della volontà del paziente. Oltre a violenza e dolo, il vizio più frequente è sicuramente quello dell'errore. Quest'ultimo è una falsa rappresentazione della realtà che spinge il soggetto a non agire conformemente alla sua

³⁵ Ricci S., Miglino A., *Atto medico e consenso informato*, Roma, Società Editrice Universo, 2009.

³⁶ Ricci S., Miglino A., *Atto medico e consenso informato*, Roma, Società Editrice Universo, 2009, p.35.

reale volontà. Affinché questa risulti viziata, l'errore deve ricadere su un aspetto rilevante del consenso (trattamento, rischio, conseguenze) e deve essere percepibile da parte del medico;

- attuale: il consenso deve essere espresso quando avviene l'esecuzione della terapia. Da ciò deriva il divieto di poter considerare valido il consenso espresso in un momento antecedente e successivo al trattamento. Inoltre deve perdurare per tutto il tempo dell'attività medica, il che comporta che il paziente possa in qualsiasi momento interromperla³⁷. In questo ambito si pongono però dei problemi, in particolare quando l'interruzione della terapia non sia possibile o quando si possano derivare dei danni alla salute maggiori di quelli a cui era inizialmente esposto il malato del trattamento. Data la posizione di garante della salute del paziente, il medico può scegliere di continuare la terapia, non commettendo alcun illecito;
- speciale: si riferisce ad uno specifico intervento medico, e come specificato nella sentenza n.364 del 1997 della Corte di Cassazione, anche se è vero che la richiesta di uno specifico intervento chirurgico avanzata dal paziente può farne presumere il consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive che vi sono connesse, con i relativi rischi, è dovere del sanitario informarlo delle conseguenze e dei vantaggi specifici ed operare in relazione a ciò che il paziente intende compiere;

³⁷ La convenzione di Oviedo, ratificata con la legge 28 marzo 2001, n. 145, all'art. 5, 3° comma, prevede espressamente il diritto del paziente di revocare il consenso al trattamento medico: "*la persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso*".

- a forma libera: non è prevista alcuna forma particolare per l'espressione del consenso, tranne alcuni casi tassativi in cui è richiesta quella scritta. Queste ipotesi, in cui è necessario che il consenso sia espresso in modo certo e provabile, sono indicate nella legge n.458 del 1967 (trapianto di rene), nel d.lgs. 24 giugno 2003 n. 211 (sperimentazione dei medicinali), nella legge 19 febbraio 2004, n.40 (procreazione medicalmente assistita).

III.2.2. Trattamento medico in assenza del consenso del paziente

Come già evidenziato, in difetto di consenso, il medico non potrà mettere in atto alcuna terapia. I casi di invalidità della prestazione del consenso sono: quando questo non è stato completamente prestato, quando il paziente non abbia ricevuto le informazioni necessarie oppure quando il consenso è viziato. Quindi, quando il professionista decide in modo arbitrario di porre in atto la terapia, senza aver ricevuto un valido consenso, dovrà rispondere di questo suo comportamento. In questo modo il medico sarà soggetto a sanzioni di natura disciplinare ed eventualmente penali, nonché sarà obbligato a risarcire l'eventuale danno.

Definire i danni provocati da una terapia arbitraria è comunque difficile, infatti possiamo riscontrare in giurisprudenza diversi orientamenti. Oggetto principale di contrasto è il presupposto, nonché i limiti di liceità della terapia. La difficoltà principale risiede nel definire le ragioni di non punibilità della professione medica, che anche nei casi meno gravi, può comunque provocare delle lesioni personali.

Oltre alla legittimazione che deriva dal combinato degli artt. 2, 13 e 32, la Corte di Cassazione ha tentato di far rientrare l'attività medica entro i limiti delle cause di giustificazione del codice penale:

- art. 51 c.p.³⁸: data la posizione di garanzia del medico, la sua attività può infatti rientrare nell'adempimento di un dovere, che obbligherebbe il professionista ad operare in situazioni di pericolo di vita delle persone. Allo stesso tempo, come ribadito nei paragrafi precedenti, il principio di autodeterminazione dei pazienti è prevalente rispetto le decisioni del medico;
- art. 54 c.p.³⁹: questa scriminante opera quando l'attività medica è necessaria a tutelare la salute della persona, ma deve comunque essere proporzionale al rischio corso dal paziente;
- art. 50 c.p.⁴⁰: questa è la scriminante condivisa dalla maggior parte della dottrina, che rende lecita l'intervento medico lesivo dell'integrità del paziente. Anche in questo caso, possiamo comunque individuare delle teorie contrarie, che si basano sui limiti indicati dall'art. 5 cod.civ.. Quest'ultimo tratta infatti

³⁸ Art. 51 c.p.: *“L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine”*.

³⁹ Art. 54 c.p.: *“Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo”*.

⁴⁰ Art. 50 c.p.: *“Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporne”*.

della legittimità degli atti di disposizione del proprio corpo, che possono determinare anche una diminuzione permanente dell'integrità fisica. Queste opposizioni sono però oltrepassabili attraverso un'interpretazione corretta dello stesso articolo, che mira alla tutela della salute fisica e psichica della persona. Infatti un'eventuale diminuzione permanente dell'integrità fisica sarebbe giustificata da un progresso generale dello stato di salute.

Nonostante queste scriminanti possano giustificare l'attività medica, le Sezioni Unite ne hanno posto il vero fondamento nella norma costituzionale, e precisamente nell'art.32⁴¹.

III.3. Facoltà di curare

III.3.1. La responsabilità del professionista e il rifiuto della terapia da parte del paziente

La possibilità di ogni singola persona di decidere sulla propria salute comprende anche il diritto di rifiutare le cure mediche. Si reputa quindi che questo sia un limite non derogabile dal medico, ed infatti trova spazio, oltre che nella Costituzione (artt. 13 e 32), nello stesso codice deontologico. In particolare l'art. 31 comma 4 prescrive che il medico non possa realizzare alcuna attività di diagnosi o di terapia, qualora sia stato opposto il rifiuto da parte del paziente. La stessa norma costituzionale prevede però la possibilità che siano messi in atto trattamenti sanitari obbligatori, con la finalità di tutelare la salute della collettività. Questi vengono infatti giustificati esclusivamente in

⁴¹ Mantovani S., *Il trattamento medico arbitrario*, In: D'apollo L., *La responsabilità del medico*, Torino, Giappichelli, 2012.

presenza di un'esigenza superiore della collettività, malgrado il principio generale di volontarietà del trattamento sanitario, vigente nel nostro ordinamento. I diritti della persona occupano infatti una posizione prevalente nel nostro sistema normativo e solo un consenso valido può essere presupposto di un legittimo trattamento medico. Onere del professionista è solo quello di informare il paziente, verificare se il consenso o il rifiuto siano validi e quindi agire di conseguenza. Senza il consenso del paziente il trattamento terapeutico, intrapreso dal medico, risulterebbe illecito in quanto lesivo della libertà della persona⁴².

Quando il dissenso alle cure comporta un pericolo concreto per la vita del paziente, l'attività del medico, anche in assenza di un consenso, sembra essere giustificata dalla scriminante dello stato di necessità. Il problema che si pone è se l'intervento risulti legittimo per la presenza della causa di giustificazione o se vi sono alcuni casi di rischio attuale in cui è considerato lecito. Secondo alcuni si crede che possa sussistere una sorta di legittimazione quando dal dissenso del paziente possa derivare la privazione della vita. La nostra legislazione ammette infatti la liceità di un intervento del medico, anche a fronte di un dissenso, quando ci si trovi in una situazione di pericolo di vita. Quando questa condizione sarà finita, la terapia non potrà continuare senza il consenso del paziente. Tutto ciò pone in risalto la situazione di poca chiarezza riguardo al ruolo di garante del medico, vista la difficoltà di individuare i limiti e il bilanciamento tra principio di autodeterminazione del paziente e dovere di intervento del medico.

⁴² " ... la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere, o peggio, dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto, trattandosi di una scelta che riguarda la qualità della vita e che pertanto lui e solo lui può legittimamente fare (Cass. Pen. 13 maggio 1992 nr. 5639).

Secondo la Corte di Cassazione al medico non viene riconosciuto un generale “diritto” di curare il paziente ma, come enunciato nella sentenza 45126 del 2008, *“la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall’abilitazione all’esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi”*. Se infatti al medico venisse riconosciuto il diritto di intervenire, vorrebbe dire porre in secondo piano l’autodeterminazione del paziente e lasciare al professionista una piena discrezionalità. Come sancito dall’articolo 4 del codice deontologico, *“l’esercizio della medicina è fondato sulla libertà e sull’indipendenza della professione che costituiscono diritto inalienabile del medico; Il medico nell’esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici della professione, assumendo come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona”*. Da ciò si ricava che la potestà o facoltà di curare, prevista come potere-dovere del medico, è sottoposta a determinati limiti. Innanzitutto l’intervento terapeutico, per essere considerato legittimo, deve sempre essere caratterizzato da diligenza, prudenza e perizia, e deve inoltre rispettare i diritti della persona tutelati dalla Costituzione, quindi anche il consenso del paziente. Si deve perciò essere consapevoli che l’intervento del medico, inquadrato come potestà e facoltà, può trovare legittimazione solo in un bilanciamento tra obbligo di curare e rispetto della persona. Quest’ultimo vede come suo momento rilevante l’espressione di un consenso informato e consapevole, che costituisce perciò presupposto necessario al trattamento medico.

CAPITOLO IV. Le strutture sanitarie: profili di responsabilità nel settore pubblico e privato

IV.1. Elementi introduttivi

Il sistema nazionale sanitario, dopo la seconda guerra mondiale, ebbe una rilevante evoluzione a seguito dell'emanazione del codice civile del 1942 e di alcune leggi speciali. Tra queste possiamo sicuramente annoverare la legge 12 febbraio 1968 n. 132, che costituì le basi del moderno servizio pubblico affidando, in via esclusiva, agli ospedali e ad altri soggetti tassativamente indicati, la funzione di assistenza pubblica. Questi enti ospedalieri, così come altri settori della pubblica amministrazione, hanno goduto per un tempo abbastanza prolungato di una sorta di immunità dovuta alla loro dichiarata efficienza e alla difficoltà di verificare profili di colpa. La situazione subì però dei cambiamenti già nella prima metà del '900, quando si ammise la configurazione della responsabilità contrattuale, se pur riflessa di quello del singolo medico, per violazione degli obblighi di fonte negoziale o legale⁴³. Ma fu solo con l'emanazione del codice civile nel 1942 che questo tipo di responsabilità fu disciplinata espressamente come contratto d'opera intellettuale, seppur con regime particolare, essendo limitata dall'art.2236 del codice civile al solo dolo o colpa grave. Altra riforma importante fu quella della legge 23 dicembre 1978 n. 833, attraverso cui fu predisposto un

⁴³ Per Cass. 25 luglio 1967, N. 1950, foro it, Rep, 1967, voce responsabilità civile, N. 312, "la qualità di ente pubblico di un istituto ospedaliero non vale di escluderne la responsabilità in ordine al danno colposamente recato da un suo medico paziente".

servizio pubblico nazionale, costituito da un insieme di strutture locali, in modo da tutelare la salute in modo indifferenziato in tutto il Paese. Questo servizio stesso era concepito come il complesso di strutture, mezzi e compiti finalizzato alla tutela complessiva, sia fisica sia psichica, di tutta la popolazione. Con il processo evolutivo che ne seguì, si diede vita ad un sistema sanitario complesso, in cui si integrarono progressivamente la normativa costituzionale e la disciplina della responsabilità medica, provocando però allo stesso tempo un aumento costante dei problemi giudiziari. Dalla semplice responsabilità del medico si è infatti passati ad un altro tipo di responsabilità: quella medica. In altre parole, l'evoluzione scientifica, l'aumento della speranza di vita, l'ampliamento di intervento della scienza medica in campi prima inaspettati, ha comportato la nascita di una responsabilità di tipo organizzativo, quella dell'unità sanitaria locale, dove gli interventi diagnostici e terapeutici sono attuati da una varietà di figure con differenti qualifiche.

IV.1.1. Rapporto tra struttura e paziente

Il rapporto tra struttura ospedaliera e paziente presenta delle problematiche in ordine alla sua disciplina. Nel nostro Paese, data l'evoluzione concettuale della responsabilità extracontrattuale, in seguito alla nuova interpretazione del presupposto dell'ingiustizia della lesione e alla nuova concezione del danno biologico, la tutela della salute è sempre più rientrata nell'area della responsabilità da contratto. Fino alla prima metà degli anni 70, la qualificazione data alla natura giuridica della responsabilità medica non è stata univoca,

poiché accostata alternativamente a quella aquiliana o a quella contrattuale⁴⁴.

Questa indecisione della giurisprudenza proveniva anche dalla diversa disciplina che caratterizzava le strutture pubbliche e quelle private, poiché solo queste ultime erano sottoposte alla normativa di tipo contrattuale⁴⁵. Neanche le disposizioni contenute nella Costituzione, all'art.28⁴⁶, hanno focalizzato la problematica, dato che non vi è alcun riferimento alla responsabilità della struttura sanitaria per il comportamento del suo personale. Ciò nonostante, a seguito della riforma del 1978, che ha esteso l'espressione del consenso a tutti gli interventi medici, ha preso sempre già campo la tesi della responsabilità contrattuale nel rapporto tra il paziente e le strutture ospedaliere⁴⁷. Con il passare del tempo questa concezione si è consolidata, non solo nella dottrina ma anche in giurisprudenza, affermando che la relazione tra ente sanitario e assistito, fondata dall'obbligo di prestazione del primo e dal diritto a ricevere le cure del secondo, farebbe sorgere una responsabilità della struttura verso il privato, di natura contrattuale⁴⁸. A contrastare questa teoria e ad impedire il suo definitivo consolidamento, vi è stata la tesi fondata sull'affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità

⁴⁴ Cfr. App. Reggio Calabria 30 giugno 1962, id, retto, 1964, cass. 25 luglio 1967, numero 1950, cit. 6 marzo 1969, numero 733, id, rep, 1969, voce cit, numero 63; 13 novembre 1970, numero 2392, id. rep. 1971, voce cit, numero 110

⁴⁵ G. CATTANEO, la responsabilità del professionista, Milano, 1958, 347.

⁴⁶ "funzionari e dipendenti dello stato degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo stato ed agli enti pubblici"

⁴⁷ F. GALGANO, contratti responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1984, 710 ss

⁴⁸ 16 Cass 1 Marzo 1988, n 2144, in l'oro it, 1988, I, 2296, annotata da PRINCIGALLI, nonché in nuova giurisprudenza civile comm, 1988, I, 604, con nota di PUCCELLA, Sentenza, quest'ultima nota per aver equiparato medici ospedalieri a liberi professionisti, con la conseguente applicazione della disciplina codicistica in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale;

incombente sul sanitario. Questa teoria ha infatti sostenuto l'ipotesi della convergenza dei due modelli di responsabilità, ossia del concorso di responsabilità e del cumulo delle azioni, nel caso in cui lo stesso comportamento sia stato produttivo di una lesione ingiusta e sia inquadrabile contemporaneamente come danno contrattuale e come extracontrattuale. In questo ambito di indagine sarebbe più appropriato parlare di un cumulo improprio a causa della convergenza, nella realizzazione di un solo fatto lesivo, di una molteplicità di azioni illecite ascrivibili all'ente e al medico, con la conseguenza del ricorso all'istituto della responsabilità solidale. Sarebbe invece più corretto parlare di concorso, nei casi in cui dell'evento dannoso sia ritenuto responsabile la sola struttura o il personale (a condizione che questi sia considerato come parte del contratto). Dopo la verifica che ciò di cui il sanitario e l'ente devono dar conto non costituisce un limite alla configurazione della responsabilità solidale, è necessario definire se il singolo titolo resti assoggettato alla sua normativa o se si scelga di applicare una disciplina comune per entrambi. Questo dubbio giuridico è stato però sciolto da un'elaborazione dottrinale che ha inquadrato la responsabilità medica all'interno della responsabilità civile e come una commistione dei concetti di entrambi i titoli (contrattuale ed extracontrattuale).

La responsabilità professionale è quindi un ambito unitario in cui, al di fuori del titolo attribuito ad un fatto specifico, vengono utilizzati dei criteri comuni di valutazione, elaborati dalla giurisprudenza. In particolare sono stati individuate una moltitudine di regole che riguardano la diligenza, l'onere della prova, le presunzioni su colpa e il nesso di causalità.

IV.1.2. Disciplina del contratto di assistenza ospedaliera

La qualificazione della relazione tra l'assistito e l'ente ospedaliero, in campo contrattuale, ha fatto affiorare delle problematiche riguardo la sua natura e normativa. Ne consegue che dalla teoria dell'immedesimazione organica⁴⁹ tra dipendente e struttura ospedaliera, e fondando la responsabilità del primo su una radice comune, il contratto in questione ha finito per essere compreso in quello della prestazione d'opera intellettuale⁵⁰ con la conseguente applicazione della relativa disciplina. In più, alla luce della responsabilità riflessa che grava sull'amministrazione, il comportamento del medico realizza un requisito necessario per la configurazione della responsabilità della struttura pubblica. Partendo dalla divisione tra esercizio dell'impresa e servizio si è convenuto che il settore pubblico sanitario non possa essere considerato come un "medico collettivo", che può porre in essere dei contratti d'opera intellettuali. In altre parole il contenuto dell'obbligo, che l'amministrazione sanitaria si assume, non concerne l'adempimento della prestazione da parte di uno dei suoi dipendenti ma riguarda un insieme di azioni definito "assistenza sanitaria", riscontrabile nella

⁴⁹ Cass 5 gennaio 1979, n 31, Trib Lanciano 9 maggio 1978, in giur it, 1979, I, 1, Trib Vicenza 27 gennaio 1990 annotata da GIAMBELLOTTI GALLOTTI.

⁵⁰ Per Cass 1 marzo 1988, n 2144, cit. " Nel servizio pubblico sanitario, l'attività svolta dall'ente pubblico gestore del servizio a mezzo dei suoi dipendenti, nell'adempimento del dovere di prestazione verso il privato richiedente, è di tipo professionale medico e similare all'attività svolta, nell'esecuzione dell'obbligazione di prestazione, dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale. Ed appunto per questa similarità, perché quella svolta dall'ente pubblico a mezzo dei medici i suoi dipendenti e attività professionale medica, la responsabilità è analoga a quella del professionista medico privato". La corte traendo spunto dalla relativa parità di posizione tra il paziente la struttura esclude l'applicabilità degli art 22 e 23 D.P.R. 10 gennaio 1957 n 3, trattandosi di normativa relativa alle ipotesi di danni arrecati a terzi dagli impiegati civili dello Stato per i comportamenti attivi od omissivi da essi tenuti nell'ambito dell'esercizio di poteri pubblicistici. L'inquadramento del contratto concluso il paziente la struttura ospedaliera in termini di contratto d'opera professionale era già stata enunciata da Cass 24 marzo 1979, n 1716.

struttura del contratto della *locatio operis* e disciplinato dai principi che hanno per oggetto un'obbligazione di risultato⁵¹. L'opera del sanitario, quindi, rappresenta solo una fase di una più generale prestazione, al cui compimento è predisposto una organizzazione istituzionale con la funzione di erogare servizi sanitari. Da ciò ne consegue che la lesione non è sempre dovuta ad un comportamento errato del singolo sanitario ma di quello di un insieme di soggetti e quindi la responsabilità dell'amministrazione sanitaria emerge per tutte le azioni lesive compiute da gruppo di persone che rientrano nella sfera di incidenza della persona giuridica stessa⁵². In questo ambito, il dipendente della struttura medica è ricondotto alla figura del mero ausiliario, della cui attività è il debitore il chiamato a rispondere, ai sensi dell'articolo 1228 del codice civile⁵³.

Tutto questo comporta che se il fatto lesivo è dovuto ad un comportamento del sanitario, diventa difficile distinguere i parametri di valutazione dell'attività della struttura sanitaria, data la sua natura intermediaria e l'univocità del criterio della diligenza (necessaria a valutare l'adempimento e a definire il contenuto della prestazione).

In ogni caso si deve sottolineare che, in seguito alla riconducibilità dell'attività dell'ente sanitario all'art.2236 cod.civ., è avvenuto un ribaltamento dell'onore della prova sul danneggiante. Infatti è onere dell'assistito provare la natura dell'attività, mentre sarà compito del danneggiante dimostrare che l'evento negativo non sia

⁵¹ GALGANO, Contratto e responsabilità contrattuale, cit. 719, più di recente CAFAGGI.

⁵² PRINCIGALLI, la responsabilità civile. Profili generali in diritto privato europeo, a cura di LIPARI, Padova, 1997, 989; altresì MONATERI, la responsabilità civile, 751.

⁵³ In tal senso GALGANO, 722, la responsabilità del professionista, cit. 345. Note in tema di responsabilità civile del medico il quale ritiene poco plausibile la qualificazione del medico alla stregua di un mero ausiliario, poiché storicamente e normativamente le professioni libere sono caratterizzate dal principio dell'indipendenza.

riconducibile alla sua negligenza, imperizia o ad un difetto di diligenza.

IV.2. Responsabilità della casa di cura privata

Per quanto riguarda la responsabilità gravante sulla casa di cura privata, bisogna specificare che essa dipende dal tipo di rapporto intercorso tra il paziente ed il medico. Quest'ultimo può infatti contrarre con il primo un'obbligazione per la prestazione di cura, di attività operatorie o diagnostiche, rendendo l'ente privato un semplice ausilio organizzativo o tecnologico. Da ciò ne consegue che, in caso di eventi dannosi, la responsabilità derivante sarà di natura aquiliana, ove gli strumenti adoperati siano pericolosi. Diverso è il caso in cui vi fosse una stipulazione diretta del contratto tra ente privato e assistito, poiché si configurerebbe una responsabilità di tipo contrattuale ai sensi dell'articolo 2049 del codice civile. In questa ipotesi si è di fronte ad un potere, in capo alla struttura, di direzione e di vigilanza sull'operato del professionista, legato alla stessa da un rapporto di lavoro non occasionale, anche non subordinato. In merito a ciò, la giurisprudenza ha sostenuto la parificazione normativa tra ente privato e pubblico, la configurazione di una responsabilità di tipo contrattuale e ha considerato ininfluenza la posizione e il tipo di rapporto di lavoro del medico con la struttura⁵⁴. In particolare, con la sentenza dell' 8

⁵⁴ Cass 8 gennaio 1999, n 103, Rep, 1991, voce danni civili, n 116, per esteso in danno e responsabilità, 1999,779, con nota di DE MATTEIS; Resp civ. prev, 1999, 686, con nota di SANNA. Anche se nel caso esaminato la colpa era stata accertata in senso analogo al tribunale di Milano 20 settembre 1999,114, a cui dire "nel caso di responsabilità professionale del personale sanitario di una struttura privata di danno cagionato al paziente, nessun rilievo ha il tipo di rapporto (se di collaborazione o di dipendenza) intercorrente fra il sanitario e la casa di cura, posto che quest'ultima, nell'adempimento della propria obbligazione a mente del disposto di cui all'art 1228 c.c, risponde per il fatto doloso o colposo degli affiliati di cui si avvale". Contro la cassazione 8 maggio 2000 e uno, numero 6386.

gennaio 1999, n 103 la Cassazione ha affermato che all'interno dell'obbligazione di adempimento, connessa alla remunerazione, è compreso anche il costo del rischio che, nella propria attività, la struttura si assume. Si tratta di un vero e proprio rischio di impresa, che ovviamente comprende anche la divisione delle operazioni tra i vari sanitari, delle quali l'ente deve rispondere ai sensi dell'articolo 1228 codice civile"⁵⁵. Questa produzione giurisprudenziale così delineata ha costituito la base concettuale per l'elaborazione della responsabilità della struttura ospedaliera per disfunzioni organizzative, sviluppata nelle riforme del sistema sanitario dei primi anni 90.

IV.3. Il difetto di organizzazione

Altro tema fondamentale è quello relativo alla buona organizzazione, che riguarda le strutture pubbliche e private. Tutti gli enti ospedalieri devono avere a disposizione un numero sufficiente di personale qualificato, un coordinamento adeguato delle attività, nonché possedere l'idoneità dei locali e l'adeguatezza delle attrezzature. In tal senso, all'inizio degli anni 70⁵⁶, la Suprema Corte evidenziò, in merito alla mancata predisposizione delle precauzioni necessarie nell'organizzazione di una struttura di cura, la violazione delle cautele riguardo la proporzione tra numero di infermieri e quello di malati.

⁵⁵ In questo senso già CATTANEO, la responsabilità del professionista, 345.

⁵⁶ Cass 13 aprile 1973, n 1055; analogamente in trib. Udine 13 maggio 1991, sono state valorizzate alcune disfunzioni (quali il mancato funzionamento di uno dei monitor, il difettoso procedere del lettino, la non immediata disponibilità del personale addetto), che hanno assunto rilevanza sul piano causale in quanto inserite in un quanto già gravemente compromesso dalla condotta dei sanitari.

Nel caso particolare era infatti evidenziata una responsabilità dell'ente per la violazione delle cautele organizzative, a prescindere dalla commissione di un illecito riconducibile al personale impiegato. La giurisprudenza successiva ha continuato ad appoggiare questa tesi, sostenendo l'esistenza di forme di responsabilità autonome della struttura ospedaliera, dovute al contenuto delle obbligazioni di assistenza medica. Queste ultime comprendono, oltre ad accertamenti diagnostici e trattamenti terapeutici, anche un complesso di doveri di protezione, dovuti al principio di buona fede⁵⁷ e di diligenza, nell'approntare una serie di strumenti necessari per adempiere all'obbligazione, che devono essere proporzionali alla difficoltà della prestazione⁵⁸. La domanda che sorge è se il semplice rispetto dei requisiti strutturali, quando non sono verificate condotte lesive del proprio personale, possa dispensare l'ente dalla responsabilità. Questo inquadramento della relazione tra ente ospedaliera e assistito comporta, per quest'ultimo, un alleggerimento nell'onere della prova, mentre la struttura dovrà provare che l'evento è derivante da causa non imputabile, sulla base del criterio della diligenza (art.1176 co.2 cod.civ.). In altre parole, il mancato rispetto delle cautele organizzative può comportare la sussistenza della responsabilità sempre che possa essere verificato il nesso casuale con la lesione alla salute dell'assistito o comunque con il fallimento nel conseguimento dell'obiettivo prefissato. In questo modo, così come sostenuto dalla dottrina, un criterio di riferimento, per sostenere questo tipo di

⁵⁷ G. IUDICA, danni alla persona per inefficienza della struttura sanitaria.

⁵⁸ GORGONI, l'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità sanitaria, in Resp civ, 2000, 956, ID, in controtendenza rispetto quella corrente di pensiero che ravvisa il fondamento degli obblighi di protezione della buona fede, "lo sforzo per essere adeguato risultato deve prevenire prudentemente quegli impedimenti che in connessione lo svolgimento dell'obbligazione possono variare i risultati".

responsabilità dell'ente ospedaliero, può essere quello della disciplina dei prodotti difettosi, quando l'intervento effettuato non garantisce il risultato che invece ci si aspettava⁵⁹.

L'affermata differenza dei parametri di imputazione tra ente e dipendenti, nonostante sia illogico, non ha comportato una mitigazione nella valutazione dei criteri nei confronti del personale. Questo è confermato da due sentenze attuali, che riguardano dei casi di malasanità in operazioni di parto, in cui le carenze organizzative non hanno esentato i dipendenti dalla loro responsabilità. In particolare, nella prima sentenza, il fatto contestato al sanitario è stato proprio quello di non aver disposto le cautele necessarie per far fronte alle disfunzioni organizzative

Nella seconda invece, la corte suprema ha stabilito che, nonostante il primario non possa rispondere per tutti i fatti lesivi che si verificano nel suo reparto, poiché non si può richiedere un'attività di controllo continua su tutte le attività svolte, a lui spettano dei poteri (disciplinati nell'art. 7 co.3 D.P.R. 27 mar 1969, n. 128⁶⁰) che lo obbligano a conoscere lo stato di salute dei malati, in particolare quelli in situazioni critiche come la partoriente.

Queste due sentenze sembrano quindi introdurre un nuovo onere sul dipendente, e cioè quello di far fronte alle carenze organizzative, attraverso la predisposizione di misure cautelari.

⁵⁹ G. IUDICA, danni alla persona per inefficienza della struttura sanitaria.

⁶⁰ "il primario vigila sull'attività e sulla disciplina del personale sanitario, tecnico, sanitario ausiliario ed esecutivo assegnato alla sua divisione al servizio, alla responsabilità dei malati, definisce criteri diagnostici o terapeutici che devono essere seguiti dagli aiuti degli assistenti, pratica direttamente sui malati di interventi diagnostici curativi ritenga di non dare ai suoi collaboratori, formula la diagnosi definitiva, provvede a che le degenze non si prolunghino oltre il tempo strettamente necessario gli accertamenti diagnostici ed alle cure e dispone la dimissione degli impegni, è responsabile della regolare compilazione delle cartelle cliniche, dei registri nosologici e della loro conservazione; cura la preparazione ed il perfezionamento tecnico professionale del personale dal dipendente in comune iniziative di ricerca scientifica; esercita le funzioni didattiche a lui affidate".

Tutto questo sicuramente fa sorgere nuovi interrogativi, specialmente sul tema della medicina difensiva. Un rigore valutativo di questo genere, non farà altro che influire sul bilancio delle strutture sanitarie, e di conseguenza comporterà un aumento dei costi stessi dei servizi. Per far fronte a tutto ciò, sembra ormai inevitabile introdurre un sistema di assicurazione obbligatoria per le strutture sanitarie, che possa quindi rispondere alle domande di risarcimento sempre più elevate.

CAPITOLO V. La giurisprudenza e prospettive legislative

La responsabilità medica ha subito, nel corso degli ultimi decenni, un cambiamento pressoché totale, a causa dell'aumento delle speranze di vita, delle possibilità di cure e dello sviluppo di nuovi campi d'indagine.

Questa crescita esponenziale delle cause giudiziarie deriva perciò da una molteplicità di motivi: evoluzione tecnologica delle attrezzature mediche, ruolo dei mass media, maggiore conoscenza nel settore. Altro motivo da tenere in considerazione è il fatto che i tribunali concentrano gli sforzi in questo tema, con sempre maggiore impegno, vista l'assenza di leggi di riferimento, poiché di difficile introduzione a causa degli spinosi dibattiti concettuali e deontologici.

La materia della responsabilità medica è, di conseguenza, in gran parte determinata dalle decisioni giurisprudenziali, specialmente di legittimità, poiché oltre a determinare i singoli casi, enunciano fondamentali principi generali⁶¹. È stato però registrato un andamento discontinuo della giurisprudenza, poiché prima concedeva massimo spazio di manovra al sanitario e poi invece valutava con assoluto rigore tutti i suoi interventi, dimenticando il valore della sua attività e le conseguenze che possono derivarne. Solo nell'ultimo periodo si è cercato di stabilire un bilanciamento tra le due posizioni, in particolare grazie ad una decisione delle Sezioni Unite. Quest'ultima datata 11

⁶¹ Il nostro ordinamento è caratterizzato dall'osservanza del principio di legalità, solo che, nel momento in cui il legislatore ritenga che la legge non tuteli a sufficienza una situazione giuridica ritenuta meritevole di tutela, il legislatore stesso conferirà al giudice la possibilità di creare una forma giuridica di tutela necessaria al caso. Il giudice avrà così il compito di contestualizzare le norme giuridiche vigenti in un determinato momento storico attraverso l'individuazione di nuove aree di protezione di interessi.

gennaio 2008 e riguardante la responsabilità medica per lesione da trasfusione di sangue, ha trattato e ristrutturato l'inquadramento generale. Innanzitutto è stata affermata la riconducibilità della responsabilità professionale all'ambito contrattuale, nonché sono stati definiti, più dettagliatamente, i parametri di imputazione per colpa, l'onere della prova, il nesso di causalità e la funzione del consenso informato. Questa elaborazione ha inoltre posto una maggiore attenzione alla tutela della salute come diritto fondamentale della persona e ha trattato della natura giuridica della responsabilità medica, sia in campo penale sia in quello civile.

V.1. Dalla responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale

In ambito civile, possiamo registrare un cambiamento progressivo di prospettiva, che ha visto prima la responsabilità professionale essere ricondotta a quella extracontrattuale, per poi invece rientrare nella sfera contrattuale. Questo diverso inquadramento è stato registrato con la sentenza della suprema corte nr.589 del 1999 che ha qualificato la responsabilità medica come contrattuale, sulla base della tesi della teoria da contatto sociale. Quest'ultimo consiste in un riscontro, innanzitutto fattuale, e poi giuridico, che consente di dar vita ad un contratto tra le parti senza che questo contatto, in senso stretto, sia avvenuto. In tal modo si fa quindi riferimento ad una situazione in cui l'interprete traduce una relazione fattuale in un rapporto contrattuale di diritto.

Queste ipotesi rientrano nella fattispecie di rapporto contrattuale di fatto, cioè quelli stipulati in assenza di un contratto vero e proprio.

Caso classico è quello vigente tra l'assistito e il medico, dipendente di un ente ospedaliero, in cui il primo ha stabilito un contratto con la struttura sanitaria: il medico è obbligato a compiere le cure necessarie anche se non è parte del negozio giuridico. In altre parole, se il sanitario dovesse provocare dei danni al paziente, sarà ritenuto responsabile a titolo contrattuale, a causa del contatto intervenuto tra i due soggetti. Per questo, nel momento in cui il medico assume l'impegno di curare un soggetto, allo stesso tempo è obbligato a provvedere ad un trattamento curativo corrispondente allo stato di salute del soggetto, attraverso la diligenza e la competenza necessarie nel caso concreto.

Nell'ipotesi di una lesione, o comunque di un imprevisto, durante l'attività curativa, è onere del sanitario dimostrare che l'evento è stato conseguenza di variabili imprevedibili e non evitabili attraverso la dovuta e normale assistenza medica. Contemporaneamente, l'assistito deve provare l'esistenza del danno procurato da un comportamento erroneo del medico, nonché la causalità tra condotta ed evento, e la non presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà (ex art. 2236 c.c.). Adempiuto quest'onere da parte del paziente, sarà il professionista a dimostrare la correttezza e la diligenza della sua condotta, l'imprevedibilità dell'evento, l'aver fatto il massimo nelle proprie possibilità. L'adozione di particolari misure cautelari ha comportato una semplificazione dell'onere della prova del paziente, poiché su di lui grava solo la dimostrazione dell'inadempimento del professionista. Quest'ultimo sarà tenuto invece a dimostrare l'impossibilità nel procedere all'adempimento, nonché l'esistenza di eventuali problemi tecnici di speciale difficoltà, di cui all'art. 2236

cod. civ.. Generalmente, possiamo parlare di una ripartizione tra attività di semplice adempimento, in cui la responsabilità medica può essere anche quella per colpa “lieve”, e operazioni di difficile esecuzione, in cui il professionista risponde solo per dolo o colpa “grave”. La posizione sopra esposta è stata confermata, in più occasioni, dalla Cassazione nella sentenza nr. 4852 del 19 maggio 1999, la nr.1127 del 4 febbraio 1998 e la nr.2335 del 16 febbraio 2001. Questo orientamento quindi conferma l’inversione dell’onere della prova, facendo gravare sul professionista la prova di aver adempiuto ai propri obblighi, con le misure cautelari dovute, e aver utilizzato diligentemente i mezzi a disposizione. Se questo non è dimostrato, il medico sarà considerato responsabile, vista la presunzione di colpa affermata dalla giurisprudenza.

Gli obblighi gravanti sul professionista si sono sempre più ampliati, andando anche a riguardare quelli che non attengono precisamente alla prestazione sanitaria. Infatti l’ambito della responsabilità professionale ha compreso anche il rispetto degli obblighi di protezione, di informazione e di sorveglianza sulla salute del soggetto. Da tutto ciò emerge l’importanza della dimostrazione del nesso di causalità tra comportamento del medico ed evento lesivo, sino a diventare punto cruciale nell’accertamento della responsabilità professionale.

V.2. La responsabilità medica dopo il decreto Balduzzi

In ambito penale, le diverse sentenze hanno esaminato sia l’argomento della liceità della professione medica, sia la relazione tra

sanitario e paziente con specifico riguardo alla colpa professionale, alla causalità e alla figura di garante del medico. In questo campo, fondamentale è la "legge Balduzzi", cioè il decreto legge nr. 158 del 13 settembre 2012, titolato “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute” e successivamente convertito nella Legge 8 novembre 2012, n. 189.

Questa normativa, promossa dal Governo Monti, ha l’obiettivo di definire, nei dettagli, la responsabilità professionale del medico ed ha il merito di aver introdotto importanti novità:

- l’introduzione dell’imputazione soggettiva, nonché la differenza tra colpa lieve e grave;
- l’affermazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, se sostenute dalla comunità scientifica;
- la verifica del rispetto nella prestazione, da parte del medico, delle linee guida suggerite.

Per poter affrontare al meglio la normativa in questione, è opportuno precisare la figura della colpa nell’ambito penale, la cui definizione è alquanto nebulosa. Infatti, in particolare nell’ambito medico, tra il comportamento del professionista e il danno causato vi è un periodo di tempo piuttosto ampio, in cui vi è la possibilità che molte variabili possano intervenire ed essere causa di conseguenze non volute. La conoscenza di queste è molto difficile, ma è necessario che siano individuate al fine determinare l’eventuale responsabilità del medico. Vista la presenza di questi vuoti normativi, la funzione del giudice è proprio quella di interpretare le norme per colmare queste lacune e individuare una teoria che possa definire i criteri di imputazione soggettiva. Prima dell’emanazione del Codice Rocco, o comunque subito dopo, la dottrina adottava una definizione della colpa piuttosto

rigida: alla violazione delle misure di cautele previste corrispondeva una condizione obiettiva di punibilità, parlando quindi di colpa specifica. In altri termini, vi era una prospettiva rigida, in cui la colpa era ricondotta alla regola del "*versari in re illicita*", non più applicabile nella normativa attuale. La tesi odierna, in costante evoluzione, ha fatto emergere una nuova figura di causalità da impiegare nella responsabilità per colpa, che è in grado di unire insieme quei fili molteplici e celati, che intercorrono tra condotta e fatto lesivo, e che si pone in contrasto con la responsabilità fondata sul "*versari in re illicita*". Contemporaneamente, i campi della responsabilità per colpa si sono ampliati grandemente, fino a far assumere alla colpa una importanza cruciale nelle vicende penali.

V.2.1. Elementi introduttivi

L'articolo 3 della legge Balduzzi è fondamentale e centrale, nell'analisi del tema, poiché tratta proprio della responsabilità civile e penale del medico, e in particolare afferma che:

“L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

L'articolo si sofferma sulla necessità di rispettare le linee guida fornite dalla comunità scientifica, nonché obbliga il giudice anche a verificare

la conformità della condotta del medico a queste, ai fini dell'accertamento della responsabilità. Tale norma prescrive che, nella verifica della colpa lieve, il giudice debba valutare se il sanitario si sia attenuto alle regole e linee guida suggerite dalla comunità medica. Se questo è stato fatto, egli non risponde a livello penale di colpa lieve, comportando quindi un'attenuazione della responsabilità professionale. Quindi l'articolo afferma che la colpa lieve non perfeziona un illecito del medico, quando la sua condotta si muove all'interno dei limiti previsti dalle linee guida, fornite dalla comunità scientifica; in sintesi, la norma reintroduce nella legislazione penale attuale, anche se solo relativamente all'ambito medico, il concetto di colpa lieve. Infatti l'orientamento giurisprudenziale negava la sua applicazione nei casi di colpa professionale, neanche per le ipotesi con problemi tecnici di speciale difficoltà. Questa novità comporta il bisogno di chiarire la definizione di colpa lieve e grave che fino a questo momento non avevano trovato spazio in ambito penalistico, nonché di risolvere alcuni problemi di applicabilità e di interpretazione della legge Balduzzi.

V.2.2. Problema di applicabilità: abolitio criminis

Detto questo, si profilano alcuni importanti dubbi applicativi, che devono essere risolti. Tra questi sicuramente vi è quello relativo all'articolo 2, comma 2, del codice penale, che recita: *“nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e*

gli effetti penali”. Questa norma si occupa della successione delle leggi, e stabilisce che possa essere abolito un crimine sulla base della modifica di norme secondarie riprese da quella principale. In questo ambito si è espressa anche la Cassazione che, investita dalla questione se l’articolo 3, comma 1, della "legge Balduzzi" avesse causato la decriminalizzazione delle ipotesi colpose poste in essere dai medici, ha fornito un parere favorevole. Infatti l’articolo in questione ha comportato l’abrogazione di alcune fattispecie, in forza delle prescrizioni previste dall’articolo 2 del codice penale, escludendo la configurabilità della responsabilità penale per colpa lieve, quando la condotta del soggetto si sia mossa dentro i limiti imposti dalle linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché sostenute dalla comunità scientifica. La sentenza della Corte di Cassazione ha sostenuto che ci si trova di fronte ad un caso di *abolitio criminis*, il che comporterà un rilevante turbamento nelle vicende penali in corso ed anche sulle condanne definitive. Bisogna comunque sottolineare che questa abolizione è speciale rispetto all’istituto classico di *abolitio criminis*, poiché queste ultime sopprimono completamente la fattispecie penale, comportando la cessazione dell’esecuzione ed effetti penali, per opera del giudice dell’esecuzione. Diversamente, nel caso di specie, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha stabilito che il giudice dell’esecuzione non può rivagliare nel merito la questione, qualora nella condanna non fosse chiaro che la condotta del sanitario sia caratterizzata dalla colpa lieve e abbia rispettato le linee guida e le buone pratiche, previste dalla comunità scientifica. Come ricorda Cass. pen., sez. IV, n. 9923/2015, «*La consolidata giurisprudenza di questa Corte (v. Sezione IV, n. 16327/2013, Cantore), ha affermato che la nuova normativa dell’art. 3 d.l. n. 158/12, conv. l. n. 189/2012, ha*

dato luogo ad una abolitio criminis parziale degli artt. 589 e 590 c.p. nei confronti dei medici, avendo ristretto l'area del penalmente rilevante individuata da questi ultimi ed avendo ritagliato implicitamente due sottofattispecie, una che conserva natura penale, caratterizzata dalla colpa grave, e l'altra divenuta penalmente irrilevante, caratterizzata dalla colpa lieve».

Perché si abbia tale effetto parzialmente abrogativo, tale colpa lieve deve collocarsi all'interno dell'area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica.

V.2.3. Problema di interpretazione: tipi e forme della colpa

In passato le vicende penali nei confronti dei sanitari erano poche, ma con il passare il tempo il loro numero ha avuto un sostanziale aumento. All'inizio la responsabilità per colpa del medico veniva accertata solo per colpa grave, così come prescritto nell'articolo 2236 del codice civile. Con colpa grave si considerava quella dovuta all'inescusabilità dell'errore o alla violazione dei principi base della professione medica. Praticamente, il limite individuato era utilizzato solo per la colpa per imperizia, cioè quella dovuta alla violazione della "*leges artis*", mentre per valutare la negligenza e l'imprudenza venivano utilizzati i classici parametri di severità. Seguendo questo orientamento, le sentenze penali ammisero che, solo nei casi in cui il sanitario si trovava ad affrontare difficoltà diagnostiche e terapeutiche,

nell'ambito di uno stato di salute complesso, in situazioni di urgenza, la condotta lesiva del medico sarebbe stata ricondotta ai criteri indicati nell'art.2236 cod.civ.. Diversamente, nei casi in cui non vi era l'urgenza di agire o quando non si presentavano speciali problemi tecnici, nonché quando vi era negligenza o imprudenza, i parametri di valutazione utilizzati sarebbero stati quelli ordinari, con la conseguenza che il sanitario avrebbe dovuto rispettare la regola dell'utilizzo della diligenza e prudenza massima. Questa tendenza giurisprudenziale fu però criticata dalla stessa Cassazione, che in più di una occasione non permise l'applicabilità dei speciali canoni valutativi dell'art. 2236 cod.civ., confermando invece la validità del parametro classico dell'articolo 43 cod. pen.. Questo infatti tratta del criterio ordinario "*dell'homo eiusdem professionis et condicionis*", incrementato dalle possibili approfondite competenze del soggetto in questione. Questo orientamento confermava quindi la riconducibilità della condotta del medico ai parametri ordinari adottati in ambito penale, e non quelli speciali dell'articolo 2236 c.c.. A conclusione di questo percorso giurisprudenziale, era stata confermata da molte sentenze la tendenza più rigorosa, e cioè che in ambito di responsabilità medica per colpa non viene adottato il principio civilistico della colpa grave. In altre parole, l'orientamento maggioritario dichiarava che tale principio è utilizzato solo nell'ambito civile del risarcimento del danno quando l'attività del medico include la risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà e non trova spazio invece in ambito penale, data l'eshaustività e la specialità della normativa. Questo excursus storico giuridico è stato necessario per sottolineare la differenza tra colpa lieve e grave, che aveva trovato spazio anche nella disciplina penale. Questa

constatazione è importante in particolare per poter analizzare delle problematiche che emergono dall'applicazione della legge Balduzzi e, all'interno di questa, dell'articolo 3, comma 1.

I giudici di legittimità fin dalle prime pronunce sull' articolo 3 della l. n. 189/2012 si sono soffermati sulla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, ritenendo di trovarsi di fronte ad una 'zona grigia', vista anche l'assenza di indicazioni da parte del legislatore. Il consolidato orientamento della Suprema Corte penale ritiene che *«L'art. 3 del d. l. n. 158/2012, convertito in l. n. 189/2012, secondo cui l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve, non riguarda le ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza giacché le suddette linee guida contengono solo regole di perizia»* (Cass. pen., sez. IV, 23.4.2015, n.16944). Tale orientamento è stato confermato anche da successive sentenze, come quella Pagano (Sez. IV, 11.3.2013, n. 11493), e Cantore (9.4.2013, n. 16237), per poi consolidarsi (Sez. IV, 22.11.2013, n. 46753; 6.3.2014, n. 10929; 5.5.2014, n. 18430; 21.7.2014, n. 32109; 28.8.2014, n. 36347).

Nonostante questo, dalla lettura dell'art. 3 non risulta alcuna limitazione (di esonero di responsabilità penale) all'imperizia, non operando alcuna distinzione in merito alle forme della colpa, posto che la valutazione in ordine alla sua "gravità" viene subordinata esclusivamente all'osservanza delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. L'introduzione di questo filtro selettivo non trova alcun appiglio normativo nel dato testuale e, per un verso sembra risentire dell'annoso dibattito sorto in relazione all'art.

2236 c.c., per altro si fonda sull'avvertita esigenza di non configurare un'area di ingiustificato privilegio in favore del sanitario (che aveva portato anche a sollevare questione di legittimità costituzionale). Inoltre, com'è stato acutamente osservato, la Cassazione ha ritagliato dall'area dell'imperizia una sua parte, che viene incollata erroneamente nelle aree della negligenza e dell'imprudenza: *«quindi un'interpretazione doppiamente restrittiva: prima della legge, sul termine colpa e poi del principio, sul termine imperitia. Il principio suona quindi: culpa levis sine (stricta) imperitia non excusat»*.

Accanto questa tendenza della giurisprudenza che circoscrive la legge Balduzzi alle sole ipotesi di colpa per imperizia, si registra qualche apertura: Cass. pen., sez. IV, n. 47289/2014, ha ritenuto che la nuova disciplina, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, *«può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza, cioè allorquando siano richieste prestazioni che riguardino la sfera dell'accuratezza dei compiti, magari non particolarmente qualificanti, che quelle dell'adeguatezza professionale»*. La sentenza riconosce che la nuova normativa non può essere ritenuta applicabile esclusivamente in riferimento ai casi di speciale difficoltà, proprio in virtù dell'assenza di un appiglio testuale su cui fondare tale conclusione. La Cassazione ha ritenuto che nel caso in questione venisse in considerazione senza dubbio una ipotesi di colpa per imperizia ma, al contempo, in virtù delle difficoltà di frequente connesse alla distinzione tra le varie forme di colpa, precisando che le linee guida possono anche individuare regole di condotta rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della

diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino compiti particolarmente qualificanti. La precisazione, per la quale non si riscontrano precedenti, non può ritenersi casuale ed allude alla possibile sussistenza di fattispecie non univoche, in cui viene in rilievo un'attività di spettanza del sanitario che potrebbe qualificarsi come "qualificata", ma al contempo afferisce più all'accuratezza ed alla normale diligenza che alla perizia.

L'orientamento di legittimità dopo la pronuncia n. 47289/14 è tornato a ritenere configurabile l'art. 3 solo ai casi di imprudenza (e non di imprudenza e negligenza). Tuttavia la Suprema Corte ha ritenuto di dover tracciare i confini tra l'imperizia e le altre forme di colpa, proprio per cercare di superare tutte quelle decisioni che in presenza di omessi approfondimenti diagnostici avevano configurato negligenza o imprudenza (con negazione dell'applicazione della Balduzzi) piuttosto (come sarebbe stato più corretto) che di imperizia. A tale proposito per Cass. pen. n. 16944/15, l'imprudenza consiste nella realizzazione di un'attività positiva che non si accompagni nelle speciali circostanze del caso a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce di impiegare a tutela dell'incolumità e degli interessi propri ed altrui; mentre rientra nella nozione di imperizia il comportamento attivo od omissivo che si ponga in contrasto con le regole tecniche dell'attività che si è chiamati a svolgere. Da queste premesse, per la Corte correttamente era stata qualificata come "imprudente" la condotta del sanitario imputato che, durante l'inserimento della guida metallica di un catetere, aveva fatto un uso eccessivo – quindi imprudente – della forza a fronte di una situazione di pervietà che avrebbe dovuto indurre a modalità più prudenziali; mentre si sarebbe

dovuto discutere di imperizia solo se al sanitario fosse stata contestata la violazione delle regole tecniche disciplinanti l'inserimento del catetere. Tuttavia, anche questo caso dimostra come i confini tra la perizia e le altre forme di colpa sono labili e difficili da cucire ai casi pratici ed in questa direzione si auspica che la giurisprudenza, seguendo il percorso iniziato con la sentenza n. 47289/2014, muti l'orientamento interpretativo finora dominante, ritenendo la distinzione tra negligenza, imprudenza e imperizia non dirimente rispetto alla già ristretta sfera di applicazione della legge Balduzzi.

V.2.4. Problema di interpretazione: riferimento alle linee guida e buone pratiche

Un altro problema interpretativo che investe l'articolo 3 della Legge Balduzzi è quello che riguarda il riferimento esplicito alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. In particolare, quando parliamo di linee guida, facciamo riferimento alla definizione fornita dell'Institute of Medicine statunitense, che le considera delle "raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni di esperti, con lo scopo di aiutare i medici e i pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche".

Queste svolgono un ruolo fondamentale, poiché la "gravità" della colpa del medico viene molto spesso subordinata esclusivamente all'osservanza delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

In merito, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che nell'applicazione dell'art. 3, con riferimento alle linee guida, è necessario valutare le caratteristiche del soggetto o della comunità che le ha prodotte, la sua veste istituzionale, il grado di indipendenza da interessi economici condizionanti. Rilevano altresì il metodo dal quale la guida è scaturita, nonché l'ampiezza e la qualità del consenso che si è formato attorno alla direttiva. Ciò in quanto le linee guida presentano varietà delle fonti, diverso grado di affidabilità, diverse finalità specifiche, metodologie variegata, vario grado di tempestivo adeguamento al divenire del sapere scientifico. Alcuni documenti provengono da società scientifiche, altri da gruppi di esperti, altri ancora da organismi ed istituzioni pubblici, da organizzazioni sanitarie di vario genere. La diversità dei soggetti e delle metodiche influenza anche l'impostazione delle direttive: alcune hanno un approccio più speculativo, altre sono maggiormente orientate a ricercare un punto di equilibrio tra efficienza e sostenibilità; altre ancora sono espressione di diverse scuole di pensiero che si confrontano e propongono strategie diagnostiche e terapeutiche differenti. Tali diversità rendono subito chiaro che, come si è accennato, per il terapeuta come per il giudice, le linee guida non costituiscono uno strumento di preconstituita, ontologica affidabilità (sentenza Cass. pen., sez. IV, n. 16237/2013). Il rispetto delle best practices non basta però ad escludere la penale responsabilità del medico. Passando all'osservanza delle linee guida e delle prassi terapeutiche, Cass. pen., sez. IV, n. 9923/15 afferma: *«L'articolo 3 della legge n. 189 del 2012, per come costruita e come interpretata già da questa Corte, appare porre un limite alla possibilità per il giudice di sancire la responsabilità del medico che abbia rispettato le linee guida e le best practices: nel*

senso che potrebbe pur sempre essere riconosciuta la responsabilità penale del medico per omicidio e lesioni personali che si sia attenuto ad esse, ma ciò solo allorché invece avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato e questo non abbia fatto per “colpa grave”, quando cioè la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato. È noto che per aversi colpa grave occorre che il medico si sia altamente discostato dallo standard di agire dell'“agente modello”, avendo attenzione alle peculiarità oggettive e soggettive del caso concreto. Così, sotto il primo profilo, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si sia trovato ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati rendono infatti difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard. Così, sotto il profilo “soggettivo”, per determinare la misura del rimprovero, bisognerà considerare le specifiche condizioni dell'agente, cosicché, sulla base del principio secondo cui tanto più è adeguato il soggetto all'osservanza della regola tanto maggiore deve ritenersi il grado della colpa, l'inosservanza della norma terapeutica avrà un maggiore disvalore per un insigne specialista che per un comune medico generico. In definitiva, potendosi configurare la “colpa grave” nel caso dell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto

operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria».

Sul piano processuale, infine, recentemente la Suprema Corte ha ricordato che per avvalorare l'assunto concernente l'avvenuto rispetto delle regole di diligenza e dei protocolli ufficiali è necessaria l'allegazione delle linee guida alle quali la condotta del medico si sarebbe conformata. L'allegazione si rende necessaria ai fini della verifica della correttezza e scientificità delle stesse: solo nel caso di linee guida conformi alle regole della migliore scienza medica è possibile, infatti, utilizzare le medesime come parametro dell'accertamento dei profili di colpa ravvisabili nella condotta del medico e attraverso le indicazioni delle stesse fornite sarà possibile al giudicante valutare la conformità ad esse della condotta del medico al fine di escludere profili di colpa (Cass. pen., sez. IV, n. 40708/2015).

V.2.5. Problema di interpretazione: riferimento alla responsabilità aquiliana

Altro problema interpretativo riguardo l'articolo 3 della stessa legge è quello riferito alle seguenti disposizioni:

- “in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile”;
- “il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

Entrambe le disposizioni hanno avuto l'effetto di riaccendere le discussioni in ordine al titolo della responsabilità dei sanitari, con rilevanti conseguenze in ordine all'onere della prova (a carico dell'attore in caso di illecito aquiliano; a carico anche del medico ove si opti per la natura contrattuale alla responsabilità del medico, con conseguente applicazione dell'art. 1218 c.c.) e del termine di prescrizione della relativa azione (cinque anni se extracontrattuale, dieci anni se da inadempimento).

Per affrontare questo discorso, è innanzitutto necessario distinguere la responsabilità gravante sulla struttura sanitaria da quella di cui è chiamato a rispondere il singolo medico che, in concreto, ha posto in essere la condotta colposa pregiudizievole per il paziente.

Con riguardo alla prima ipotesi di responsabilità, dottrina e giurisprudenza sono sempre state concordi nell'inquadrare la medesima nell'ambito della responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto. Da ultimo, in merito, Cass. civ., sez. III, n. 21090/2015, ha affermato che l'ospedale è tenuto ad adempiere la propria prestazione, con la massima diligenza e prudenza. Le strutture ospedaliere, oltre che ad osservare le normative in tema di dotazione e organizzazione d'emergenza, deve tenere poi in concreto, per il tramite dei suoi operatori, condotte adeguate alle condizioni disperate del paziente e in rapporto alle precarie disponibilità di mezzi e risorse, adottando di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare l'impossibilità di salvataggio del soggetto leso. Se non viene

adempita quest'ultima condizione, la struttura è responsabile contrattualmente del decesso del paziente nonostante costui sia arrivato in condizioni disperate e siano state rispettate le istruzioni previste dalla normativa vigente.

Discorso diverso deve essere effettuato per la responsabilità del medico. La giurisprudenza si è ampiamente occupata di comprendere a che titolo risponde il singolo sanitario, che, all'interno di un ente ospedaliero, si occupa di un paziente e gli arreca colposamente un pregiudizio. Prima dell'introduzione dell'art. 3 l. 189/2012, l'indirizzo giurisprudenziale pressoché unanime propendeva per la natura contrattuale, da contatto sociale, della responsabilità del singolo medico, a sua volta solidale con la responsabilità della struttura sanitaria di appartenenza. Dopo l'introduzione della Legge Balduzzi, gran parte dei giudici di merito hanno affermato che la riforma fa salva tutta la precedente elaborazione giurisprudenziale sulla natura contrattuale, ovvero da inadempimento, che occorre riconoscere alla responsabilità del medico, con conseguente piena applicazione dell'art. 1218 c.c.. Per il Tribunale di Rovereto, 29.12.2013, infatti, «il legislatore non è intervenuto sulle fonti delle obbligazioni e, in particolare, sull'art. 1173 c.c. il quale individua non solo il contratto e l'atto illecito ma anche ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico; anche le obbligazioni di fonte legale (e non solo quelle di fonte contrattuale) sono disciplinate dall'art. 1218 c.c. e, per effetto della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (legge n. 833 del 1978) è configurabile un rapporto obbligatorio di origine legale ogni qual volta un paziente si rivolga ad una qualche struttura sanitaria appartenente al servizio per ricevere le

cure de caso, indipendentemente dalla conclusione di un contratto in senso tecnico». I giudici di merito, nell'accostare la responsabilità del medico a quella per inadempimento, valorizzano il dato letterale della norma, oltre ad esigenze di coerenza sistematica interna all'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi. Nella seconda proposizione del citato articolo, infatti, il richiamo all'art. 2043 c.c. è preceduto dall'espressione "in tali casi", ed è pertanto limitato espressamente ai casi in cui il medico non risponde penalmente di colpa lieve per essersi attenuto a linee guida accreditate, così come afferma la prima proposizione dello stesso. Dunque, la portata necessariamente circoscritta della disposizione in esame, preclude a priori l'effetto di ricondurre in generale la materia della responsabilità medica nell'alveo dell'illecito aquiliano. D'altra parte, si invoca la ratio dell'art. 3, comma 1: il legislatore sarebbe stato infatti mosso dall'intento di escludere espressamente la responsabilità penale e di precisare che, tuttavia, resta fermo l'illecito civile, per cui il richiamo all'art. 2043 c.c. si giustifica non per la volontà di qualificare come extracontrattuale una responsabilità civile da tempo qualificata dalla giurisprudenza come contrattuale ma, più semplicemente, perché l'omologo civilistico della responsabilità penale, cui fa riferimento l'art. 185 c.p., è senza dubbio la responsabilità extracontrattuale, non quella contrattuale che riposa su distinti presupposti. Il riferimento all'art. 2043 c.c. non sarebbe quindi imputabile a una mera 'svista del legislatore', ma tutt'al più a un fenomeno di 'associazione concettuale' tra illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. e danno da reato ex art. 185 c.p..

Anche per Trib. Milano, Sezione V, n. 13574/2013: «La responsabilità del medico ospedaliero – anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 3

l. n. 189/12 – è da qualificarsi come contrattuale. D'altra parte, la presunzione di consapevolezza che si vuole assista l'azione del legislatore impone di ritenere che esso, ove avesse effettivamente inteso ricondurre una volta per tutte la responsabilità del medico ospedaliero (e figure affini) sotto il solo regime della responsabilità extracontrattuale escludendo così l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1218 c.c. e così cancellando lustri di elaborazione giurisprudenziale, avrebbe certamente impiegato proposizione univoca anziché il breve inciso in commento» (negli stessi termini, anche la sentenza del tribunale milanese del 18.11.2014).

Questa ricostruzione della responsabilità civile del medico, che segue l'oramai consolidata teoria del 'contatto sociale', resterebbe dunque immutata in seguito all'entrata in vigore del decreto Balduzzi. Da tale inquadramento della natura della responsabilità civile discendono d'altra parte rilevanti conseguenze favorevoli al paziente-attore, tra le quali la prescrizione decennale e la particolare conformazione dell'onere della prova da inadempimento.

Non tutta la giurisprudenza però ha dato la stessa lettura alle disposizioni contenute nell'articolo 3. All'interno del Tribunale di Milano si è registrata una diversa lettura, ritenendo invece che con la Legge Balduzzi la responsabilità del medico ospedaliero torna ad essere extracontrattuale, con conseguente insorgere di un contrasto interpretativo. In particolare, nelle sentenze del 17 luglio e 2 dicembre 2014, il Trib. Milano, Sezione I, afferma che: «Il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli

altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare). In ogni caso l'alleggerimento della responsabilità (anche) civile del medico "ospedaliero", che deriva dall'applicazione del criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria indicato dalla legge Balduzzi (art. 2043 c.c.), non ha alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata (sia essa parte del S.S.N. o una impresa privata non convenzionata), che è comunque di tipo "contrattuale" ex art. 1218 c.c.».

Diversi tribunali di merito hanno aderito all'interpretazione sovra esposta: segnatamente, il Tribunale di Torino (26.2.2013, secondo cui il legislatore avrebbe dettato una norma che smentisce l'intera elaborazione giurisprudenziale precedente e l'art. 2043 c.c. sarebbe ora la norma a cui ricondurre sia la responsabilità del medico pubblico dipendente, sia finanche quella della struttura pubblica nella quale opera, non essendo ipotizzabile secondo quel giudice un diverso regime di responsabilità del medico e della struttura) ed il Tribunale di Varese (26.11.2012).

Nonostante le diverse interpretazioni che i giudici di merito hanno fornito, per la Cassazione la responsabilità del medico è da ritenere comunque di tipo contrattuale. All'indomani dell'introduzione della

legge Balduzzi, fin dalle prime pronunce la Suprema Corte civile ha affermato che: *«L'articolo 3 comma 1 D.L. 158/12, conv. L. 189/12, ha depenalizzato la responsabilità medica in caso di colpa lieve, dove l'esercente l'attività sanitaria si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. L'esimente penale non elide, però l'illecito civile e resta fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c. che è clausola generale del neminem laedere, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. La materia della responsabilità civile segue, tuttavia, le sue regole consolidate e non solo per la responsabilità aquiliana del medico ma anche per quella contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale»* (Cass. civ., Sezione III, n. 4040/2013). Successivamente, la Suprema Corte ha avuto modo di esprimere in modo ancor più chiaro la sua posizione: *«L'art. 3, comma 1, l. 189/2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., poiché in lege aquilia et levissima culpa venit, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni»* (Cass. civ., sezione VI, ordinanza n. 8940/2014).

La condotta rispettosa delle linee guida (non esclude ma) ‘attenua’ della responsabilità civile del medico. Il terzo periodo del comma 1 dell’art. 3 L. 189/12 statuisce che: «Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»; la condotta di cui al primo periodo consiste esattamente nella condotta del sanitario rispettosa delle linee guida e delle buone pratiche accreditate presso la comunità scientifica. Ne consegue che se l’esercente la professione sanitaria si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, egli risponde civilmente sia per colpa lieve che per colpa grave, tuttavia, nella determinazione del danno risarcire al paziente, il giudice civile deve tenere conto del fatto che il sanitario si era attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate dalla scienza medica.

Dunque, il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche funziona come causa di esclusione della responsabilità penale per colpa lieve e nel contempo come ‘attenuante’ della responsabilità civile, dando vita ad una situazione abbastanza anomala. Tradizionalmente, infatti, la colpa rileva sul piano civilistico ai fini dell’an debeatur e non del quantum, ossia rileva come elemento costitutivo della responsabilità e del diritto al risarcimento dei danni, non come criterio per determinare la somma risarcibile.

V.2.6. Problema di legittimità costituzionale

Da quando la Legge Balduzzi è entrata in vigore, la Suprema Corte di Cassazione ha già avuto modo di esprimersi in merito alla

legittimità delle disposizioni. In particolare la IV Sezione penale, con la sentenza nr.16237 del 29 gennaio 2013 ha affermato che: *“L’art. 3 della L. 189/2012 abbia determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie (nella fattispecie l’art.589 c. p. e l’art. 590 c.p.), poiché ha escluso la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve, che si collochino all’interno dell’area segnata da linee guida o da pratiche mediche virtuose purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica”*. Con questa decisione la Cassazione ha rinviato alla Corte d’Appello un atto che riguarda l’applicazione e gli effetti sulle vicende penali in corso relative alla responsabilità del medico. Nell’ipotesi specifica, la vicenda penale riguarda la sentenza di condanna del Tribunale nei confronti di un chirurgo con l’accusa di omicidio colposo, confermata successivamente anche in appello. L’imputato decideva quindi di far ricorso in Cassazione, evidenziando diversi problemi di legittimità in seguito all’emanazione dell’art. 3 del decreto Balduzzi, che aveva comportato una *abolitio criminis*, se pur parziale, per quelle condotte caratterizzate da colpa lieve e che rientravano nei limiti imposti dalle linee guida e dalle buone pratiche terapeutiche. La Corte di Cassazione dichiara il ricorso fondato proprio in base a tale motivo e rinviava la causa al Giudice di merito per riesaminare il caso determinato. Questa sentenza costituisce un’importante cambiamento per tutta la categoria dei sanitari che ormai di frequente si ritrovano coinvolti in vicende penali, spesso infondate.

Questa novità comporta comunque dei problemi interpretativi e applicativi, poiché emergono numerosi dubbi di conformità alle disposizioni costituzionali. Lo stesso tribunale di Milano si è espresso

in modo diverso rispetto la Cassazione, sollevando un problema di legittimità costituzionale sempre in merito all'art.3 della Legge Balduzzi, in una vicenda penale relativa al reato di lesioni colpose nei confronti di quattro sanitari. Con l'ordinanza del 21 marzo 2013, il Tribunale ha sollevato dei dubbi di costituzionalità e rimesso alla Corte Costituzionale la questione, con riferimento al primo comma dell'art. 3 affermando che questo riserva un'area di esonero dalla responsabilità penale solo per i medici. Secondo lo stesso Tribunale questa consisterebbe in una causa di esclusione della punibilità per tutti i sanitari che commettano dei reati agendo con colpa lieve e nel rispetto delle linee guida, ponendosi in tal modo in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33 e 111. In particolare, le motivazioni di dubbio costituzionale riguardano diverse norme, tra cui:

1) *Gli articoli 3 e 25 della Costituzione, che attengono al principio di legalità e di tassatività nonché l'espressione "non risponde penalmente"*. Innanzitutto vengono sollevati dei dubbi in merito all'esclusione della punibilità del medico, che non risponderebbe quindi penalmente. Questo comporterebbe quindi un'incompatibilità tra responsabilità penale e quella civile: la prima non sarebbe riconosciuta, al contrario della seconda.

Ciò significherebbe che se il medico rispettasse le procedure suggerite non agirebbe mai con colpa lieve ma questo è incoerente, a livello civilistico, dal riferimento all'art. 2043 del cod.civ.. Altri ritengono, invece, che si configura la colpa ma che non può essere sanzionata data l'espressione equivoca che *"evidenzia un dato normativo impreciso, indeterminato e quindi in attrito con il principio di*

ragionevolezza e di tassatività, sub specie del principio di legalità ex artt. 3 e 25 comma 2 della Costituzione". Lo stesso Tribunale è ancora in disaccordo riguardo il concetto stesso di colpa lieve, che è fornita dalla Legge Balduzzi. Nella legislazione penale questa è valutata come un grado della colpa che deve essere analizzato per qualificare la pena, mentre nella Legge Balduzzi essa ha la funzione di esclusione della punibilità. Far dipendere dalla definizione di colpa lieve tutte le condotte illecite colpose commesse dai medici impone il bisogno di definire dei criteri rigidi per circoscrivere l'area della punibilità: ecco perché non sarebbe rispettato il principio di tassatività specificato nell'articolo 25, 2° comma, della Costituzione. In sintesi il Tribunale di Milano non condivide: l'espressione "*non risponde penalmente per colpa lieve*", perché considerata troppo generica e di conseguenza dà spazio a interpretazioni contrastanti; l'assenza di una specificazione del concetto di colpa lieve, che sarebbe dovuto avvenire mediante "*tassativi, determinati, precisi parametri normativi, primari o subprimari, idonei a delimitare il discrimen della punibilità*"; la genericità e l'indeterminatezza, a livello normativo, delle linee guida, che quindi non permettono sia ai giudici sia ai medici di circoscrivere l'area della punibilità, poiché "*non vengono specificate le fonti delle linee guida, quali siano le autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici, di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica, e infine quale sia la pubblicità delle stesse per diffonderle e per renderle conoscibili agli stessi sanitari; così come per le prassi non viene specificato il metodo di raccolta, come possa individuarsi la "comunità scientifica" e se l'accreditamento debba provenire dalla*

“comunità scientifica” locale, regionale, nazionale, europea o internazionale”.

2) **La violazione degli artt. 3 e 33 della Costituzione.**

Il Tribunale di Milano sostiene inoltre che *“le ragioni della non punibilità dell'operato sanitario, che si sia attenuto a linee guida e alle buone pratiche, sono da ricercare nella preoccupazione da parte del Legislatore per la c.d. medicina difensiva, cioè per l'atteggiamento della classe medica che adotta scelte terapeutiche e/o diagnostiche, motivate dalla paura per le conseguenze penali. Se la ratio legis consiste nel superamento della medicina difensiva, il legislatore ha tradito questa stessa funzione, perché, in effetti, con un intervento così formulato, produce un risultato che rischia di burocratizzare le scelte del medico e quindi di avvilire il processo scientifico”*⁶².

Ciò è dovuto al fatto che *“l'area di non punibilità è ingiustificatamente premiale per coloro che manifestano acritica e rassicurante adesione alle linee guida o alle buone prassi ed è altrettanto ingiustificatamente avvilente e penalizzante per chi se ne discosta con una pari dignità scientifica”*. Le norme, così per come sono configurate, pretendono quindi per una elaborazione delle linee guida, che sono pensate come confine massimo dell'area entro cui il medico può svolgere per la sua attività ,

⁶² Infatti il Tribunale continua dicendo: *“la norma de qua deresponsabilizza penalmente soltanto chi si attiene alle linee guida e alle buone prassi con l'effetto di inibire e atrofizzare la libertà del pensiero scientifico, la libertà di ricerca e di sperimentazione medica, la libertà terapeutica che costituisce una scelta del medico e del paziente, perché confina ogni scelta diagnostica e/o terapeutica all'interno di ciò che è stato già consacrato e cristallizzato dalle linee guida o dalle buone prassi”*.

essendo “*graziato dalla colpa lieve*”. Allo stesso tempo, questa tensione verso la produzione delle stesse, funge da freno per l’innovazione del pensiero scientifico e la sperimentazione clinica. Secondo quanto sostenuto dal Tribunale, l’articolo “*appare violare gli artt. 3 e 33 della Costituzione laddove garantiscono in modo equo e ragionevole le pari condizioni della libertà dell'arte, della scienza e del relativo insegnamento*”.

3) *L'articolo 3 della costituzione: violazione del principio di ragionevolezza e di uguaglianza.*

Nell’articolo in questione si fa riferimento a qualsiasi “*esercente la professione sanitaria*”, quindi non riguarda solo i medici ma tutti gli operatori sanitari (farmacisti, biologi, veterinari; psicologi etc.). Il Tribunale di Milano afferma che “*(.....) la norma riguarda anche soggetti che non esercitano scelte terapeutiche e/o diagnostiche (estranei alla medicina legale) e soggetti che non hanno alcuna competenza diretta con la salute umana*”. Con questa dichiarazione il Tribunale sottolinea “*che il legislatore ha tradito, con l'ambito soggettivo di applicabilità della norma, la stessa ratio di tutela della medicina difensiva, cioè di scelte terapeutiche e/o diagnostiche improntate al prudente allontanamento di un rischio penale e civile per reati contro la persona*”. Per il Tribunale vi è una estensione, non motivata e smisurata, rispetto alla ratio “*delimitando in modo quasi illimitato la non punibilità di una serie tanto vasta di ipotesi da non trovare una ragionevole spiegazione dell'esenzione di pena (comunque qualificata) nell'osservanza delle linee guida o delle buone prassi.*

In definitiva anche sotto questo profilo si appalesa la violazione dell'art.3 della Costituzione.

4) La tutela della persona offesa: violazione degli articoli 3, 24, 32 e 111 della Costituzione.

Per il Tribunale di Milano, l'articolo comporta una conseguenza negativa per la persona offesa. Infatti, al di fuori del tipo di illecito commesso nonché della lesione provocata dalla condotta del sanitario che abbia agito con colpa lieve, la persona offesa non ha alcun diritto di difesa a livello penale ma solo in sede civile in base all'art. 2043 c.c..

5) Il principio di tassatività: considerazioni su Linee guida e buone pratiche.

L'enunciazione sia delle linee guida sia delle buone pratiche è caratterizzata da una rigidità tale da non permettere al giudice di individuare i limiti dell'esimente. La definizione di linee guida, secondo il Tribunale, è quella di *“mere raccomandazioni per le quali la legge non offre alcun criterio di individuazione e determinazione”*. Inoltre non sono neanche identificate *“le fonti delle linee guida, quali siano le autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici, di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica, e infine quale sia la pubblicità delle stesse per diffonderle e per renderle conoscibili agli stessi sanitari (...)”*.

6) La funzione rieducativa della pena: violazione dell'art. 27 della Costituzione.

“ (...) avere sostanzialmente depenalizzato la colpa lieve per gli operatori sanitari comporta l'impossibilità di punire chi ha cagionato un reato con colpa, rendendo concreto il rischio che la norma cautelare voleva evitare; e di conseguenza non si consente la rieducazione dell'autore dello stesso”.

V.2.7. Ordinanza della Corte Costituzionale

Davanti ad una così articolata questione, la Corte Costituzionale ha stabilito di dirimere la controversia attraverso un'ordinanza, la n° 295 del 06 Dicembre del 2013, in cui ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Punto cruciale della decisione è stato un difetto di forma “macroscopico” dell'ordinanza del Tribunale di Milano, emessa il 21 Marzo 2013, ed in particolare: *“il giudice a quo ha omissso di descrivere la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio e, conseguentemente, di fornire un adeguata motivazione in ordine alla rilevanza della questione”.*

Il Tribunale di Milano ha infatti esposto solo *“di essere investito del processo penale nei confronti di alcuni operatori sanitari, imputati del reato di lesioni personali colpose gravi, cagionate ad un paziente ‘con colpa generica e per violazione dell'arte medica’”*; non specificando

“la natura dell’evento lesivo, le modalità con le quali esso sarebbe stato causato e il grado della colpa ascrivibile agli imputati; ma soprattutto non precisa se, nell’occasione, i medici si siano attenuti – o, quantomeno, se sia sorta questione in ordine al fatto che essi si siano attenuti – a ‘linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica’ proprie del contesto di riferimento, così che possa venire effettivamente in discussione l’applicabilità della norma censurata”.

La spiegazione, fornita nella prima ordinanza, della condotta concreta degli operatori sanitari, è stata infatti fornita in modi *“meramente astratti ed apodittici”*. Tutto ciò ha comportato, come diretta conseguenza, che la Corte Costituzionale abbia considerato la questione, di cui è stata investita, manifestamente inammissibile. Di conseguenza ciò ha implicato la non possibilità, nonché l’inutilità, di esaminare e analizzare le motivazioni addotte dal Tribunale di Milano. Dalla sentenza della Corte Costituzionale si evidenzia solo una ragione di natura giuridica a sostenere la decisione del rigetto. Nella decisione emerge la constatazione che non si possa ignorare il fatto che sia dottrina e sia la giurisprudenza sostengano che *“la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all’addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia: non, dunque, quando all’esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente”*.

Naturalmente, dalla pronuncia della corte ci si aspettava una risposta esaustiva alla questione di costituzionalità sollevata dal tribunale di Milano, ed invece l’esito della vicenda ha deluso le attese. La

decisione infatti si basa solo su una ragione di natura strettamente giuridica, non chiarendo, in alcun modo, quei dubbi che caratterizzano l'ambito della medical malpractice.

I dati più recenti in materia sono impressionanti: oltre 21mila denunce di sinistri nel 2014, a fronte di 9 milioni di ricoveri e circa un miliardo di prestazioni specialistiche ed un miliardo di costi assicurativi.

L'entità del fenomeno sul sistema sanitario nazionale, e sulle sue casse, non è più problema eludibile dal Parlamento nazionale. La speranza di delegare anche questa materia nelle mani della giurisprudenza (sia essa di merito, di legittimità o costituzionale) rischia di protrarre ancora per lungo tempo le criticità di un contesto normativo vago e non coordinato, nel quale l'attività ermeneutica delle corti funge sì da cardine prezioso ed insostituibile, ma al contempo non può garantire agli operatori la necessaria serenità nell'esercitare la propria ars medica scevra da tentazioni difensiviste e garantiste.

V.3. Il Disegno di Legge Gelli: novità e proposte legislative

Il 27 Gennaio del 2016 la Camera ha approvato gli emendamenti e gli articoli del ddl Gelli in materia di responsabilità professionale ed il giorno dopo è arrivato il via libera al testo finale del provvedimento con 307 voti favorevoli e 84 contrari. Il provvedimento è passato ora all'esame del Senato per l'approvazione definitiva.

Il testo in esame, come detto dallo stesso relatore Federico Gelli, ha un'importanza fondamentale per tutta la politica del Governo, vista la delicatezza della materia e la necessità, ormai decennale, di modificare una normativa così complessa. Il provvedimento, in esame, segue l'orientamento ormai sostenuto negli altri paesi europei, aumentando le garanzie e le tutele per gli esercenti la professione sanitaria e assicurando, allo stesso tempo, ai pazienti un risarcimento dei danni in tempi brevi e certi. Obiettivo del testo, secondo le parole del relatore, è quello di riequilibrare il rapporto tra medico e paziente, nonché di rispondere al problema sempre maggiore del contenzioso medico legale, che ha comportato un aumento sostanziale del costo delle assicurazioni per professionisti e strutture sanitarie, e del fenomeno della medicina difensiva che ha prodotto un uso inappropriato delle risorse destinate alla sanità pubblica.

Le novità principali del testo, così come licenziato dalla Camera, a seguito delle modifiche apportate all'impianto originario dalle commissioni, sono:

- l'articolo 1 definisce la sicurezza delle cure come una parte costitutiva del diritto alla salute;
- l'articolo 2 definisce come le Regioni possano affidare all'ufficio del Difensore civico la funzione di garante per il diritto alla salute. Il difensore civico può essere adito dai pazienti in maniera gratuita per segnalazioni, anche anonime, di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria;
- l'articolo 3 prevede l'istituzione, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, dell'Osservatorio nazionale sulla sicurezza

nella sanità presso l'Agenas. L'Osservatorio acquisisce dai Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente i dati regionali relativi agli errori sanitari nonché alle cause, all'entità, alla frequenza e all'onere finanziario del contenzioso e individua idonee misure anche mediante la predisposizione di linee di indirizzo per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie. Viene inoltre previsto che il Ministro della Salute trasmetta annualmente alle Camere una relazione sull'attività svolta dall'Osservatorio;

- l'articolo 4 affronta il tema della trasparenza, in cui si spiega che entro trenta giorni dalla presentazione della richiesta da parte degli aventi diritto, la direzione sanitaria delle strutture debba fornire la documentazione clinica relativa al paziente. Le strutture sanitarie pubbliche e private dovranno altresì rendere disponibili, mediante pubblicazione nel proprio sito internet, i dati relativi a tutti i risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio;
- l'articolo 5 disciplina le buone pratiche clinico assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida. Qui si spiega che gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie debbano attenersi, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida indicate dalle società scientifiche e dagli istituti di ricerca individuati con decreto del Ministro della salute e iscritti in un apposito elenco. Le linee guida dovranno essere pubblicate con testualmente, per i singoli

settori di specializzazione, entro due anni dalla data di entrata in vigore della legge, dal Ministro della salute, e dovranno essere periodicamente aggiornate;

- l'articolo 6 affronta la nuova responsabilità penale, introducendo nel Codice Penale l'articolo 590-ter. Questo stabilisce che l'operatore sanitario che, durante la propria attività, provoca, per imperizia, la morte o la lesione personale del paziente, risponde dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose solo in caso di colpa grave. La colpa grave viene però esclusa quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, vengono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida;
- l'articolo 7 affronta il tema della responsabilità civile. Si prevede qui un 'doppio binario': responsabilità contrattuale a carico delle strutture sanitarie, pubbliche e private, ed extracontrattuale per l'esercente la professione sanitaria che svolge la propria attività nell'ambito di una struttura sanitaria pubblica o privata o in rapporto convenzionale con il Servizio sanitario nazionale. Ricordiamo che quest'ultima misura comporta l'inversione dell'onere della prova a carico del paziente e la riduzione della prescrizione da 10 a 5 anni. La responsabilità contrattuale delle strutture viene allargata anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime intramurario nonché attraverso la telemedicina. Infine, la responsabilità extracontrattuale viene esclusa per i libero professionisti;
- l'articolo 8 istituisce il tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile. Prima dell'avvio di qualunque procedimento, si dovrà esperire,

attraverso l'azione tecnico-preventiva affidata al perito, tutti i tentativi possibili. Si prevede che la partecipazione al procedimento di accertamento tecnico preventivo sia obbligatoria per tutte le parti, comprese le compagnie assicuratrici;

- l'articolo 9 introduce l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, che potrà essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave. Qualora il danneggiato, nel giudizio di risarcimento del danno, non ha convenuto anche l'esercente la professione sanitaria, l'azione di rivalsa nei confronti di quest'ultimo potrà essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale, e dovrà essere esercitata, a pena di decadenza, entro un anno dal passaggio in giudicato del titolo sulla base del quale è avvenuto il pagamento ovvero dal pagamento in caso di risarcimento avvenuto sulla base di un titolo stragiudiziale. La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o contro l'impresa di assicurazione non farà stato nel giudizio di rivalsa nel caso in cui l'esercente la professione sanitaria non sia stato parte del giudizio. In caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria pubblica la misura della rivalsa, in caso di colpa grave, non potrà superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua. Per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di rivalsa, il professionista, nell'ambito delle strutture sanitarie pubbliche, non potrà essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli

- ricoperti né potrà partecipare a pubblici concorsi per incarichi superiori. La misura di rivalsa non potrà inoltre superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua;
- l'articolo 10 prevede l'obbligo per tutte le strutture sanitarie pubbliche e private di essere provviste di una copertura assicurativa, e si ribadisce l'obbligatorietà dell'assicurazione per tutti i liberi professionisti. Tale misura viene estesa anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria nonché attraverso la telemedicina. L'obbligo assicurativo per tutti gli esercenti la professione sanitaria operanti in aziende del Ssn viene invece previsto solo al fine di garantire efficacia all'azione di rivalsa da parte delle strutture nei confronti dei loro dipendenti. Quanto alla trasparenza, le aziende saranno obbligate a pubblicare sul loro sito internet la denominazione dell'impresa che presta la copertura assicurativa, indicando per esteso i contratti, le clausole assicurative, oltre a tutte le altre analoghe misure che determinano la copertura assicurativa. Viene poi previsto un apposito decreto del Ministero dello Sviluppo economico, di concerto con il Ministero della Salute, che avrà il compito di definire i criteri e le modalità di vigilanza e controllo che l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (Ivass) sarà tenuto ad effettuare sulle compagnie assicuratrici che intendano contrarre polizze con le strutture e con gli esercenti la professione sanitaria;
 - l'articolo 11 contempla la possibilità di un'azione diretta del soggetto danneggiato nei confronti della compagnia assicuratrice. Quest'azione sarà soggetta al termine di

prescrizione pari a quello dell'azione verso l'azienda sanitaria, la struttura o l'ente assicurato;

- l'articolo 12 spiega che le strutture sanitarie e le imprese di assicurazione dovranno comunicare all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato, entro dieci giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento contenente copia dell'atto introduttivo del giudizio;
- l'articolo 13 istituisce un Fondo di garanzia per i soggetti danneggiati da responsabilità sanitaria. Nel testo si spiega che il Fondo dovrà essere costituito presso la Concessionaria servizi assicurativi pubblici S.p.A. (Consap), per risarcire i danni cagionati da responsabilità sanitaria nei casi in cui: a) il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti stipulati dalla struttura sanitaria ovvero dall'esercente la professione sanitaria; b) la struttura sanitaria ovvero l'esercente la professione sanitaria risultano assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta o vi venga posta successivamente. Le imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità sanitaria saranno tenute a versare annualmente alla Consap un contributo da determinarsi in una percentuale del premio incassato per ciascun contratto relativo alle predette assicurazioni. La misura del contributo sarà determinata e aggiornata con cadenza annuale;

- l'articolo 14 disciplina la nomina dei consulenti tecnici d'ufficio, dei consulenti tecnici di parte e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria. Nel testo si spiega che, nei procedimenti civili e penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico legale e a uno specialista nella disciplina oggetto del giudizio. A tal fine, negli albi dei consulenti e dei periti dovranno essere indicate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina, l'esperienza da loro maturata, il numero degli incarichi conferiti e quelli revocati. Infine, si spiega che gli albi dei periti dovranno essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire un'idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche di area sanitaria, anche coinvolgendo società scientifiche;
- l'articolo 15 affronta le clausole di salvaguardia prevedendo che le disposizioni contenute nella legge possano essere applicabili anche nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti.

Conclusioni

La responsabilità colposa professionale ha registrato, negli ultimi decenni, un notevole incremento dei casi, comportando l'instaurazione di un numero sempre maggiore delle cause giudiziarie. Contemporaneamente si è rilevata, nella collettività, un aumento sempre maggiore del rifiuto della malattia, data sia la consapevolezza dell'evoluzione esponenziale che la scienza medica ha vissuto negli ultimi tempi sia la presunzione che questa possa risolvere tutti i problemi di salute.

La collettività reclama non solo di essere curata ma anche guarita, e in assenza del raggiungimento dell'obiettivo sperato, l'assistito è portato ad agire subito giuridicamente, tanto a livello penale quanto a quello civile. Questo aumento della casistica deriva dalla combinazione di diversi fattori: dal raggiungimento di un alto grado di scolarizzazione della popolazione all'evoluzione del concetto stesso di persona, come individuo capace di autogestione.

In ogni caso, nonostante la costante evoluzione degli strumenti e mezzi a disposizione, nonché delle scoperte scientifiche, il medico non potrà mai garantire, in modo assoluto, un risultato positivo. Da ciò emerge l'esigenza di tutelare il sanitario che, avendo agito nel miglior modo possibile, non sia riuscito a curare il paziente. Al fine di verificare il comportamento del medico, ed in particolare se sussiste un profilo di colpa, è necessario innanzitutto determinare il modello di condotta che avrebbe dovuto tenere in base al contesto specifico. Successivamente deve essere verificata la conformità della sua condotta con le modalità comportamentali previste dal modello tipico di diligenza. Con quest'ultima si fa riferimento a quella che deve

essere prestata da un qualsiasi professionista in una situazione che non presenta difficoltà particolari, poiché diversamente la condotta del medico sarà ritenuta illecita solo qualora caratterizzata dal dolo o colpa grave. Così come specificato dall'articolo 43 del codice penale la colpa può essere di due tipi: generica e specifica. La prima consiste nell'inosservanza delle regole di condotta della negligenza, imprudenza e imperizia. La seconda invece si traduce nella violazione di leggi, regolamenti, ordini e disciplina.

Il giudice per determinare la sussistenza della colpa nella condotta del medico deve, prima di tutto, verificare se a questo possa essere attribuito un rimprovero per colpa, e per la valutazione dovrà utilizzare il parametro, ex ante, del modello agente. Per determinare la colpa del soggetto il giudice deve quindi svolgere un vero e proprio processo logico, che inizia con l'individuazione delle modalità comportamentali previste per il caso specifico. Successivamente dovrà verificare la prevedibilità dell'evento nonché il grado di evitabilità del fatto lesivo a fronte dell'attuazione del modello previsto. In una fase successiva, dopo cioè aver constatato l'inosservanza delle regole cautelari, il giudice dovrà valutare se il danno creato rientra nella casistica delle conseguenze possibili a seguito della violazione delle misure di cautela previste. Questa fase è detta della "concretizzazione del rischio" poiché serve a circoscrivere la responsabilità colposa a quei fatti lesivi che le regole cautelari miravano ad evitare. Nel momento seguente, il giudice verifica se la violazione delle dette regole avrebbe potuto comportare la produzione dell'evento.

È importante distinguere il rapporto intercorrente tra violazione della diligenza e l'evento, e il nesso tra quest'ultimo e la condotta del

soggetto. Nella prima ipotesi si tratta di accertare la colpevolezza mentre nel secondo la causalità. Al fine della sussistenza della responsabilità per colpa vi è la necessità che la condotta del professionista sia la causa della lesione del paziente. In altre parole vi è il bisogno di dimostrare il nesso di causalità tra fatto lesivo e azione/omissione del medico. Naturalmente la situazione più difficile da valutare è quella del reato omissivo improprio, in cui oltre a verificare la possibilità per il soggetto di evitare l'evento, vi è il presupposto dell'obbligo di agire. Quest'ultima posizione non appartiene a tutte le persone ma solo a individui determinati, detti garanti, su cui grava il dovere di custodire dei beni giuridici particolari. Il presupposto su cui si fonda questo istituto giuridico è l'impossibilità, anche solo parziale, dei titolari del bene giuridico, di tutelarlo adeguatamente.

Generalmente la posizione del medico nei confronti del paziente è classificata tra le posizioni di protezione, data l'impossibilità per l'assistito sia di effettuare una corretta diagnosi sia di provvedere autonomamente ad una cura efficace, e nasce nel momento in cui si instaura un rapporto terapeutico tra i due soggetti. La base giuridica su cui si fonda la posizione di garanzia è individuata negli articoli 2 e 32 della Costituzione, e cioè nel dovere di solidarietà sociale e nel diritto alla salute.

Questo particolare rapporto non implica però un'autonomia assoluta di decisione del medico, poiché trova dei limiti nella volontà del paziente. L'assistito può infatti sia pretendere di ricevere delle cure adeguate sia può decidere di non sottoporsi a particolari terapie, lasciando che la malattia faccia il suo corso. Eccezione a questa regola è prevista dallo stesso articolo 32 della Costituzione, per casi

tassativamente indicati dalla legge o nel caso in cui il rifiuto alle cure esponga il paziente ad un pericolo concreto ed attuale di vita o di danno grave alla salute. In ogni caso alla fine del pericolo imminente, la terapia in corso dovrà essere interrotta se non vi è il parere favorevole del paziente, ritornando così alla disciplina generale del consenso.

In tal modo però emerge una situazione di incertezza per la posizione del sanitario, data l'indeterminatezza dei confini e la difficoltà di individuare un punto di bilanciamento tra responsabilità del medico e diritti dell'assistito. Questo argomento è inoltre particolarmente influenzato dalle decisioni giurisprudenziali, specialmente se di legittimità, poiché, oltre a dirimere la singola controversia, forniscono dei principi generali sulla materia. La responsabilità professionale è infatti una materia difficile da affrontare, e di conseguenza l'introduzione di norme di riferimento è complicata, sia per i dibattiti giuridici che ne seguirebbero sia perché la collettività può interpretare a suo piacimento la disciplina legislativa dell'attività medica.

La giurisprudenza ha fornito sempre più principi sia in ambito civile sia in quello penale. In particolare nel campo civile, ha ricondotto la responsabilità medica ad una responsabilità di natura contrattuale, a seguito dell'accettazione della tesi del contatto sociale, nel senso di un contratto di fatto, sussistente tra due soggetti senza l'esistenza di un negozio giuridico vero e proprio. In tale ipotesi, qualora fosse provocata una lesione, il sanitario sarà ritenuto responsabile a titolo contrattuale, nonostante la mancanza di un dovere di prestazione. Qualora non si raggiungesse il risultato sperato, graverà sul medico l'onere di provare che il fallimento sia

conseguenza di non prevedibili, nonché non evitabili, variabili. Nell'ipotesi di un'attività di routine, il sanitario sarà ritenuto colpevole anche per colpa lieve, mentre davanti a casi complessi, questo sarà punito solo nel caso di dolo o colpa grave.

Nell'ambito penalistico, fondamentale è l'introduzione della "legge Balduzzi", cioè il decreto legge nr. 158 del 13 settembre 2012, titolato "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute" e successivamente convertito in Legge 8 novembre 2012, n. 189. Particolare importanza è rivestita dall'articolo 3 della stessa Legge, che stabilisce che: *"L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene alle linee guida e alle buone pratiche accreditate della comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c."*.

Di conseguenza il giudice, per valutare la sussistenza della colpa lieve, deve verificare se la condotta del medico è stata conforme alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Se questo è stato fatto, egli non risponde a livello penale di colpa lieve, comportando quindi un'attenuazione della responsabilità professionale. Obiettivo della legge è quello di disciplinare la responsabilità medica, e costituisce tuttora la normativa di riferimento. Così come specificato dalla Suprema Corte di Cassazione in una sentenza del 2013, questa legge introduce due principali novità:

- A) introduzione nella legislazione penale della differenza tra *culpa levis* e *culpa lata*;
- B) centralità delle linee guida e delle buone pratiche, suggerite dalla comunità scientifiche.

Nonostante la sua portata innovativa, non si può negare la presenza di diversi problemi applicativi ed interpretativi, nonché il sospetto di dubbi di legittimità costituzionale. Proprio questi ultimi sono stati evidenziati da un'ordinanza di rimessione del tribunale di Milano, con la quale si sollevava una questione di illegittimità costituzionale sulla legge Balduzzi, nell'ambito di un processo di lesioni colpose verso quattro sanitari dell'ospedale Galeazzi. Con l'ordinanza del 21 marzo 2013, il Tribunale ha sollevato dei dubbi di costituzionalità e rimesso alla Corte Costituzionale la questione, con riferimento al primo comma dell'art. 3, affermando che questo riserva un'area di esonero dalla responsabilità penale solo per i medici. Secondo lo stesso Tribunale questa consisterebbe in una causa di esclusione della punibilità per tutti i sanitari che commettano dei reati agendo con colpa lieve e nel rispetto delle linee guida, ponendosi in tal modo in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33 e 111

In particolare, le motivazioni di dubbio costituzionale riguardano diverse norme, tra cui:

- 1) articoli 3 e 25 della costituzione, in merito alla violazione del principio di legalità e tassatività. È assente una definizione del concetto di colpa lieve che invece la legge doveva specificare, anche attraverso l'individuazione di criteri fissi. Il Tribunale sottolinea inoltre che, nella disciplina penale precedente, la colpa lieve era un grado della colpa, da valutare obbligatoriamente per la qualificazione della pena, mentre nella legge Balduzzi la colpa assume valore esimente;
- 2) Articoli 3 e 33 della Costituzione: il Tribunale di Milano sostiene che il motivo per cui si esonera dalla responsabilità i medici che si

sono attenuti alle linee guida è da ricondurre al timore del legislatore che i sanitari pongano in atto delle terapie motivate solo dalla paura di essere coinvolti in vicende penali. Questa riforma, nonostante l'intento di superare l'atteggiamento appena descritto della classe medica, costituisce allo stesso tempo un notevole freno nelle scelte del sanitario. La disciplina, così impostata, mira al rispetto delle linee guida prodotte, deresponsabilizzando i sanitari e limitando l'evoluzione del pensiero scientifico. Per questo motivo, il Tribunale di Milano sostiene la violazione degli articoli costituzionali succitati, poiché non è protetta la libertà della scienza, in modo equo e ragionevole;

- 3) Principio di ragionevolezza ed uguaglianza: la norma comporta un'estensione eccessiva dell'area di non punibilità, per i professionisti sanitari;
- 4) diritto di difesa: la persona offesa non può ricevere una tutela a tutto tondo, essendo garantita solo quella civile e non quella penale;
- 5) Articolo 27 della Costituzione: inosservanza della funzione rieducativa della pena, poiché quest'ultima non è applicata per chi commette il reato con colpa.

Di fronte ad una richiesta così complessa, la Corte Costituzionale ha deciso di dirimere la controversia attraverso un'ordinanza, la n° 295 del 06 Dicembre del 2013. Questa ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, a causa di un difetto di forma "macroscopico" dell'ordinanza del Tribunale di Milano. In particolare, il giudice non avrebbe descritto la fattispecie concreta oggetto del giudizio, e quindi non avrebbe neanche fornito una motivazione adeguata in merito alla rilevanza della questione. Questa scelta della Corte Costituzionale non fornisce quindi alcuna

schiarita in merito ai dubbi costituzionali promossi dal tribunale, basando la propria ordinanza su vizi di forma, riconfermando l'applicabilità della Legge Balduzzi. La disciplina attuale svolge un ruolo di salvaguardia per i sanitari, permettendo loro di agire con più tranquillità e di conseguenza limitando il ricorso alla medicina difensiva, ma non può comunque sanare il rapporto tra medici e pazienti. La loro relazione è infatti caratterizzata dal problema della mancanza di fiducia da parte degli assistiti, che deve essere risolto ponendo i professionisti nelle condizioni migliori per intraprendere una comunicazione più efficace ed adeguata. Secondo una parte della dottrina, questa riforma non comporta comunque molte novità, poiché l'applicabilità dell'esimente per colpa lieve si applicherebbe solo nei casi di imperizia, restando invece invariata la disciplina nelle ipotesi di prudenza e diligenza. Affermando ciò, la legge non avrebbe più quella funzione depenalizzante della responsabilità professionale a cui i medici aspiravano e non garantirebbe una reale tutela nei confronti dell'attività medica. Attualmente questa materia è perciò affidata in gran parte alle decisioni giurisprudenziali, che provvedono ad aggiornare la disciplina e ad enunciare i principi generali.

Il legislatore ha però avvertito l'esigenza di dover intervenire nuovamente sul tema della responsabilità medica, nonostante la Legge Balduzzi risalga solo al 2012, attraverso la promozione di una nuova riforma. Nel gennaio del 2016 la Camera ha approvato gli emendamenti e gli articoli del ddl Gelli, che quindi è ora passato all'esame del Senato per l'approvazione definitiva. Il testo in esame ha l'obiettivo di aumentare le garanzie e le tutele per gli esercenti la professione sanitaria e assicurare contemporaneamente ai pazienti un risarcimento dei danni in tempi brevi e certi, in modo da contrastare

sia il problema dell'aumento continuo del contenzioso medico legale (a cui è seguito un aumento del costo delle assicurazioni per professionisti e strutture sanitarie) e sia il fenomeno della medicina difensiva (che ha prodotto un uso inappropriato delle risorse destinate alla sanità pubblica). Tra le principali novità di questa proposta legislativa vi è sicuramente una modifica nella disciplina della responsabilità sia da un punto di vista penale che civile. In ambito penalistico si assegna maggiore forza alle linee guida, l'aderenza alle quali per il medico significa la possibilità di essere scagionato anche in caso di dolo o di colpa grave. Queste verranno stilate da società scientifiche accreditate presso il ministero della Salute, verificate ed approvate dall'Istituto superiore di Sanità, inserite nel Sistema nazionale per le linee guida (Snlg) e pubblicate. Dal punto di vista civile, si prevede la distinzione, tra responsabilità contrattuale della struttura sanitaria ed extracontrattuale del professionista, incluso il medico di medicina generale, con relativa inversione dell'onere della prova e dimezzamento del termine di prescrizione. Inoltre il testo, così formulato, introduce l'azione diretta nei confronti dell'assicurazione nonché il tentativo obbligatorio di conciliazione, per porre un freno al proliferare dei contenziosi giudiziari. È prevista inoltre una modifica all'azione di rivalsa, fissando il tetto massimo a 3 annualità lorde (per agevolare la stipula di assicurazioni a prezzi calmierati), limitandola ai casi di dolo e colpa grave ed escludendola dalla giurisdizione della Corte dei conti. È inoltre previsto l'istituzione di un fondo di garanzia per le vittime di malasanità e l'obbligo di assicurazione per tutti, sia per le aziende del Ssn, sia per le strutture ed enti privati operanti in regime autonomo o di accreditamento con il Ssn che erogano prestazioni sanitarie a favore di terzi e per gli operatori sanitari.

I fini perseguiti dal nuovo testo sono certamente cruciali per la risoluzione delle problematiche ancora esistenti e che le riforme precedenti non sono riuscite a risolvere. Allo stesso tempo si deve sottolineare la difficoltà di bilanciamento tra le esigenze e i beni giuridici da tutelare, spesso tra loro contrastanti. Contemperare tutte queste variabili è compito arduo, motivo per cui gli interventi legislativi in questa materia sono sempre stati limitati, lasciando invece una maggiore libertà di azione alla giurisprudenza. Oltre all'esigenza di tutela del medico, vista la delicatezza del suo campo d'intervento, e del paziente, dato il diritto alla salute che deve essere garantito, è importante ricordare che bisogna salvaguardare l'evoluzione del pensiero scientifico, il diritto al risarcimento e la centralità della figura del paziente. Solo un corretto equilibrio delle citate esigenze contribuirà alla costruzione di un saldo rapporto di fiducia tra il medico e il paziente, passo cruciale e fondamentale per assicurare, a tutti i cittadini, la piena fruizione del diritto alla salute.

Bibliografia

BARNI M., *Diritti - doveri responsabilità del medico dalla bioetica al biodiritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

BERNABEO R.A., PONTIERI G.M., SCARANO G.B., *Elementi di storia della medicina*, Padova, Piccin, 1993.

BILANCETTI M., BILANCETTI F., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, CEDAM, 2010.

BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Ist. Dir. Proc. Pen. Un.*, Pavia, 1960-61.

BRLDA R., *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive (nota a Cass. 8 maggio 2021, L. 6386), in danno e responsabilità*, 2001.

BUZZONI A., *Medico e paziente*, Milano, FAG, 2007.

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2010.

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE GIULIO., *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Bologna, Il Mulino, 2007.

CASS.PENALE, 11 SETTEMBRE 2002, N.30328, *Sentenza Franzese*

CASS.PENALE SEZ.IV, 2 FEBBRAIO 2007, N.4177

CASS.PENALE SEZ.V, 21 APRILE 1992, N.5639, *Sentenza Massimo*

CASS.PENALE SEZ. IV, 9 MARZO 2001, N.28132, *Sentenza Barese*

CASS.PENALE SEZ.IV, 11 LUGLIO 2001,N.1572, *Sentenza Firenzani*

CASS.PENALE SEZ.I, 29 MAGGIO 2002,N 26446, *Sentenza Volterrani*

CASS.PENALE SEZ.UN. 18 DICEMBRE 2008-21 GENNAIO 2009, N.2437, *Sentenza Giulini*

CASS.PENALE SEZ. IV, 8 GIUGNO 2010, N.21799

CASS. PENALE SEZ. IV 29 GENNAIO 2013 N.16237

CASS. CIVILE SEZ. II Sentenza 23 APRILE 2002, N. 5928

CORTE COST. 23 DICEMBRE 2008 N. 438

CASTIGLIONI A., *Storia della medicina*, Milano, Mondadori, 1936.

COSMACINI G., *L 'arte lunga. Storia della medicina dall'antichità ad oggi*, Roma-Bari, Laterza,2001.

CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.

D'APOLLO L., *La responsabilità del medico*, Torino, Giappichelli, 2012.

DIONISIO A., *Quando la medicina si fa in tv. Benessere, salute e professione sanitaria rappresentate nel piccolo schermo*, Napoli, Guida, 2009.

DOGLIOTTI M., *"diritto a non nascere" in responsabilità civile*, in *Dir. Famiglia*, 1995.

D.L. 13 SETTEMBRE 2012N.158. DECRETO CONVERTITO CON MODIFICAZIONI IN L. 8 NOVEMBRE 2012, N.189 *“Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di tutela alla salute”*

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2010 p.582.

FORNACIARI G., GIUFFRÀ V., *Manuale di storia della medicina*, Ghezano, Felici, 2011.

FRATI P., ARCANGELI M., *Facoltà di curare e autodeterminazione del paziente*, Torino, Minerva medica, 2002.

FRESA R., *La colpa professionale in ambito medico*, Torino, Utet Giuridica, 2008.

FUCCI S., *Informazione e consenso nel rapporto medico-paziente*, Milano, Masson, 1996.

GALGANO F., *Contratti e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 710 ss

GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità sanitaria*, in *Resp civ*, 2000.

IADECOLA G., *La responsabilità penale del medico secondo la Corte di Cassazione*, Livorno, 2004.

IADECOLA G., *Potestà di curare e consenso del paziente.*, Padova, Cedam, 1998.

IUDICA G., *Danni alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, 2001.

MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003.

MANTOVANI S., *Il trattamento medico arbitrario*, In: D'apolo L., *La responsabilità del medico*, Torino, Giappichelli, 2012.

MONATURI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989.

PAGNI A., FUCCI S., *Manuale della professione medica. Deontologia etica normativa*, Edizioni medico-scientifiche, 2010.

PARADISO M., *La responsabilità medica: dal testo al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.

PRINCIGALLI A., *La responsabilità del medico*, Napoli, 1993.

PUCCI S., *Informazione e consenso nel rapporto medico-paziente*, Milano, Masson, 1996.

RICCI S., MIGLINO A., *Atto medico e consenso informato*, Roma, Società Editrice Universo, 2009.

SCHULZ P., RUBINELLI S., CAMERINI L., *Comunicazione e salute*, Milano, Apogeo, 2010.

STERPELLONE L., *Storia della medicina*, Edizione San Paolo, 1998.

TR.MILANO, SEZ.IX PENALE, ORDINANZA 21 MARZO 2013.

http://www.dirittoegiustizia.it/allegati_sp/14/0000071595/Legge_Balduzzi_la_colpa_medica_dopo_la_Balduzzi_in_sede_civile.html

http://www.dirittoegiustizia.it/allegati_sp/14/0000071596/Legge_Balduzzi_la_colpa_medica_dopo_la_Balduzzi_in_sede_penale.html

https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/003/515/GATTARI_2.pdf

www.treccani.it

**IL DELITTO DI OMICIDIO NELLA
CRIMINALITÀ ORGANIZZATA
ASPETTI TECNICO-GIURIDICI E RILIEVI MEDICO-LEGALI**

Ten. Antonino Maggio

*“Quando c’è un delitto di mafia, la prima corona che arriva
è quella del mandante”*

Carlo Alberto Dalla Chiesa

INDICE

Introduzione	pag.124
--------------	---------

CAPITOLO I

La criminalità organizzata ieri e oggi

1.1 Strutture ed evoluzioni delle organizzazioni criminali	pag.126
1.1.1 La Camorra	pag.126
1.1.2 La 'Ndrangheta	pag.128
1.1.3 Le mafie pugliesi	pag.132
1.1.4 Cosa Nostra	pag.134
1.2 L'uso della violenza, in particolare l'omicidio	pag.136
1.3 La strategia del terrore nel napoletano	pag.138
1.4 La cultura mafiosa	pag.139
1.5 Onore e omicidio	pag.142
1.6 Segretezza delle informazioni	pag.143
1.7 La regola dell'omertà	pag.145
1.8 Onore e ricchezza: mafia imprenditrice	pag.146

CAPITOLO II

Il delitto di omicidio e l'associazione di tipo mafioso

2.1 Inquadramento e analisi normativa	pag.148
2.1.1 Art. 575 c.p.: il delitto di omicidio	pag.149
2.1.2 Art. 416 <i>bis</i> c.p.: associazione per delinquere di tipo mafioso	pag.153
2.2 L'omicidio nell'ambito della criminalità organizzata	pag.156

CAPITOLO III

Le modalità omicidiarie di tipo mafioso

3.1	Dinamiche dell'omicidio nella criminalità organizzata	pag.160
3.2	Il movente dell'omicidio e le sue fasi	pag.164
3.2.1	Programmazione e pianificazione	pag.166
3.2.2	Opportunità investigative	pag.167
3.2.3	La fase esecutiva	pag.168
3.2.4	Caso Mariano Baciotterracino	pag.169
3.2.5	L'omicidio di Giancarlo Siani	pag.169
3.2.6	L'omicidio di Don Giuseppe Diana	pag.170
3.2.7	L'omicidio del Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa	pag.170
3.2.8	L'omicidio dei Capitani Emanuele Basile e Mario D'Aleo	pag.171
3.2.9	L'attentato al giudice Giovanni Falcone	pag.172
3.2.10	L'attentato al giudice Paolo Borsellino	pag.173
3.3	Omicidio con armi da fuoco	pag.173
3.4	Omicidio mediante esplosione	pag.174
3.5	Omicidio con modalità incendiarie	pag.175
3.6	Omicidio con armi bianche	pag.176
3.7	Omicidio mediante asfissie meccaniche violente e quadri anatomo-patologici	pag.177

CAPITOLO IV

Simbologia e rituali

4.1	Generalità	pag.180
4.2	La lupara	pag.180
4.3	L'uso del revolver	pag.181
4.4	Incaprettamento	pag.181
4.5	Sfiguramento	pag.182
4.6	Scioglimento nell'acido	pag.182
4.6.1	Il caso del piccolo Giuseppe Di Matteo	pag.183

4.7 Muratura	pag.185
4.8 Cadavere dato in pasto ai maiali	pag.185
4.9 Soldi in bocca	pag.186
4.10 Genitali in bocca	pag.186

CAPITOLO V

Il sopralluogo: inquadramento giuridico e intervento del medico legale

5.1 Il sopralluogo giudiziario	pag.188
5.2 Il sopralluogo: cenni storici	pag.189
5.3 Il verbale del sopralluogo giudiziario	pag.190
Conclusioni	pag.192

Introduzione

Il presente elaborato si propone di trattare aspetti tecnico-giuridici afferenti agli omicidi posti in essere dalla criminalità organizzata, illustrando una panoramica sulle organizzazioni criminali attualmente operanti sul territorio nazionale. Nello specifico, ho inteso porre l'attenzione sugli aspetti cardine di ogni singola organizzazione criminale, evidenziandone le ultime evoluzioni, sia sul piano organizzativo sia operativo. Infatti, lo sviluppo delle organizzazioni criminali, che originariamente avevano un carattere ristretto e ben localizzato territorialmente, ha subito un'evoluzione tale da poter porre in essere, ormai anche a livello transnazionale, un unico disegno criminale volto al lucro ed all'affermazione del gruppo mafioso. Tali finalità criminali vengono perseguite attraverso la commissione di attività illecite di ogni tipo, fra le quali emergono il riciclaggio di denaro, il traffico di stupefacenti, la corruzione politica, la partecipazione, l'aggiudicazione e il controllo di appalti pubblici, la speculazione edilizia, lo sfruttamento della prostituzione, le scommesse clandestine, il traffico di armi ed attività terroristiche. In seguito, per poter effettuare un inquadramento normativo dell'argomento trattato, verranno analizzati gli articoli del Codice Penale che puniscono il delitto di omicidio e l'associazione per delinquere di tipo mafioso. Il tutto connesso con le modalità omicidiarie, analizzando i singoli quadri lesivi tipici, fino ad arrivare a quelli simbolici e ritualistici propri delle associazioni mafiose. L'omicidio di criminalità organizzata risulta essere, proprio in questa direzione, il più complesso caso davanti al quale un operatore si possa trovare. L'estraneità del mandante, il numero minore di fonti di prova sulla scena del crimine, l'utilizzo di figure "professionali" quali i killer o i gruppi di fuoco, nonché di mezzi che talvolta impediscono anche il rinvenimento del cadavere, potrebbero compromettere seriamente il lavoro degli investigatori. Infatti, è di fondamentale importanza ricostruire tali delitti durante la fase del sopralluogo, mediante le operazioni compiute dalla Polizia Giudiziaria (PG)¹ e dal

¹ Per comodità espositiva utilizzeremo le seguenti abbreviazioni:

- PG: Polizia Giudiziaria;
- AG: Autorità Giudiziaria;
- PM: Pubblico Ministero;
- c.p.: codice penale;
- c.p.p.: codice di procedura penale;

Medico Legale, partendo da una esposizione generica, fino ad enumerare le singole attività, da svolgere in modo accurato e attento, per evitare di inquinare prove utili a ricostruire l'evento. In ultima analisi, la scelta di tale argomento è da ricondursi alla qualifica di Ufficiale di Polizia Giudiziaria e di Pubblica Sicurezza rivestita dall'estensore, che inducono ad evidenziare l'importanza delle nozioni di medicina legale e, in particolare, della conoscenza delle tecniche di sopralluogo per ricostruire le ipotesi investigative connesse ai delitti di omicidio commessi dalle organizzazioni criminali. In merito, è opportuno citare l'art. 2, Titolo II, Capitolo I, del Regolamento Generale dell'Arma dei Carabinieri, in base al quale l'Ufficiale “...*deve possedere specifiche cognizioni di tecnica di polizia giudiziaria e di medicina legale atte a metterlo in grado di dirigere efficacemente le indagini di polizia giudiziaria e di parteciparvi personalmente nei casi più importanti...*”.

Infine, nel corso della mia esposizione, ho tenuto particolarmente a ricordare anche figure molto importanti nella storia del nostro Paese, come il Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, simbolo della lotta alla mafia e uomo esemplare, cui ogni giovane Ufficiale dell'Arma dovrebbe ispirarsi.

- art.: articolo;
- disp. att.: disposizioni d'attuazione del codice di procedura penale.

CAPITOLO I

La criminalità organizzata ieri e oggi

1.1 Strutture ed evoluzioni delle organizzazioni criminali

In Italia le organizzazioni criminali di rilievo sono la Camorra, localizzata in Campania, la 'Ndrangheta, che opera in Calabria, Cosa nostra, diffusa in Sicilia e le mafie pugliesi. Queste organizzazioni possono essere definite, in generale, come mafiose o di tipo mafioso, in quanto operano secondo metodi che sono tipici della mafia: gli obiettivi illeciti, la struttura segreta, i mezzi d'azione violenti, la totale mancanza del senso dello Stato, violenza e intimidazione, attraverso cui producono tra la popolazione una condizione generale di sottomissione e di omertà². Al di là di questi elementi comuni, ogni organizzazione ha strutture e caratteristiche proprie.

1.1.1 La Camorra

L'analisi sul fenomeno della criminalità organizzata in Campania presenta notevole difficoltà di ordine sistematico, culturale e operativo. Tale fenomeno è l'espressione di una cultura peculiare e caratteristica, che è il riflesso di complesse dinamiche sociali a vario modo interagenti, in un campo d'indagine frutto della stratificazione, nel tempo, di tensioni antropologiche e di patologie strutturali che esercitano un'indubbia influenza nel divenire stesso della locale società, anche criminale. La Camorra, infatti, trova il suo ambiente ideale nella diffusa sfiducia nella legalità, nell'exasperato concetto di sopravvivenza, di assuefazione al malcostume che, in un territorio ad alta densità di popolazione, con scarsa industrializzazione, con un'agricoltura non competitiva, crea una disponibilità radicata, soprattutto per gli strati sociali meno abbienti, nei confronti delle più varie forme del crimine. La Camorra, al contrario della Cosa Nostra, non ha mai avuto specifiche connotazioni antagoniste allo Stato, risultando il prodotto di una criminalità essenzialmente parassitaria; non ha cercato di occupare gli spazi vuoti lasciati dal potere centrale, ma ha sempre cercato di nutrirsi delle debolezze della Pubblica Amministrazione, senza

² FALCONE G., *Interventi e proposte (1982-1992)*, a cura della fondazione Giovanni e Francesca Falcone, Firenze, ed. Sansoni, 1994.

volontà independentiste o autonomiste. È stata poi, al contrario delle altre espressioni mafiose italiane, fino agli anni Ottanta, un fenomeno essenzialmente urbano. Diversa è stata la situazione nell'*hinterland* partenopeo e nell'entroterra campano, in quell'area costituita dalla pianura che si estende ad est e ad ovest del Vesuvio, in cui nacque e si sviluppò, invece, un particolare tipo di Camorra, a carattere rurale. La Camorra si compone di alcune organizzazioni locali (*clan*), spesso in concorrenza tra loro ed è caratterizzata dall'assenza di una struttura verticistica in grado di dirigere l'attività dei clan e dalla conseguente fluidità degli equilibri sul territorio. Lo stato di crisi dei principali poli camorristici ha determinato, inoltre, una marcata polverizzazione dei gruppi minori che coinvolgono, talora, verso metodologie violente. Ciò ha comportato, quale ulteriore conseguenza, un rapporto di contiguità tra la camorra ed una criminalità comune particolarmente vivace, spesso adusa all'impiego di violenza sproporzionata e dedita ai reati tipici di attacco ai patrimoni ed a quelli connessi agli stupefacenti. Dunque, le organizzazioni della Camorra, allo stato attuale, mantengono intatta la loro peculiare strutturazione, caratterizzata dalla frammentazione sul territorio e dal collegamento inter-associativo di tipo orizzontale, al contrario di una struttura unitaria e verticistica, solidamente egemone sul territorio e capace di impostare strategie globali. Unica vera eccezione a tale storica caratteristica è stata costituita dal tentativo di aggregazione in un'unica organizzazione verticistica, operato da Raffaele Cutolo, detto "*o professore*", fra la seconda metà degli anni Settanta e gli inizi degli anni Ottanta, con la creazione della "Nuova Camorra Organizzata". Tutte le altre forme di aggregazione fra diversi clan di Camorra, ivi compresa la "Nuova Famiglia", capeggiata da Carmine Alfieri, sorta in funzione anti-cutoliana, sono state finalizzate non al perseguimento dell'unità criminale della Camorra stessa, ma dettate da necessità contingenti e strumentali, in funzione del raggiungimento di obiettivi comuni, nel rispetto della piena autonomia dei sodalizi federati e dell'esclusivo esercizio del loro potere criminale nei territori di rispettiva competenza. La Camorra, infatti, rimane, fatta eccezione per l'area casertana e alcune zone dell'*hinterland* napoletano, un'organizzazione tutt'altro che monolitica; la sua capillare presenza sul territorio e le manifestazioni ripetute di violenza gangsteristica, spesso adusa all'impiego di violenza sproporzionata e dedita ai reati tipici di attacco ai patrimoni e a quelli connessi agli stupefacenti, hanno riproposto il fenomeno quale emergenza nazionale di minaccia alla sicurezza

pubblica. È indubbio che gran parte delle manifestazioni criminali, registrate nella regione, siano frutto di una diffusa devianza e della carenza di condivisi valori di civile convivenza, quindi, di problemi cui dare essenzialmente una risposta in termini culturali, sociali, amministrativi e, per la parte di competenza delle Forze di Polizia, di prevenzione generale. La criminalità di matrice camorrista è attualmente caratterizzata da una marcata fluidità degli equilibri e da criticità diffuse, soprattutto nel capoluogo regionale e nell'immediato *hinterland*, dovute principalmente al depotenziamento delle storiche realtà criminali e al conseguente emergere di consorterie concorrenti, non altrettanto strutturate. Significativo, in tal senso, il sensibile incremento dei fatti di sangue registratosi negli ultimi mesi nella città di Napoli in particolare, prologo ad un possibile scoppio di nuove faide fra clan. Proprio per la sua struttura orizzontale e non omogenea, in Campania affiorano numerosi clan camorristici legati ad ogni singola provincia. Si ritiene, infatti, che, nell'ambito della regione Campania, operino trentadue clan nella città di Napoli; cinquantasei compagini nella provincia di Napoli; sette consorterie a Benevento e nella provincia; quattro gruppi ad Avellino e provincia; dieci formazioni a Salerno e nella provincia; una macro struttura associativa a Caserta e nella provincia. Negli ultimi anni, stiamo assistendo a stravolgimenti nel panorama delle organizzazioni criminali, determinando la scomparsa o il forte indebolimento di alcuni storici clan di camorra, ormai orfani di tutti gli esponenti di maggior livello e carisma criminale, in quanto tratti in arresto e in stato di detenzione con pesantissime condanne e, talvolta, passati a collaborare con la giustizia. Situazione, quest'ultima, che ha creato veri e propri vuoti di potere, che giovani generazioni di camorristi stanno cercando di occupare, con metodi violenti e senza la capacità di misurare il rapporto tra costi e benefici delle proprie azioni criminali, se non altro sotto il profilo della loro capacità di determinare una particolare reazione delle Istituzioni statali³.

1.1.2 La 'Ndrangheta

Analoghe considerazioni valgono per la 'Ndrangheta, l'organizzazione che domina un'altra regione dell'Italia meridionale, la Calabria, che è segnata da un sottosviluppo sociale ed economico ancora più pesante di quello campano. Come la

³ Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo - Relazione Annuale 2015.

Camorra, anche la 'Ndrangheta ha una struttura organizzativa orizzontale, composta da più gruppi (detti cosche o 'ndrine), i cui membri vengono reclutati in base a legami familiari. Ne consegue che spesso si sviluppano faide sanguinose in base a rivalità ed inimicizie tra generazioni e tra diverse famiglie, più che per motivi legati alle attività illecite. La 'Ndrangheta, dagli anni Sessanta fino ai Novanta, si è specializzata nei rapimenti a scopo di estorsione, che venivano attuati soprattutto al di fuori del suo territorio di insediamento, in particolare nell'Italia settentrionale e centrale, in cui potevano servirsi anche di canali più sicuri per il riciclaggio del denaro sporco proveniente dai sequestri. La 'Ndrangheta, tuttavia, è caratterizzata da modelli di comportamento relativamente arcaici, senza però per questo essere meno pericolosa delle altre forme di criminalità organizzata, con cui condivide le caratteristiche essenziali, come il controllo del territorio, l'influenza sugli organi amministrativi locali, l'estorsione di denaro a danno delle imprese e l'organizzazione del traffico di droga. Anzi, negli ultimi anni è divenuta una delle organizzazioni più pericolose, in quanto abbiamo assistito ad una proiezione delle "locali"⁴ al di fuori della regione d'origine, secondo un modello strutturale "aperto", in piena sinergia con sodalizi criminali extraregionali (stanziati nelle regioni del Centro e Nord Italia) o internazionali (soprattutto per il traffico di armi e sostanze stupefacenti, riciclaggio e trasferimento all'estero di ingenti somme di denaro). Storicamente la 'Ndrangheta non nasce per svolgere intermediazione tra parti sociali, come avvenuto nel secolo scorso in Sicilia per regolare i rapporti tra i possidenti terrieri e i braccianti. Essa si costituisce, da subito, come potere autoreferenziale, come forza familiare che si deve confrontare con altre componenti della locale collettività e salvaguardare la sua stessa sopravvivenza. La realtà frammentata della criminalità calabrese non ha consentito la formazione di una trama unitaria, sul modello della Cosa Nostra. Essa ha favorito, invece, la germinazione di distinte forme criminali, diversificando anche le opportunità economiche, come precedentemente riferito. Non è un caso che proprio l'area aspro-montana-reggina, nel comprensorio di San Luca, venga storicamente identificata e riconosciuta come il luogo d'elezione della 'Ndrangheta stessa, anche se oggi è Reggio Calabria che può definirsi, a buon diritto, la capitale

⁴ Le "locali" o "società", nella terminologia della 'ndrangheta, è il luogo in cui si svolgono le riunioni degli 'ndranghetisti, ma il termine viene usato anche in riferimento ad uno o più rami dell'organizzazione che comprende più 'ndrine o famiglie di una stessa zona geografica.

economica della mafia calabrese. È in quest'ultimo capoluogo di provincia, infatti, che la leadership criminale assume una connotazione lobbista, riuscendo a imporre, ma solo localmente, una visione più unitaria del fenomeno mafioso. Le tensioni di vertice che si sono avute in passato sono sempre state create da esponenti reggini. Nel ventennio scorso, con l'istituto della "Santa", stadio occulto della gerarchia 'ndranghetista, che raccoglie le strutture criminali più qualificate e rappresentative, si è cercato di coordinare le attività della 'Ndrangheta, tentando di conferire a un nucleo direttivo ristretto la possibilità di governare le situazioni anche a livello periferico. È tuttavia con il tentativo d'istituzione del "Mandamento", operativo solo nella provincia di Reggio Calabria, che si è cercata di avviare la svolta organizzativa della 'Ndrangheta. La rappresentazione allegorica dell'organizzazione è simboleggiata dall'Albero della Scienza, da cui discende la denominazione attribuita ai membri della stessa. Quest'ultima viene infatti rappresentata da una grande quercia, alla cui base è collocato il "CapoBastone", ossia colui che ne ha la direzione. Il fusto raffigura gli "Sgarristi", struttura portante della 'Ndrangheta. Il rifusto, cioè i grossi rami che partono dal tronco, è la parte in cui vengono inseriti i "Camorristi", cioè gli affiliati con "dote" o "sopra-dote", concetti con cui si indica, con valore crescente, il livello di qualificazione criminale che si conferisce ad un affiliato e chi ha una "dote" superiore è considerato più importante, ovvero dotato di maggior spessore criminale nell'organizzazione. La "dote" può essere definita come un valore di merito che si conferisce ad un affiliato e man mano che questo valore aumenta, aumenta la dote stessa, in quanto si passa da un grado ad un altro. La "sopra-dote" indica un'attribuzione di merito che viene conferita ad un affiliato cui l'organizzazione riconosce un certo valore, ma non gli permetterà di salire gerarchicamente al grado superiore. I ramoscelli rappresentano i "picciotti" o "soldati", mentre le foglie individuano i cosiddetti "Contrasti Onorati", soggetti non ancora affiliati, ma ritenuti affidabili. Infine le foglie cadenti identificano i cosiddetti "infami", come tali destinati a morire. Al giorno d'oggi, dopo numerosi arresti importanti, si assiste all'avvento di diversi equilibri tra le 'ndrine e tale variabilità è alimentata proprio dal ricambio generazionale, scandito ai vertici delle Locali più rappresentative, che ha comportato una diversa metodologia gestionale degli affari illeciti e, di conseguenza, una rilevante e quanto mai qualificata capacità di infiltrazione nel tessuto economico, politico e sociale. Ed è proprio la capacità di

assicurarsi il controllo del territorio, per sfruttarne le potenzialità economiche, il discrimine tra le cosche per la supremazia. In tale ottica, i finanziamenti previsti per la riqualificazione territoriale e la realizzazione dei grandi appalti pubblici hanno accelerato il processo di ricerca di assetti più favorevoli e utili sul territorio, anche facendo saltare collaudate alleanze. È il caso di Reggio Calabria, ove vengono registrate nuove dinamiche di potere criminale che impongono il superamento della semplice capacità militare di presidio del territorio, all'indirizzo di un più favorevole controllo delle opportunità economico-politiche che ivi si pronunciano. In definitiva, le dimensioni qualitative e quantitative della 'Ndrangheta sono quelle di un sistema criminale in grado di condizionare l'evolversi delle relazioni socio-economiche e degli assetti istituzionali. La struttura criminale reggina, quindi, si è evoluta trasformandosi progressivamente in un apparato parassitario che ha ridotto e annientato l'ordinato sviluppo economico-sociale di questa provincia, poiché ha indotto sfiducia negli investimenti, impedendo, nel contempo, l'emancipazione della popolazione dallo stato di sottosviluppo culturale e la diffusione dell'educazione alla legalità. Il monitoraggio degli equilibri criminali consente di affermare che il clima di apparente tranquillità registrato non deve falsare la percezione del rischio, poiché, da un lato, le famiglie tendono a cristallizzare, come già riferito, accordi affaristico-criminali con le componenti economico-imprenditoriali ad elevato profitto, ma dall'altro fondano il proprio agire su equilibri precari e fragili che, al tempo stesso, risultano essere, al minimo accenno di frizione, ridiscutibili in qualunque momento. Infatti, ad agosto del 2007 si è registrata una delle azioni di violenza più efferate, per il mantenimento degli equilibri criminali d'area e, più precisamente, per l'acquisizione del predominio territoriale anche extranazionale di condivisa influenza criminale: la strage di Duisburg⁵.

⁵ La strage di Duisburg o strage di Ferragosto è un evento criminoso avvenuto a Duisburg, in Germania il 15 agosto 2007. Il fatto è avvenuto davanti a un ristorante italiano recante l'insegna Da Bruno, ed è stato messo in atto da esponenti della 'Ndrangheta. L'atto criminale è stato compiuto da affiliati alle 'ndrine dei Nirta e degli Strangio, contro la 'Ndrina dei Pelle-Vottari, quale ultimo atto della faida di San Luca che imperversava tra i clan dal 1991. Cinque delle persone uccise erano originarie della provincia di Reggio Calabria, più precisamente dell'Aspromonte. Uno di loro era originario di Corigliano Calabro.

1.1.3 *Le mafie pugliesi*

Le mafie pugliesi, invece, hanno trovato un riconoscimento giudiziario formale solo nella sentenza nr. 878 del 26 marzo 1990 della Corte di Appello di Lecce, che per prima ha riconosciuto la Sacra Corona Unita come vera e propria associazione mafiosa ai sensi dell'art.416 *bis* c.p. Siamo, quindi, di fronte ad un fenomeno criminale moderno che differisce profondamente dalla Cosa Nostra, dalla 'Ndrangheta e dalla Camorra, che affondano le loro radici nella storia e nell'economia delle regioni di riferimento. Le cosiddette "mafie pugliesi" hanno avuto origine alla fine degli anni Settanta, all'interno delle carceri, come fenomeno imitativo dei numerosi detenuti nelle carceri pugliesi appartenenti alla "Nuova Camorra Organizzata" di Raffaele Cutolo. Tale affermazione, alla luce dei risultati dei primi processi alla Sacra Corona Unita, svoltisi a Bari e a Lecce, costituisce un assunto sostanzialmente verificato (sent. n. 878 del 26 marzo 1990). È altresì corretto sostenere che l'evoluzione successiva abbia visto il consolidamento, anche a causa del rapido declino della N.C.O.⁶, di legami, anch'essi di natura imitativa, tra la criminalità organizzata pugliese e qualificate componenti criminali calabresi che, in Puglia, venivano percepite come strutturate alla 'Ndrangheta⁷. Alla luce di ciò, si può ipotizzare che nella criminalità organizzata pugliese convivano o meglio si avvicendino, secondo un moto pendolare, due realtà che sono il riflesso di un unico fenomeno criminologico, costituito dalla sintesi, non sempre perfettamente realizzata, tra schemi importanti che emulano le mafie tradizionali ed elaborazioni criminali originali e autoctone più moderne ed evolute. Può quindi ritenersi che il confronto tra queste due anime, non contrapposte, ma complementari, possa verosimilmente costituire la categoria unitaria alla luce della quale procedere alla lettura degli avvenimenti dell'ultimo decennio. L'analisi dei dati riferiti agli ultimi anni, conferma l'estrema dinamicità della criminalità organizzata in Puglia, regione caratterizzata da un sistema criminogeno variegato, all'interno del quale operano vari gruppi tra loro interconnessi. Il panorama criminale è, infatti, in continua

⁶ L'acronimo N.C.O. sta per Nuova Camorra Organizzata che era un'organizzazione criminale di stampo camorristico fondata da Raffaele Cutolo negli anni Settanta in Campania.

⁷ A sostegno di tale assunto si pone la sentenza n. 3 del 23 maggio 1991 della Corte di Assise di Lecce, nella quale furono dimostrati i legami tra Giuseppe Rogoli, membro di alto grado della 'ndrangheta, considerato uno dei fondatori della Sacra Corona Unita, e Umberto Bellocchio, Capo Società del Locale di Rosarno.

evoluzione: le frequenti spaccature e i ricompattamenti tra vecchi e nuovi clan mafiosi, difficilmente possono essere ricondotti ad una visione unitaria. Appare possibile ritenere tuttora sussistente una strutturazione orizzontale di tipo camorristico, all'interno della quale si affacciano sempre nuovi gruppi, pronti a rincalzare quelli decimati dall'azione di contrasto dello Stato o dalle guerre intestine. Particolarmente incline all'integrazione con le mafie d'importazione, la criminalità organizzata pugliese, per la particolare vocazione commerciale di un popolo affacciato sull'Adriatico, si dimostra sempre pronta a stringere alleanze con le omologhe organizzazioni straniere, soprattutto albanesi, dettate dalla necessità di stipulare accordi commerciali sulla base delle reciproche convenienze economiche, senza che questo determini contrasti di sorta. L'estrema aggressività dei clan pugliesi, sempre protesi a guadagnarsi nuovi spazi, unita alla duttilità d'impiego della manovalanza, alimenta in modo costante il fenomeno della criminalità diffusa, ormai endemica, nei centri più popolosi e dedita per lo più alla vendita al dettaglio di stupefacenti e alle estorsioni, che si manifestano in crescita, soprattutto, dopo la consolidata flessione nel settore del contrabbando che, fino al più recente passato, impiegava consistenti risorse umane per l'organizzazione delle squadre impegnate nello sbarco e nel trasporto delle sigarette sul territorio. In questa spasmodica ricerca di supremazia, preoccupa il fenomeno della cooptazione dei minori che vanno ad ingrossare le fila dei clan con compiti anche di rilievo. Gravi delitti, come le rapine, le estorsioni, la vendita al dettaglio di droga, il porto illegale di armi, vengono spesso commessi da minori collegati alla criminalità organizzata, desiderosi di dar prova delle loro capacità per entrarne a far parte. Spesso il precoce inserimento nelle organizzazioni è dovuto anche ai legami familiari, per la necessità di sostituire nella gerarchia criminale i congiunti detenuti. "L'iniziazione" in età minorile è, del resto, confermata dal fatto che, come risulta da recenti indagini, molti giovani appena maggiorenni hanno ricoperto o ricoprono ruoli di primo piano in seno alle organizzazioni criminali pugliesi. La criminalità organizzata della regione conserva le sue caratteristiche peculiari, derivanti dall'eccessiva frammentazione dei gruppi criminali che, in mancanza di un vertice comune e aggregante capace di impartire direttive univoche, si presenta estremamente disomogenea. Tale caratteristica, presente da anni, si è ulteriormente accentuata nell'ultimo periodo, in quanto il controllo dei vertici si è affievolito e ciò ha determinato, di converso, un'ulteriore

parcellizzazione dei quadri. Tale situazione, per la continua mutevolezza delle aggregazioni, rappresenta un fattore che ciclicamente favorisce l'insorgere di tensioni e belligeranza che si concretizzano in episodi omicidiari, la cui natura spesso risulta di difficile lettura.

1.1.4 Cosa Nostra

La mafia "*strictusensu*" si è originata in Sicilia, in cui esiste un'organizzazione unitaria strutturata verticalmente, denominata Cosa Nostra, la quale ha delle caratteristiche che la rendono più pericolosa di altre forme di criminalità organizzata. In senso strutturale, Cosa Nostra, è dotata di un ordinamento radicato nelle tradizioni sociali originarie, di organi di direzione, di criteri di elezione particolarmente selettivi e di un territorio sul quale esercita un controllo tendenzialmente assolutista. È organizzata secondo un modello verticistico, che prevede famiglie, mandamenti, commissioni provinciali e commissione regionale, così da consentire, pur nella capillarità della sua articolazione e nella complessità del suo ordinamento, di impostare strategie unitarie. L'organizzazione della Cosa Nostra è formata da soggetti che si definiscono "uomini d'onore". Alla base dell'organizzazione, verticistica e piramidale, ci sono le "famiglie" in cui tutti gli affiliati si conoscono fra loro, governate da un "capofamiglia"; altre figure importanti sono il "sottocapo" e i "consiglieri", consulenti nominati dal "capofamiglia", in numero non superiore a tre. Le "famiglie" si dividono in gruppi di dieci uomini, detti "decine", comandate da un "capo-decina". Tre o più "famiglie" dal territorio contiguo formano un "mandamento", guidato da un "capomandamento". I vari "capi-mandamento" si riuniscono in una "Commissione provinciale", di cui la più importante è quella di Palermo. La "Commissione provinciale" è presieduta da un "capomandamento" che, per sottolineare il suo ruolo di "*primus inter pares*", si chiamava in origine "segretario", ma sembra che ora abbia preso il titolo di "capo". Per lungo tempo non c'è stato bisogno di un organismo superiore alla "Commissione provinciale", poiché quasi tutte le "famiglie" risiedevano in quella di Palermo. Quando, però, l'organizzazione ha messo radici in tutta l'isola, è stata creata una cupola regionale detta "Commissione interprovinciale", alla quale partecipavano tutti i rappresentanti delle varie province e dove il titolo di "capo" era tenuto da quello della "cupola provinciale" più potente e, quindi, da quello della

provincia di Palermo. Negli ultimi anni, dopo la riorganizzazione, in seguito ai colpi inferti dalle Forze di Polizia e dalla magistratura, la struttura, che era già stata molto semplificata, si è fatta ancora meno verticistica e meno localizzata: infatti, si ipotizza che le famiglie della Cosa Nostra siano ora organizzate per funzione oltre che per territorio. Proprio per queste sue qualità è considerata un modello nel panorama criminale internazionale. Infatti, già da qualche decennio, “succursali” di Cosa nostra sono state aperte anche in alcuni Paesi Europei che erano diventati meta delle massicce correnti migratorie dalla Sicilia, così come negli Stati Uniti e in Canada. Dalla cattura di Provenzano (2006) in poi, Cosa Nostra, superata la fase caratterizzata dalla cosiddetta strategia della “sommersione”⁸ volta ad ottenere un’assoluta invisibilità in funzione di una maggiore compattezza strutturale e di una significativa regressione dell’attenzione verso il fenomeno mafioso, ha vissuto e continua ancora oggi a vivere, una fase di transizione, non soltanto sotto il profilo della scelta di una nuova leadership ma anche sotto il profilo della ricerca di nuovi schemi organizzativi e di nuove strategie operative. Le indagini ed i processi svolti continuano a confermare che Cosa Nostra tenta di trovare nuovi equilibri interni ed è però seriamente ostacolata in tale opera dalla continuità delle attività investigative costantemente in corso, che sono riuscite a cogliere l’attualità delle vicende dell’organizzazione criminale. Appare, però, chiaro come ad ogni cattura dei rinnovati vertici dell’organizzazione, sia a livello di capo famiglia sia di reggente del mandamento, ha fatto seguito l’immediata nomina del sostituto, capace di consentire all’organizzazione di continuare a vivere, sia pure con un livello strategico operativo basso. Dalle dette indagini emerge come, a più riprese, Cosa Nostra abbia tentato di rinnovarsi attraverso una conferma delle sue strutture di governo a cominciare da quelle operanti sul territorio di Palermo. Infine, nonostante i casi di collaborazione da parte delle vittime, risulta ancora estremamente diffusa l’imposizione del “pizzo”⁹ alle attività commerciali e alle imprese, cui si accompagna la riconquista del monopolio sul traffico di sostanze stupefacenti, altamente e

⁸ LA SPINA, AVITABILE, FRAZZICA, PUNZO, SCAGLIONE, *Mafia sotto pressione*, ed. Franco Angeli, 2013.

⁹ Il “pizzo”, in gergo mafioso, è una forma di estorsione praticata da Cosa Nostra, che consiste nel pretendere il versamento di una percentuale o di una parte dell’incasso, dei guadagni o di una quota fissa dei proventi, da parte di esercenti di attività commerciali o imprenditoriali, in cambio di una supposta “protezione” dell’attività.

immediatamente remunerativo. Ma il dato più significativo è, oggi, rappresentato dalla permanente e molto attiva opera di infiltrazione, da parte di Cosa Nostra, in ogni settore delle attività economico-finanziarie, che consentono il fruttuoso reinvestimento dei proventi illeciti, oltre che nei meccanismi di funzionamento della Pubblica Amministrazione, in particolare nell'ambito degli Enti Locali.

1.2 L'uso della violenza, in particolare l'omicidio

“Uccidono in pieno giorno, trasportano i cadaveri, li mutilano, ce li posano fra Questura e Regione, li bruciano alle tre del pomeriggio in una strada centrale di Palermo”¹⁰.

Le organizzazioni criminali utilizzano la violenza per conseguire un ingiusto arricchimento finalizzato alla conquista di fette sempre più consistenti di potere ed influenza. Diversamente dal caso della criminalità ideologica, il fatto di sangue non è fine a se stesso o volto a scuotere le coscienze, ma una sorta di bisogno, se non addirittura, il che pare strano date le statistiche, di *“extrema ratio”*. Infatti, la frequenza di fatti di sangue, come mezzo di mantenimento dell'ordine e della gerarchia interna o ancora come mezzo di pressione sulla società civile è sempre meditata in quanto tali organizzazioni mirano comunque, ove possibile, ad evitare di destare l'attenzione dell'opinione pubblica. In concreto, la violenza è alla base della forza intimidatrice del vincolo associativo e causa della condizione di assoggettamento ed omertà che ne derivano. Per questo motivo, vi è l'esigenza di reclutare personale esperto ed addestrato in grado di “eliminare” ostacoli imprevisti: testimoni, membri e affiliati del gruppo criminale che diventino informatori o collaboratori di giustizia, magistrati ed appartenenti alle forze dell'ordine cosiddetti “scomodi”. La presenza di una riserva di persone disposte a mettere in pericolo la vita propria e altrui nell'esecuzione di compiti particolarmente rischiosi e violenti, viene assicurata dal costante incremento dell'offerta di lavoro criminale causato dall'aggravarsi della questione urbana e dalla questione giovanile del Mezzogiorno. La regola che la violenza genera ulteriore violenza vale anche in questo caso: il meccanismo attraverso cui l'omicidio mafioso innesca altri omicidi non è basato su

¹⁰ Dall'ultima intervista al Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa di Giorgio Bocca, da La Repubblica del 10 agosto 1982.

un superficiale fenomeno di imitazione, ma spesso su ciniche valutazioni che, in un contesto sociale come quello in cui è radicata l'organizzazione mafiosa, risultano spontanee. Nello specifico, in ambito camorristico, a differenza di quanto è accaduto in passato, quando la maggior parte degli eventi omicidari era riconducibile alla guerra di Secondigliano tra i clan e i cosiddetti "scissionisti"¹¹, oggi sembra che siano in corso fenomeni differenti negli assetti criminali camorristici, di cui gli omicidi e gli agguati costituiscono la manifestazione più eclatante. La fibrillazione criminale si registra sia nelle periferie urbane sia nel cuore cittadino, nell'area settentrionale e orientale di Napoli, dal quartiere Sanità ai Quartieri Spagnoli e Forcella e si denotano forti segnali della spasmodica ricerca, da parte dei violenti gruppi criminali, di estendere il loro spazio d'azione alla conquista di fette di potere sempre maggiori nel mercato della droga e proprio in questo contesto la violenza sembra cieca. La situazione di elevato pericolo per l'ordine pubblico è resa ancor più grave dai protagonisti di tali scenari, spesso nuove leve criminali (killer giovanissimi che si caratterizzano per una particolare ferocia agendo al di fuori di ogni regola, i quali possono definirsi quadri dirigenti che fino a pochi anni fa non erano affatto in prima linea) che scontano inevitabilmente una non ancora compiuta formazione strategica. Mentre per le altre organizzazioni criminali, la violenza è solo uno degli strumenti a disposizione e, per quanto il più eclatante, è considerato dagli stessi mafiosi una soluzione estrema; se si osservano le statistiche recenti in numerose aree geografiche il numero dei morti si è progressivamente ridotto fino a scomparire, sempre secondo la teoria della "sommersione". Infine, come si è detto, il pericolo della mafia non è dato dai soli omicidi eccellenti, ma anche dalle estorsioni, dall'imposizione del "pizzo" o dai tentativi di mettere le mani sugli appalti pubblici.

¹¹ La guerra di Secondigliano (nota anche come "faida di Scampia"), avvenuta nel 2004, è stata una guerra di camorra combattuta soprattutto nel quartiere napoletano di Scampia, che ha coinvolto una serie di clan, tra cui il clan Di Lauro (capeggiato da Paolo Di Lauro) opposto alla frangia dei cosiddetti "scissionisti", gruppo nato da una costola degli stessi Di Lauro e capeggiati da Raffaele Amato.

1.3 La strategia del terrore nel napoletano

Nell'anno in corso, la guerra di camorra continua a spargere sangue nel napoletano e a lasciare cadaveri per strada. I killer sono entrati in azione in diverse località ma, sostanzialmente, per le stesse ragioni, vale a dire il controllo dello spaccio di droga e delle estorsioni. A Napoli non si è mai smesso di sparare, si uccidono i rivali, l'obiettivo è sfidare l'avversario colpendo chi è indifeso, decimare il nemico partendo da chi non si sente in pericolo, anche se, in fondo, il vero obiettivo è terrorizzare. Nei primi mesi del 2016 sono state poste in essere azioni dimostrative in tutta la città mediante l'uso di bottiglie incendiarie e sventagliate di kalashnikov per avvertire, intimidire, annunciare rappresaglie. In particolare, abbiamo assistito alla "paranza dei baby-killer" che girano sugli scooter armati fino ai denti, sparando all'impazzata. Il loro obiettivo è fare morti, imporsi in una società stanca e rassegnata, regolare conti con chi si oppone, gambizzare e ferire giovani appartenenti a clan rivali, ma anche tante persone estranee al mondo della violenza e della prevaricazione. La normale amministrazione è una guerra legata alla droga, al controllo del territorio e nutrita di omertà, combattuta da centauri non ancora maggiorenni. Per debellare tale fenomeno in auge, c'è bisogno di istruzione, lavoro, impegno ed investimenti, nonché di un cambiamento radicale da parte della popolazione civile, i quali anziché vivere sotto i proiettili e abbassare la testa, dovrebbero reagire, sostenere lo Stato con le sue Forze di Polizia, non abbandonando il proprio territorio nelle mani dei nuovi capi, ragazzini che contano più di rappresentanti politici e che cercano consensi soprattutto tra le nuove generazioni. Infatti, nel panorama criminale del napoletano stanno prendendo piede le cosiddette "stese"¹², vale a dire le corse sui motorini per la città sparando dove capita, facendo stendere tutti al suolo terrorizzati e pietrificati, sperando che qualcuno non venga colpito accidentalmente a morte. Le stese sono un modo per seminare terrore, far stendere le persone per estendere il proprio dominio, vicolo per vicolo. Ed è così che viene gestito il centro storico di Napoli, con il terrore. A Napoli si fanno gli scongiuri, si spera sempre di non trovarsi al posto sbagliato nel momento sbagliato. L'obiettivo è terrorizzare, imporsi sugli altri clan e sulle persone

¹² R. SAVIANO, *La paranza dei bambini nella guerra di Napoli*, da La Repubblica.it del 8 settembre 2015.

per bene con azioni dimostrative in tutta la città. Se guardiamo le azioni di rappresaglia degli ultimi mesi, noteremo come nessuno possa dirsi al sicuro e come arresti, processi e condanne, da soli, non abbiano alcun potere di fermare una guerra che va combattuta anche e soprattutto con altri strumenti.¹³ Il catalogo della violenza è ampio e sono tante le vittime di una guerra quotidiana, tra le quali affiorano giovanissime vite spezzate da proiettili vaganti, sparati soltanto per provare una nuova arma o per imporsi su una città ormai dilaniata da una violenza imperante, suffragata da una mentalità incentrata sulla prepotenza e la sopraffazione e che, con una finta furbizia, è volta ad eludere il potere dello Stato per effettuare attività illecite ed ottenere, così, un facile arricchimento.

1.4 La cultura mafiosa

Effettuando una analisi sociologica delle organizzazioni criminali, emerge che esse siano delle subculture formatesi nella società, cristallizzate intorno ad una serie di regole, norme valoriali e mezzi per rispettarle, condivisi da un folto gruppo di individui. Risulta possibile affermare che, alla base della cultura mafiosa, vi siano sempre omertà e assoggettamento, che si fondano su regole di rigida e attenta selezione degli aderenti e sulla ferma capacità degli stessi di imporsi, a loro volta, delle regole di spietata funzionalità, rispettate senza eccezioni. Le diverse organizzazioni criminali si caratterizzano, appunto, proprio per il loro modo di imporsi nella società, di far sentire il peso ed il “potere” dettati dalla costante presenza sul territorio di appartenenza e dai vantaggi economici, ottenuti sempre con attività illecite, che cercano di condividere con quanti più affiliati possibili, al fine di ottenere consensi per alimentare le loro fila e per ottenere un valido sostegno da parte della popolazione. Infatti, proprio per quest’ultimo motivo, nelle zone in cui vi è una carenza di cultura, sviluppo sociale ed in cui sono più ramificate le organizzazioni criminali, tale comportamento da prevaricatori, che spesso sfocia in comportamenti violenti, in poche parole mafioso, viene emulato dai giovani sbandati, ragazzi di periferia senza soldi né prospettive, che assoldati da leader più o

¹³ R. SAVIANO, *Napoli, le pistole dei ragazzi invisibili e quelle vittime senza colpa*, da La Repubblica.it del 6 febbraio 2016.

meno riconosciuti per compiere servizi, come la vendita al dettaglio di sostanze stupefacenti, frutto di facile guadagno, costituiscono linfa vitale per la criminalità. Cosa nostra è certamente l'organizzazione più pericolosa nello spettro della criminalità organizzata italiana, poiché per le altre organizzazioni criminali la mentalità mafiosa, comune a tutte le associazioni criminali, non rappresenta che una sorta di spirito di fratellanza. All'interno della criminalità organizzata siciliana, invece, questa mentalità si è addirittura sviluppata in un'alleanza federativa, che già da molto tempo ha prodotto un'organizzazione unitaria. Essa si presenta come uno Stato nello Stato e viene governata con leggi ferree, imposte con la violenza. Per comprendere i motivi che hanno portato all'attuale struttura unitaria ed alla pericolosità di Cosa nostra, è necessario analizzare con maggiore precisione la subcultura che sta alla base di questa organizzazione, che è assai più radicata e ricca di quella di altre associazioni criminali. Una subcultura che si manifesta nella rigida selezione dei suoi membri, come anche nella ferrea capacità di imporsi regole di spietata efficienza, regole che vengono rispettate assolutamente e senza eccezioni. Dunque, la scelta dei membri dell'organizzazione viene fatta con particolare cura e solo i criminali dalle comprovate capacità hanno la possibilità di essere accolti e, precisamente, dopo un'osservazione attenta, occulta o anche diretta, allo scopo di verificare se il candidato possieda quelle qualità che sono ritenute indispensabili: spietatezza e omertà. La cosiddetta omertà è una qualità indispensabile per un mafioso. Il rispetto della legge del silenzio viene richiesto in una forma estrema agli "uomini d'onore" i quali, anche in condizioni particolari, come ad esempio durante una lunga detenzione, non devono mostrare un minimo cedimento per evitare gravi ripercussioni. Altro fattore indispensabile è la spietatezza che si misura commettendo omicidi. Si ricorre all'omicidio, che è il delitto più grave, proprio per affermare l'efficienza e la potenza di un'organizzazione mafiosa, misurate dalla capacità di non subire torti e di reprimerli nella maniera più spietata possibile. L'atteggiamento nei confronti della morte è ancor più significativo, in quanto per un uomo d'onore morire assassinato non è certo piacevole, ma può essere fonte di grande prestigio ed i suoi discendenti possono essere fieri di lui. Coloro che uccidono un uomo traggono un conseguente prestigio in relazione alla dignità della vittima. Misurarsi con una persona di prestigio è fonte di gloria, ucciderla ancora di più, esserne uccisi è onorevole. Come si è detto, la mafia è un'associazione per

delinquere, centralizzata, retta duramente con riti d'iniziazione e statuti. Tali statuti riguardano il comportamento dei suoi membri, ai quali è richiesto di essere capaci di difendere e vendicare il proprio onore e la propria persona, anche arrecando qualunque offesa ad un nemico. È chiaro come la violenza sia non solo giustificata, ma incoraggiata e idealizzata dalla cultura mafiosa e che una parte significativa del prestigio/potere conferito dal gesto mafioso derivi anche dal fatto che esso costituisce una chiara infrazione delle norme statali. L'organizzazione è decisamente conservatrice e il continuo richiamo dei mafiosi al Vangelo esprime anche il conformismo di Cosa Nostra ai tradizionali valori cristiani. I mafiosi vi si adeguano formalmente, anche con maggior rigore rispetto alla media dei credenti, sia perché non hanno alcun interesse a mettersi in mostra, a distinguersi dagli altri, sia perché tali valori formali si conformano perfettamente al loro ceto borghese. Un uomo che ha avuto più di una moglie o intrattiene relazioni extraconiugali note in pubblico, che non è, quindi, capace di autocontrollo sul piano sessuale e sentimentale, non è un uomo affidabile nemmeno sul piano professionale. L'unica donna veramente importante per un mafioso è, e deve essere, la madre dei suoi figli. Se per caso un uomo d'onore fa un matrimonio sbagliato tanto peggio, perché l'unione coniugale non è un fatto essenziale nella sua vita. Ha sposato una donna sbagliata ed ora se la tiene e si conforma ai valori chiave della famiglia, faccia in modo che madre e figli siano rispettati e adeguatamente mantenuti. Negli ultimi tempi, si sono registrati alcuni mutamenti negli uomini d'onore, mentre il vecchio mafioso contadino aveva costumi austeri consoni al suo contesto, il mafioso urbano di oggi ha assimilato la cultura del consumismo e si è adeguato ai canoni del mondo moderno, diventando funzionale ad esso. Conserva però qualcosa di cui gli altri membri della collettività sono privi: la cultura dell'appartenenza e della fedeltà a valori fondamentali, soprattutto in un momento in cui si è privi di punti di riferimento, i mafiosi tendono a conservare la loro identità e ad affermarla. La vita degli uomini d'onore è condizionata da tali valori; la dignità, per esempio, rimane molto importante. Un mafioso che tenta di impiccarsi nella cella del carcere è destinato a essere eliminato, poiché ha dimostrato di non essere capace di sopportare la durezza della vita carceraria e quindi, in generale, una qualsiasi situazione difficile. Un mafioso che lascia trapelare dei segni di disagio psicologico e quindi dimostra mancanza di sicurezza, rischia di essere messo a tacere per sempre. Questo è il motivo per cui un

mafioso non parla, non lascia mai trapelare un'emozione o un sentimento. Non bisogna dimenticare che la mafia è l'organizzazione più agile, duttile e pragmatica che si possa immaginare, rispetto alle istituzioni e alla società nel suo insieme. La mafia si alimenta dello Stato ed adatta il proprio comportamento al suo.

1.5 Onore e omicidio

“A parola d'onuri vali sangu”

(La parola d'onore vale sangue)

In un contesto regolato dalle leggi di natura, il modo principe per affermare la propria eccellenza consiste nel togliere la vita ad un altro uomo. Secondo tale logica uccidere competitori temibili è onorevole e tanto più temibile e potente è l'ucciso, tanto più degno e meritevole è l'uccisore. L'uomo d'onore non è veramente tale se ha mai dimostrato il proprio valore in un fatto di sangue; non potrebbe altrimenti sperare di incutere timore o guadagnarsi il rispetto. L'omicidio, difatti, conferisce prestigio trasformando l'uomo comune in un soggetto temibile, degno di essere considerato. Il contesto trasforma l'azione illegale in azione mafiosa; l'infrazione della legge statale è onorifica perché indica disprezzo e sfida verso persone e istituzioni potenti e la carriera di molti mafiosi è cominciata dalle fila della criminalità comune. L'ascesa del mafioso nel mondo criminale avviene secondo dei gradi ben precisi, quasi codificati. Si comincia giovanissimi con una denuncia per porto abusivo di armi, si prosegue poi con una denuncia o una condanna per lesioni volontarie. La denuncia per lesioni significa che il giovane d'onore si è distinto per la sua arroganza e spavalderia in qualche rissa o qualche vendetta. Non c'è ancora, in questo stadio, una compromissione definitiva con la mafia. Poi il desiderio di supremazia, di stare al di sopra degli altri, e le amicizie con elementi pericolosi lo spingono ad andare avanti. Ed ecco la condanna per rapina o per estorsione. Più grave il reato, più è alta la considerazione della malavita. Si arriva così al tentato omicidio e poi all'omicidio e alla strage, che equivalgono a delle decorazioni sul campo, avute le quali ci si è a buon diritto guadagnati un posto tra gli altri uomini d'onore.

1.6 Segretezza delle informazioni

La frammentazione dell'informazione è una delle regole più importanti. Cosa nostra è segreta non solo verso l'esterno, ma anche al suo interno: essa scoraggia la conoscenza completa dei fatti e crea ostacoli alla circolazione delle informazioni. Se la base principale del potere di Cosa Nostra è la violenza e la possibilità di togliere la vita altrui, non bisogna dimenticare la segretezza. Quest'ultima permea il comportamento e la mentalità degli uomini d'onore fino nei particolari più insignificanti della vita di tutti i giorni. Quando un capo ordina di uccidere un uomo, può anche non sapere chi andrà ad ammazzarlo. Può non saperlo perché non gli interessa, ma nessuno, d'altra parte, è interessato a farglielo sapere, né glielo farà sapere spontaneamente. Solo se nella squadra dei killer è stato incluso un giovane alla sua prima esperienza, che ha avuto il battesimo del fuoco e del quale si vuol far risaltare il coraggio, si riferirà al capo della sua presenza, ad omicidio avvenuto. Se il capo vuol conoscere l'identità dei partecipanti all'azione, ne dovrà fare esplicita richiesta e molto probabilmente verrà accontentato; ma dovrà motivare la sua domanda con un argomento ben fondato, che giustifichi questa eccezione.

Originariamente, la mafia non uccideva donne e bambini e non faceva del male a nessuno che si trovasse al di fuori della cerchia degli uomini d'onore o che, ovviamente, non minacciasse i loro interessi. Non ce n'era ragione, perché tutti gli estranei ignoravano l'esistenza di Cosa Nostra e quindi non potevano essere coinvolti nelle sue faccende. I mafiosi di solito non uccidevano gli appartenenti alle forze dell'ordine, ritenevano che ognuno stesse dalla sua parte e combatteva la sua battaglia. I secondi indagavano i primi e li arrestavano perché questo era il loro dovere, non avevano nulla di personale contro i secondi; per il resto c'era un certo rispetto. Cosa Nostra, ad esempio, non aveva fatto uccidere guardie carcerarie, né aveva incoraggiato furti a casa dei poliziotti, né aveva mai rubato l'auto di un magistrato.

Avendo l'associazione una struttura rigorosamente gerarchica, non tutti i membri delle varie famiglie si conoscono fra loro, ed i rapporti tra una famiglia e l'altra vengono tenuti, pressoché esclusivamente, dai rispettivi capi; sicché l'organizzazione funziona secondo regole di compartimentazione, volte a realizzare le massime garanzie di segretezza e di sicurezza. All'interno dell'organizzazione poi

la circolazione delle notizie è ridotta al minimo indispensabile, e l'uomo d'onore deve astenersi dal fare troppe domande perché ciò è segno di "disdicevole curiosità" ed induce in sospetto l'interlocutore. Questa, senz'altro, è la regola più ferrea, che ha permesso all'associazione di sopravvivere tanto a lungo e la cui trasgressione è punita con la morte. Allo scopo di evitare che nei contatti tra i membri dell'organizzazione si possano inserire degli estranei, la "presentazione" di un uomo d'onore è disciplinata da severe regole. È impossibile presentarsi da solo come uomo d'onore ad un altro membro di Cosa Nostra, poiché in tal modo nessuno dei due avrebbe la sicurezza della rispettiva qualifica dell'altro; occorre, quindi, l'intervento di un terzo membro dell'organizzazione, che li conosca entrambi per la loro qualità e che li presenti tra loro in termini che diano l'assoluta certezza ad entrambi dell'appartenenza a Cosa Nostra dell'interlocutore. La stessa cosa accade se un uomo d'onore ha bisogno di contattare il capo o membri di un'altra famiglia che non conosce. Quindi, un uomo d'onore conosce soprattutto i membri della propria famiglia e poi quelli delle altre famiglie su cui via via acquisisce notizie per le proprie esigenze di affari o di attività illecite.

Cosa Nostra ha anche un "popolo", costituito dagli uomini d'onore delle varie famiglie, reclutati mediante una rigorosa selezione, basata su un attento accertamento delle "qualità" criminali degli affiliandi. Cosa Nostra ha nel suo ordinamento una vera e propria struttura militare, della quale fanno parte gli uomini d'onore che, per le loro specifiche qualità ed attitudini, sono normalmente utilizzati per la consumazione di omicidi. La struttura militare è diversificata in relazione alle funzioni. Infatti, per l'esecuzione di omicidi di "ordinaria amministrazione" (concernenti obiettivi esterni all'organizzazione, la cui eliminazione non determina rischi e conseguenze di rilievo) vengono utilizzati singoli uomini d'onore delle famiglie interessate, non inquadrati in corpi qualificati. Invece, per la consumazione di omicidi di particolare delicatezza (riguardanti uomini d'onore, ovvero personaggi di rilievo) vengono utilizzati dei veri e propri quadri militari specializzati, composti da killer rigorosamente selezionati e dotati di elevati requisiti di "valore". Si tratta, appunto, dei "gruppi di fuoco" dei vari mandamenti. L'ordinamento giuridico di Cosa Nostra comprende altresì un sistema compiuto di norme di comportamento a cui tutti gli associati devono indefettibilmente attenersi e che sono garantite mediante sanzioni, graduate in relazione alla gravità delle violazioni.

Per l'accertamento delle eventuali responsabilità, Cosa Nostra svolge rapide e penetranti "investigazioni"; sicché nessun fatto può avvenire nel territorio di una famiglia senza che l'organizzazione ne conosca le motivazioni e gli autori.

1.7 La regola dell'omertà

"Non sacciu, non vidi, non ceru e si cerudurmivu"

(Non so, non ho visto, non c'ero e se c'ero dormivo)

Il rigoroso rispetto della regola dell'omertà costituisce uno dei doveri fondamentali degli uomini d'onore, in quanto finalizzata a garantire l'assoluta impermeabilità dei segreti dell'organizzazione mafiosa e, quindi, l'impunità dei suoi affiliati e la sopravvivenza dell'intera struttura criminale. L'uomo d'onore fedele a tale dovere, coinvolto in vicende giudiziarie e detenuto, è consapevole, del resto, che l'organizzazione non lo abbandonerà al suo destino ed interverrà con tutte le sue risorse nella fase processuale, per tentare di aggiustare il processo, per sostenere le spese legali e per contribuire al mantenimento del suo nucleo familiare durante il periodo di detenzione, che egli deve dimostrare di sapere sopportare, senza debolezze o cedimenti. La carcerazione non incide sullo status dell'uomo d'onore, né sulla continuità del suo legame operativo con Cosa Nostra. I capi mantengono le loro cariche e, in loro assenza, le loro funzioni vengono svolte da sostituti, i quali provvedono a consultarli per le decisioni di maggiore rilievo. I quadri intermedi ed i soldati mantengono un continuo scambio informativo con l'esterno, fornendo notizie su quanto avviene all'interno del carcere e ricevendone sugli avvenimenti esterni, disponibili in ogni momento ad eseguire ordini di morte. Perfino dagli uomini d'onore condannati a morte dall'organizzazione si pretende il rispetto della regola dell'omertà. Costoro devono sapere affrontare i conflitti interni con l'organizzazione avvalendosi solo delle loro risorse, senza commettere atti di tradimento che li segnerebbero per sempre come infami, esponendo anche i loro parenti alla vendetta dell'organizzazione. Negli ultimi anni inoltre, di fronte a casi in cui mafiosi eccellenti hanno deciso di collaborare con la giustizia, da parte di Cosa Nostra sono state prese contromisure, allo scopo di ridurre al minimo la diffusione di informazioni sulla mafia all'interno dell'organizzazione.

Inoltre, l'insediamento di Cosa nostra nelle città dell'Italia settentrionale non solo ha allargato la zona di influenza della mafia su un territorio che tradizionalmente era immune da questo fenomeno, ma ha anche creato, in seguito agli intrecci e alle alleanze con membri della malavita locale, una situazione che mette in pericolo la sicurezza pubblica in tutta Italia.

1.8 Onore e ricchezza: mafia imprenditrice

Tra la mafia tradizionale e la mafia di oggi c'è di mezzo la grande trasformazione post-bellica, vale a dire una vera e propria rivoluzione dell'intero ordine economico e sociale. I due fattori principali di tale trasformazione sono stati, nel Mezzogiorno, l'emigrazione e l'intervento pubblico; entrambi hanno avuto importanti riflessi anche nel mondo mafioso in Calabria ed in Sicilia, in particolare l'emigrazione degli anni Cinquanta e Sessanta ha avuto un effetto dirompente sulla struttura dei gruppi mafiosi, assottigliandone le basi umane e interrompendo il ricambio generazionale. Su scala nazionale potere, ricchezza e successo economico sono diventati, ovunque, le mete dei progetti esistenziali di gruppo. Nelle mutate condizioni della società locale, le tradizionali imprese estorsive e di minaccia, nonché la frode e l'assassinio dei concorrenti, hanno cominciato a vacillare come forme in sé meritorie dell'azione e come fonti di mobilità lungo la scala dell'onore. La ricchezza è diventata la prova più facilmente riconosciuta del successo, indipendentemente dalle gesta violente e dall'onore conseguito per mezzo di esse. Essa è diventata la base della reputazione ed il suo possesso diventa obbligatorio per l'acquisizione di una qualunque posizione di rispetto. La competizione fondamentale si è adesso spostata dal piano della conquista dell'onore individuale e familiare al piano del possesso e dell'ostentazione dei nuovi simboli del consumo e dell'affluenza. Nel mutato scenario generale, si è scoperto un volto nuovo della mafia: la cosiddetta "mafia imprenditrice". Un certo numero di mafiosi, infatti, non accettando le condizioni di subalternità e di emarginazione imposte dal nuovo corso economico e politico, hanno tentato di sviluppare una reazione di tipo innovativo accettando il denaro e l'accumulazione quali nuove vie per la riconquista del potere e dell'onorabilità.

Nel caso della mafia in Calabria e in Sicilia negli anni Settanta, il crollo del monopolio statale della violenza ha trasformato la violenza in una forza economica, in uno strumento di modifica dei rapporti di proprietà e di produzione vigente. L'omicidio non è più un tabù fatto rispettare dallo Stato, ma uno strumento di risoluzione dei conflitti sempre meno rischioso e sempre meno costoso. La crisi del monopolio statale della violenza ha agito da moltiplicatore del potere dei mafiosi in quanto ha permesso loro di riadattare a scopi di accumulazione tutto quel bagaglio di gesta sopraffattorie e violente che hanno caratterizzato il curriculum dell'uomo d'onore di trent'anni prima. Il mafioso imprenditore è il prodotto di una stupefacente mutazione culturale che comporta il riutilizzo anche di molte antiche qualità individuali. Il gusto dell'impresa rischiosa, la mancanza di scrupoli, la capacità di prescindere dalle conseguenze immediate delle proprie azioni, sono tutti elementi tipici del vecchio uomo ora razionalmente reinterpretati quali strumenti al servizio del mafioso di nuova generazione.

Capitolo II

Il delitto di omicidio e l'associazione di tipo mafioso

2.1 Inquadramento e analisi normativa

Prima di effettuare un'analisi medico-legale dei dati in nostro possesso che sono elementi basilari dello studio sul fenomeno omicidiario nell'ambito della criminalità organizzata, bisogna premettere che non si può prescindere dai particolari effetti che il contesto stesso ha sul fenomeno. Elementi quali l'ambiente chiuso e quindi favorevole al diffondersi di episodi di "lupara bianca"¹⁴ e di una vera e propria cultura dell'omertà o la particolare efferatezza dei delitti, dato il carattere di esemplarità degli stessi, conferiscono allo studio dell'omicidio nel campo delle organizzazioni criminali caratteristiche del tutto particolari. L'omertà, ad esempio, è un dettaglio fondamentale nel quadro di riferimento poiché conferisce al mondo mafioso e, quindi, anche ai fatti criminosi ad esso riconducibili, un'atmosfera di silenzio che non consente di raccogliere elementi utili ai fini investigativi. Il fenomeno è talmente radicato che i parenti delle vittime preferiscono non denunciare l'assenza di una persona "scomparsa nel nulla", la cosiddetta lupara bianca appunto o addirittura, al fine di impedire eventuali indagini, riferiscono di un'emigrazione del tutto infondata. Circa la crudeltà dei reati, l'organizzazione complessa ed articolata, disciplinata da rigidi codici di condotta interni, ha come conseguenza che la criminalità mafiosa agisca, talvolta, secondo schemi predeterminati, quasi rituali, fornendo elementi investigativi per la ricostruzione delle relazioni tra vittime e colpevoli o i motivi del delitto stesso. Uno studio scientifico dell'omicidio e della mafia, impone di valutare quest'ultima non solo come organizzazione criminale, ma soprattutto come forma di accumulazione e sistema di potere. Occorre tenere presente che tale manifestazione di potenza, nonostante le proporzioni, non esclude che gli omicidi mafiosi siano il frutto di una

¹⁴ *Lupara bianca*, in particolare, è una locuzione (di origine giornalistica) adoperata in ambito malavitoso per indicare un omicidio condotto in modo da non lasciare alcuna traccia del corpo dell'assassinato. Proprio per questo motivo la lupara è detta "bianca" e indica propriamente: uccisione della persona e sparizione del cadavere. Il sistema, assai usato dal terrorismo negli anni successivi alla Seconda guerra mondiale, è poi divenuto caratteristico dell'ambiente mafioso.

violenza programmata, si inquadrino cioè in un piano criminoso delle organizzazioni mafiose, mirando ad una ridefinizione delle egemonie interne e, all'esterno, abbattendo gli ostacoli frapposti alla realizzazione del piano di arricchimento e di dominio.

Nello studio del tema, un inquadramento penale dell'argomento oggetto di analisi consente di trarre definizioni utili a circoscrivere l'ambito di ricerca, in particolare le definizioni di associazione per delinquere di tipo mafioso e di omicidio, desumibili dal codice penale.

2.1.1 *Art.575 c.p.: il delitto di omicidio*

“Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno[276, 295, 579; c. nav. 1150]¹⁵”

Da un punto di vista penale l'omicidio, ex art. 575 c.p., che rientra nei delitti contro la persona, è l'uccisione di un uomo cagionata da un altro uomo con un comportamento doloso o colposo e senza il concorso di cause di giustificazione.

Scopo della norma che punisce l'omicidio è la tutela della vita umana anche nell'interesse della collettività e l'oggetto materiale dell'azione criminosa è, appunto, togliere la vita ad un altro uomo (l'ordinamento non punisce, infatti, il suicidio, neppure nell'ipotesi di tentativo), per cui il bene giuridico tutelato dalla fattispecie in esame è quello della persona. Tuttavia, non è facile definire il concetto di persona penalmente rilevante perché si pongono numerose questioni in merito alla determinazione del momento iniziale, a partire dal quale si può parlare di persona, e del momento finale, oltre il quale si possa affermare che non si è più in presenza di questo bene. Per quanto riguarda il momento iniziale, si deve ritenere che il bene giuridico della persona sorga nel momento in cui l'individuo viene messo alla luce e non dal momento del concepimento. Per quanto riguarda il momento finale, invece, si deve ritenere che il bene giuridico della persona venga meno con la morte naturale del soggetto. La vita umana finisce con la morte e finché non si verifica questo

¹⁵ Si rimanda ad altre fattispecie qualora il soggetto passivo ricopra una particolare posizione, come ad esempio all'omicidio del Presidente della Repubblica ex art. 276, a quello di un Capo di Stato estero ex art. 295 e a quello del Comandante di una nave da parte di un membro dell'equipaggio degli artt. 1150 o 1151 del codice della navigazione.

evento, sino a tanto cioè che l'individuo non esala l'ultimo respiro, la vita è bene giuridico oggetto di tutela. Il fatto materiale dell'omicidio implica i tre elementi costitutivi del delitto: la condotta, l'evento morte e la presenza di un nesso causale tra il primo e il secondo; il comportamento può consistere sia in un'azione sia in un'omissione. La condotta può estrinsecarsi nelle forme più diverse, perché la legge non indica le modalità che essa deve assumere, limitandosi a richiedere che abbia cagionato la morte di una persona, per cui si definisce un reato a forma libera. I mezzi usati possono essere fisici, psichici, diretti o indiretti, ed applicati nei modi più svariati. L'evento del delitto di omicidio consiste nella morte di una persona. La determinazione dei sintomi dai quali si desume la cessazione della vita umana, secondo la scienza medica avviene con l'arresto, irreversibile e totale, delle funzioni del sistema nervoso centrale. Il nesso di causalità materiale è di dimostrazione prettamente medico-legale: sta al consulente o al perito, infatti, stabilire se l'azione del colpevole ha "cagionato" la morte. Dovendo il magistrato tener conto, nel graduare la pena entro i limiti fissati dalla legge, dell'esistenza o meno di concause in rapporto all'interferenza dell'azione lesiva nel determinismo della morte, darà compito al medico di accertare la causa o le cause che hanno determinato la morte del soggetto, anche in concorso o meno con fattori concausali preesistenti; chiederà di accertare con quali mezzi fu esercitata la violenza che provocò la morte, specificandone modalità con le quali avvenne il delitto, chiederà inoltre di accertare il momento della morte, la durata dell'eventuale periodo di sopravvivenza e la possibilità che ebbe la vittima di difendersi o di compiere altri atti coscienti. L'evento della morte segna quindi il momento consumativo del delitto di omicidio. Trattandosi di un risultato nettamente distinto, anzi, staccato dalla condotta umana, non vi sono dubbi in merito alla configurabilità del tentativo. Nello specifico, analizzando la Sentenza della Corte di Cassazione n. 25040/2004, integra il tentativo di omicidio la condotta degli affiliati ad una associazione camorristica che, allo scopo di eliminare il capo di un clan rivale, deliberano di ucciderlo e predispongono, anche ricorrendo ad associazioni collaterali o alleate, l'organizzazione necessaria per l'esecuzione del delitto, in quanto gli atti preparatori possono integrare gli estremi del tentativo quando sono idonei e diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, in tal modo applicando il criterio di adeguatezza causale nel senso di verifica della attitudine a creare una situazione di pericolo attuale e concreto di lesione del

bene protetto dalla norma incriminatrice (fattispecie nella quale risultava individuato un gruppo incaricato di localizzare la vittima designata, con il compito di segnalarne la posizione agli esecutori materiali, equipaggiati con motociclette ed armati, affinché questi potessero raggiungerla immediatamente e, una volta eliminata, allontanarsi subito dopo con altri mezzi predisposti da un diverso gruppo operativo).

Sotto il profilo psicologico, l'omicidio può essere doloso, colposo o preterintenzionale; peraltro trovano applicazione tutte le cause di giustificazione previste dalla parte generale del codice penale, ad eccezione del consenso dell'avente diritto. In relazione al tema trattato, approfondiremo l'elemento psicologico del dolo.

L'omicidio doloso, ai sensi dell'art. 575 c.p., è il fatto di chi volontariamente cagiona la morte di un altro uomo¹⁶. È necessario e sufficiente che il soggetto agente si sia rappresentato la morte come conseguenza diretta della sua azione o omissione. L'omicida è responsabile nella stessa misura sia che abbia voluto la morte di un uomo in ogni caso, sia che si sia rappresentato l'evento morte come indifferente rispetto a quelle di lesioni (dolo alternativo), ovvero ancora che l'agente si sia prefigurato l'azione di ledere, ma si sia rappresentato come probabile o possibile anche l'evento più grave, cioè la morte e, ciò nonostante, abbia agito ugualmente anche a costo di cagionare tale più grave evento, accettandone quindi preventivamente il rischio (dolo eventuale). Il nostro codice, per graduare il delitto, segue il sistema delle circostanze aggravanti. Negli artt. 576 e 577 c.p. queste circostanze sono distinte secondo che importino l'ergastolo o la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Le aggravanti in questione possono essere raggruppate secondo che si riferiscano all'elemento soggettivo del reato, alle modalità dell'azione criminosa o ai mezzi usati, alla connessione con altri reati, alla qualità del soggetto attivo e ai rapporti fra il colpevole e l'offeso¹⁷.

¹⁶ Il codice Zanardelli nella definizione di omicidio doloso conteneva l'inciso "a fine di uccidere", ma nel progetto definitivo del codice attuale questa formula, che figurava ancora nel progetto preliminare, venne soppressa perché ritenuta superflua, date le norme generali sull'elemento soggettivo del reato. La soppressione dell'inciso merita approvazione anche per il fine di uccidere, per quanto di regola ricorra nell'omicidio doloso, non può ritenersi necessario, non riscontrandosi in quella forma di dolo che va sotto il nome di dolo indiretto o eventuale.

¹⁷ Aggravanti concernenti l'elemento soggettivo del reato sono:
- l'aver commesso il fatto con premeditazione, per la quale occorrono un certo lasso di tempo tra la risoluzione criminosa e la sua attuazione, nonché un'accurata preparazione del delitto (macchinazione);

Dal punto di vista medico-legale, l'intenzione di uccidere può essere dimostrata dalla natura e dall'idoneità dei mezzi impiegati, dalla sede e dal numero di colpi inferti e dalla direzione dei colpi. Nella maggior parte dei casi tale dimostrazione non riesce difficile in quanto le lesioni risultano localizzate in organi essenziali per la vita.

Particolarmente delicato risulta il compito peritale nei casi in cui la morte è effetto di più cause che hanno concorso a determinare l'evento.

L'omicidio preterintenzionale è commesso, invece, da chiunque, con atti diretti a cagionare percosse o lesioni, causi la morte di un uomo (art. 584 c.p.). In questo caso, l'intenzione del colpevole non è quella di uccidere, bensì soltanto quella di percuotere (art. 581 c.p.) o di ledere (art. 582 c.p.) e l'evento morte va al di là dell'intenzione. L'indagine medico legale può fornire al giudice utili elementi valutando la sede, la natura e l'entità della lesione in rapporto all'azione lesiva del colpevole, compito questo non sempre facile che il perito deve assolvere sulla scorta dei reperti obiettivi, il quale diventa ancora più arduo con la mancanza di quest'ultimi. Ciò avviene, ad esempio, nei casi in cui le percosse o le lesioni si siano arrestate alla fase del tentativo o non abbiano lasciato alcuna traccia sul corpo della vittima.

- l'aver agito per motivi abietti o futili.

Le aggravanti concernenti le modalità dell'azione criminosa o i mezzi usati sono:

- l'aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone;
- l'aver commesso il fatto con il mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso (all'uopo le sostanze corrosive, quali l'acido nitrico, solforico ecc. sono comprese nelle sostanze venefiche).

Tra le aggravanti dipendenti dalla connessione con altri reati vi sono:

- l'aver commesso il fatto per eseguire o occultare un altro reato, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il profitto o il prodotto o il prezzo ovvero l'impunità di un altro reato;
- l'aver cagionato dolosamente la morte nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti dagli artt. 609 *bis*, *quater* e *octies* c.p.

Le aggravanti dipendenti dalla qualità del soggetto attivo, invece, sono:

- omicidio commesso dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione, ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza;
- omicidio commesso dall'associato per delinquere per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione.

Tra le aggravanti dipendenti dai rapporti fra il colpevole e l'offeso vi sono:

- l'aver commesso il fatto contro l'ascendente o il discendente;
- l'aver commesso il fatto contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta.

Acquista fondamentale importanza l'eventuale apporto di fattori concausali, perché l'azione lesiva del colpevole è di solito così tenue da non poter da sola giustificare l'effetto prodotti.

2.1.2 Art.416 bis c.p.: associazione per delinquere di tipo mafioso

“Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da sette a dodici anni.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni [112 n. 2].

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione¹⁸ del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire o ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali¹⁹.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da nove a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dodici a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego [240].

¹⁸ La giurisprudenza prevalente ritiene che la formula “si avvalgono della forza di intimidazione” debba essere intesa nel senso che l'associazione abbia come programma il ricorso alla forza di intimidazione per realizzare i propri scopi, quindi non viene ritenuto necessario l'effettivo ricorso dell'associazione al compimento di atti intimidatori. Quindi non necessariamente deve esservi il ricorso ad atti di minaccia, deve però sussistere un alone penetrante e avvertibile di presenza intimidatoria e sopraffattrice, frutto di uno stile di vita consolidato nel tempo.

¹⁹ Il comma terzo è stato integrato dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta²⁰ e alle altre associazioni, comunque localmente denominate anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso [32quater].”

La fattispecie penale dell'associazione per delinquere di tipo mafioso venne introdotta dalla legge 13 settembre 1982, n. 646 (detta “Rognoni-La Torre” dal nome dei promotori) e quindi all'interno del V titolo della seconda parte del codice stesso, ossia nella parte disciplinante i delitti contro l'ordine pubblico. Fino al 1982, per far fronte ai delitti di mafia, si faceva ricorso all'art. 416 c.p. (associazione per delinquere), ma tale fattispecie risultò ben presto inefficace di fronte alla vastità e alle dimensioni del fenomeno mafioso, e le sue manifestazioni tipiche. Tra le finalità perseguite dai soggetti uniti dal vincolo associativo ve n'erano anche di lecite, e ciò costituì il più grande limite all'applicazione dell'art. 416 del codice penale. Il 3 settembre 1982, l'uccisione del Generale Dalla Chiesa e la successiva reazione di sdegno da parte dell'opinione pubblica, portò lo Stato nel giro di venti giorni a formulare e introdurre l'art. 416*bis*, con la legge n. 646/1982, cercando così di perseguire in modo più incisivo ed efficace il dilagare del fenomeno mafioso.

L'art. 416 *bis* c.p.²¹, persegue “chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone”; elementi essenziali, per distinguere l'associazione di tipo mafioso dalla semplice associazione per delinquere, sono la particolare forza intimidatrice del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva. Dei suddetti fattori si avvalgono i componenti non solo per commettere delitti, ma anche “per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire o ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali”. L'articolo, sul modello dell'art. 416 c.p., distingue anche dal punto di

²⁰ Il riferimento alla 'ndrangheta è stato inserito dall'art. 6, comma 2, del D.L. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito con modificazioni, nella l. 31 marzo 2010, n. 50.

²¹ Articolo introdotto nel c.p. dalla l. 13 settembre 1982, n. 646 e integrato dall'art. 11-bis della l. 7 agosto 1992, n. 356.

vista sanzionatorio le posizioni di dirigenti, promotori o organizzatori, prevedendo una particolare aggravante nel caso in cui l'associazione sia armata, ovvero nel caso in cui i partecipanti siano in grado di realizzare i fini, in quanto hanno a disposizione armi o materie esplosive, pur se soltanto depositate o occultate. Un ulteriore aumento di pena si ha quando le attività economiche, assunte o controllate dagli associati, vengono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti.

Di particolare rilievo sono gli effetti della condanna che importa sempre la confisca delle cose che “servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego”. È un reato permanente in quanto elemento essenziale è la stabilità del vincolo associativo, al punto che, a differenza dell'art. 416 c.p., è necessaria non la prova della finalità di realizzare più specifici delitti (una vera e propria “*probatio diabolica*” che, in passato, aveva reso non agevole il ricondurre le consorterie mafiose agli schemi dell'art. 416 c.p.), bensì la prova della forza intimidatrice del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva. La finalità è l'arricchimento dei componenti della consorteria, sfruttando rapporti di dipendenza personale a tutti i livelli, siano essi preesistenti o provocati, avvalendosi di sofisticate forme di intimidazione sistematiche. Ed è proprio sul carattere di prevaricazione, rispetto alle componenti sociali non mafiose all'interno, che la legge pone l'accento, anche nelle manifestazioni esterne in forme di attività imprenditoriale o para-imprenditoriale. Il tutto nel quadro di quella che è stata esattamente definita “una logica di dominio e di conquista illegale e violenta di spazi di potere reale”; la logica del patronato e dell'omertà da cui ha preso le mosse la norma in oggetto per equiparare alla mafia classica, la Camorra ed altre associazioni simili come la 'Ndrangheta. Non basta così all'esistenza del reato il mero accordo; occorre una struttura organizzativa che l'articolo in esame, pur così propenso alle specificazioni, non definisce, nonostante i tentativi giurisprudenziali di qualificare alcuni rapporti funzionali all'attività mafiosa con il nome di “concorso esterno”.²²

²² La giurisprudenza ha elaborato una nozione di “concorso esterno” in associazione mafiosa, intendendo quest'ultimo, al di fuori dei casi di partecipazione organica, come una forma di “concreta attività collaborativa idonea a contribuire al potenziamento, consolidamento o mantenimento in vita del sodalizio mafioso in correlazione a congiunturali esigenze del

L'esigenza della prova di manifestazioni esterne dell'influenza della criminalità di tipo mafioso causa il persistere di notevoli difficoltà di accertamento.

2.2 L'omicidio nell'ambito della criminalità organizzata

In genere si ritiene che la mafia privilegi certe tecniche di omicidio rispetto ad altre. È un errore. La mafia sceglie sempre la via più breve e meno rischiosa: è questa la sua unica regola e non ha, quindi, alcuna particolare preferenza per una tecnica o per un'altra. Il metodo migliore resta la "lupara bianca", la scomparsa pura e semplice della vittima designata senza tracce del cadavere e neppure di sangue. La lupara bianca era la fine riservata a coloro che non meritavano l'onore di una pallottola: la morte delle spie, degli infami e dei traditori, ai quali davano fuoco facendo poi sparire i resti. Furono i Corleonesi, alla fine degli anni Quaranta ad inaugurare questa tecnica: sequestravano un uomo, lo interrogavano, lo torturavano, lo davano in pasto ai maiali o ai corvi, scioglievano il cadavere nell'acido, lo gettavano in un pilastro di edifici in costruzione, coprivano il tutto con una colata di cemento (emblematico il caso resti di cadaveri scheletrizzati nei piloni di ponti) oppure lo appesantivano e lo gettavano in paludi o acquitrini. Il motivo di questa tecnica era che se non si trovava il cadavere, non c'era il corpo del reato e se non c'è il corpo del reato, non c'era il reato. Il *modus operandi* principale consisteva in tre colpi di lupara: uno alla schiena, uno al cuore e l'ultimo in bocca.

Ma la mafia, se può, preferisce le operazioni discrete che non attirano l'attenzione. Ciò, di fatto, influenza il nostro studio, in quanto la piaga dell'omertà ed il fenomeno della lupara bianca alterano i dati in nostro possesso, impedendoci di venire a conoscenza di certi fatti o di elementi che consentano di attribuirli all'area mafiosa o di analizzarli in modo più approfondito. Di conseguenza, le seguenti valutazioni vanno esaminate tenendo presente che un alto numero oscuro di omicidi, vizia le nostre statistiche. Cosa Nostra ha a sua disposizione un arsenale

medesimo e a situazioni di difficoltà. Il delitto ha carattere permanente e, pertanto, mentre esso si consuma con l'ingresso nell'associazione, la consumazione si protrae sino a quando non intervenga lo scioglimento o l'abbandono da parte del soggetto attivo. Il dolo consiste nella volontà di essere associato, entrando nella consorteria o rimanendovi, e nella coscienza delle caratteristiche e finalità di quest'ultima.

completo di strumenti di morte. La lupara, il famoso fucile a canne mozze, che una volta firmava i delitti mafiosi, ormai sta passando di moda; quest'arma artigianale di origine contadina è sempre meno adatta alle esigenze della mafia moderna. Oggi, si preferiscono generalmente le armi a canna corta, la calibro .38 e la .357 Magnum a proiettili dirompenti. Per gli attentati più difficili e complessi vanno bene le armi a canna lunga di fabbricazione straniera, gli AK-47(Kalashnikov), i bazooka, i fucili lanciagranate, per non parlare degli esplosivi e, nello specifico, del tritolo. Cosa Nostra non disdegna di valersi del progresso tecnologico per un migliore raggiungimento dei suoi scopi, ma va comunque ricordato, ancora una volta, che i fatti di mafia non sono necessariamente sanguinosi e che spesso personaggi "scomodi" sono semplicemente spariti senza lasciare tracce. Ecco perché, ad esempio, lo strangolamento è una tecnica relativamente frequente. Niente colpi di arma da fuoco, niente rumore, nessuna ferita e quindi sangue; una volta strangolata la vittima viene disciolta in un bidone di acido che si vuota in un pozzo, in un canale di scolo, in un qualsiasi scarico.

Nell'esempio di specie, il ragionamento dei mafiosi è logico e semplice: si attira qualcuno in un agguato, dandogli un appuntamento in un garage o in una casa di campagna o in un magazzino e la tecnica migliore da seguire è lo strangolamento, che non provoca rumore e non lascia né sporczia né tracce. Lo strangolamento è però una modalità omicidiaria che richiede capacità tecnica ed esercizio²³. La mafia, oltre alle armi da fuoco può servirsi di altri mezzi, per esempio i veleni. In conclusione la mafia non fa differenza di tecniche purché siano funzionali.

Un uomo d'onore non può scegliere di non uccidere. Nessuno può permettersi di non eseguire un ordine della Commissione o del capo-famiglia. Allorché un uomo d'onore riceve l'ordine di uccidere, obbedisce senza porsi domande e senza farne, senza lasciare trapelare incertezze e soprattutto senza averne, senza manifestare compassione e, di fatto, non ha altra scelta perché chi tentenna, di fronte alla necessità di uccidere, è un uomo morto. Si sono verificate eliminazioni di un uomo per mano del suo migliore amico o lo strangolamento per

²³ Un pentito ha affermato che possono essere necessari pure dieci minuti e che la vittima si divincola, morde, tira calci, alcuni riescono perfino a liberarsi dai lacci.

mano di un fratello. Per gli uomini d'onore quel che conta è il coraggio dimostrato dall'omicida, la sua professionalità.

Quanto più cruenta, spietata, crudele l'esecuzione appare ai nostri occhi di onesti cittadini, tanto più fiero potrà andare l'uomo d'onore e tanto più sarà esaltato il suo valore all'interno dell'organizzazione.

Cosa Nostra si fonda sulla regola dell'obbedienza: chi sa obbedire, eseguendo gli ordini con il minimo di costi, ha la carriera assicurata. È prassi, soprattutto negli ultimi tempi, che i capi partecipino di persona alle azioni particolarmente pericolose o importanti; accresce il loro prestigio. Giornali, libri, film si dilungano sulla crudeltà della mafia, che certamente esiste, ma non è mai fine a sé stessa, chi si macchia di atrocità gratuite suscita ribrezzo nell'organizzazione.

L'uomo d'onore deve eseguire il suo lavoro senza mettere a repentaglio né se stesso né la famiglia; il fascino morboso del suicidio o del sacrificio di sé non fa parte del suo bagaglio culturale: se è in grado di avvicinare la vittima la colpirà di sorpresa, facendone sparire il cadavere (è sempre la soluzione migliore, in quanto lascia nell'incertezza l'identificazione dell'assassinio e la sorte dell'assassinato), altrimenti sta a lui individuare il modo migliore per ucciderla, esponendosi al rischio²⁴.

La violenza interna all'organizzazione è la più difficile da comprendere. Ci è difficile, infatti, pensare che corrisponda ad una logica, che la mafia non abbia altro mezzo, per ristabilire l'ordine interno, se non quello di uccidere: quando recluta un vigliacco o un bugiardo, quando le capita di venire imbrogliata sulla merce e così via. Perché Cosa Nostra è una società, un'organizzazione, a modo suo, giuridica, il cui regolamento, per essere rispettato e applicato, necessita di meccanismi effettivi di sanzioni. Dal momento che all'interno dello Stato-mafia non esistono né tribunali né forze dell'ordine, è indispensabile che ciascuno dei suoi "cittadini" sappia che il castigo è inevitabile e che la sentenza verrà eseguita immediatamente. Chi viola le

²⁴ Omicidi celebri dimostrano lo straordinario pragmatismo e la capacità di adattarsi di Cosa Nostra e confermano ancora una volta come, pur avendo talvolta i fatti di sangue un preciso significato, non necessariamente seguano particolari rituali o schemi esecutivi. Solo considerazioni strategiche e tecniche determinano il tipo di omicidio e il tipo di arma da impiegare. La vittima è colpita nell'attimo della giornata e nel luogo in cui appare più vulnerabile. Prima di sferrare l'attacco, l'organizzazione compie sempre uno studio serio e approfondito, per questo sono assai rari i casi di arresti in flagranza di reato.

regole sa che pagherà con la vita²⁵. Le stesse regole valgono anche per la Camorra. Ogni camorrista quando non uccide paga personalmente l'errore; paga per aver lasciato in vita un condannato che diviene poi un testimone. Per questo, basta dare uno sguardo ai referti necroscopici degli ammazzati dalla Camorra negli ultimi dieci anni: quasi tutti vengono sparati in faccia o alla nuca, per avere la certezza della morte. L'assassino, l'uomo che uccide, è persona tecnicamente abile; molto probabilmente è un uomo che ha già ucciso. Vede il suo obiettivo, entra senza problemi nel luogo in cui si trova, fa un giro e poi spara tre colpi, secchi, ravvicinati, a pochi centimetri dal corpo. I primi colpi sono più bassi, poi l'ultimo, il colpo di grazia è quello fatale. Ma passando sul versante calabrese della 'Ndrangheta, la criminalità coniuga regole arcaiche e spietate con la più sofisticata modernità. Infatti, un giovane killer racconta, fiero, di come abbia dato in pasto ai maiali un suo avversario, come atto conclusivo di una faida di 'ndrangheta scoppiata ad Oppido Mamertina²⁶.

²⁵ Per i magistrati in genere e per chi è responsabile della repressione, le manifestazioni episodiche di violenza mafiosa rivestono un interesse supplementare poiché sono indice dello stato di salute dell'organizzazione e del grado di controllo che esercita sul territorio. Quando ci sono troppi morti è segno che la presenza di Cosa Nostra in quel centro non è ancora del tutto consolidata, quando cessa la mattanza significherà che Cosa Nostra è riuscita a sopraffare le organizzazioni marginali ed è la sola a controllare le fonti di reddito, gli appalti, gli aiuti comunitari, i traffici locali. Finché si uccide, è segno che la situazione è instabile e gli individui vulnerabili. Ma non tutto è prevedibile e stabilito, e anzi la mafia è come un organismo in continua evoluzione.

²⁶ E. FIERRO, *Ndrangheta, ucciso e dato in pasto ai maiali. E il killer si vanta con l'amico*, da il Fatto Quotidiano.it, del 23 dicembre 2013.

CAPITOLO III

Le modalità omicidiarie di tipo mafioso

3.1 Dinamiche dell'omicidio nella criminalità organizzata

Per descrivere le dinamiche omicidiarie della criminalità organizzata è interessante ricordare una sentenza su Cosa Nostra della Seconda Sezione della Corte d'Assise di Palermo del 12 aprile 1997:

“Come è già stato autorevolmente affermato e messo in rilievo dalla copiosa pubblicistica al riguardo, la peculiarità della cultura e dell'ordinamento di “Cosa Nostra” si rivela, soprattutto, dall'analisi del fenomeno omicidiario; gli omicidi di matrice mafiosa presentano, infatti, caratteri strutturali talmente singolari da costituire una categoria assolutamente autonoma, non assimilabile ad alcun'altra nell'intero panorama criminale.

L'organo dell'accusa ha tenuto presente tali peculiarità, illustrando lo scenario storico ed il circuito criminale mafioso in cui vanno collocati gli omicidi oggetto di questo processo.

L'omicidio mafioso non si verifica all'interno di contesti causali meramente interindividuali, tali cioè da coinvolgere solo i conflitti di interesse ed i poteri di autodeterminazione dei singoli individui protagonisti dell'evento.

Esso, infatti, riassume e rispecchia nel suo iter decisionale e nella sua attuazione la dimensione superindividuale dell'organizzazione, in quanto costituisce lo strumento privilegiato attraverso il quale “Cosa Nostra” manifesta la sua esistenza e realizza le sue regole nella collettività sociale: la mafia uccide quando ritiene che l'omicidio sia essenziale per difendere i suoi interessi. Tale significato ordinamentale di ogni singolo omicidio si manifesta in tutte le fasi dell'iter criminoso.

Nella fase della decisione è la qualità delle vittime che determina il livello istituzionale in cui la scelta viene assunta dopo una preventiva valutazione dei costi e dei benefici dell'atto criminoso; in particolare, solo la commissione può deliberare o autorizzare l'esecuzione di omicidi che riguardano esponenti delle istituzioni statuali o di ceti professionali a causa dell'insorgere di gravi reazioni da parte dell'ordinamento statale.

Rientra altresì nella competenza della commissione la decisione di omicidi concernenti uomini d'onore, in quanto è attraverso la valutazione di tale supremo organo di giurisdizione che si

disinnesca il pericolo di faide personali o interfamiliari, suscettibili di effetti destabilizzanti per l'intera organizzazione.

L'esecuzione di omicidi di ordinaria amministrazione, concernenti cioè vittime esterne all'organizzazione, è sottoposta al vaglio preventivo di un livello istituzionale inferiore, potendo essere deciso o autorizzata dai capi mandamento e dai capi famiglia nella loro qualità di organi di gestione amministrativa dei rispettivi territori.

È da precisare comunque che nessun uomo d'onore può decidere autonomamente ed eseguire un qualsiasi omicidio, per quanto motivato da interessi personali, senza avere preventivamente ricevuto un ordine in tal senso o avere ottenuto l'autorizzazione dell'organo competente.

La dimensione superindividuale dell'omicidio si manifesta anche nella fase dell'organizzazione dell'esecuzione del delitto che vede coinvolti e partecipi una pluralità di uomini d'onore, spesso appartenenti a famiglie diverse.

Il ruolo ed i compiti sono definiti e molteplici: vi è chi è incaricato di studiare le abitudini della vittima; chi, approfittando della fiducia, è incaricato di condurla sul luogo prestabilito per il delitto; chi ha il compito di procurare ed occultare le autovetture rubate e che verranno utilizzate nella fase di esecuzione dell'omicidio; coloro che forniscono e mettono a disposizione un luogo ove eseguire l'azione; coloro che conservano le armi prima e dopo il misfatto; chi esegue materialmente il delitto e che per lo più si tratta di killer specializzati e dotati di elevata professionalità criminale.

La maggior parte dei partecipanti non ha alcun interesse personale all'esecuzione dell'omicidio; una volta che l'esecuzione del delitto è stata deliberata o autorizzata, l'intera organizzazione è impegnata nel garantire il buon esito dell'operazione ed i singoli partecipanti esercitano una attività doverosa che prescinde da qualunque coinvolgimento di interesse personale.

Nell'ipotesi di omicidi deliberati dalla commissione, viene avvertito tempestivamente il capo famiglia nel cui territorio l'omicidio deve essere eseguito per dare la possibilità di adottare le necessarie precauzioni, per esempio avvisando eventuali latitanti o uomini d'azione che esercitano attività criminali nelle zone teatro dell'azione.

Nell'ipotesi di omicidio di ordinaria amministrazione che deve essere eseguito in un territorio soggetto alla sovranità di un'altra famiglia, occorre che il capo di quest'ultima ne autorizzi l'esecuzione nel proprio territorio, ovvero può accadere che egli si faccia carico di provvedere direttamente all'esecuzione con il proprio gruppo di fuoco in nome e per conto della famiglia richiedente.

La conoscenza delle cruente vicende mafiose ha consentito di apprendere che nell'eliminazione degli avversari "lo strangolamento" è una delle tecniche preferite. La vittima viene avvicinata da

persone che crede di sua fiducia, si allontana tranquillamente dal domicilio, viene condotta in un luogo idoneo all'eliminazione, viene quindi soppressa senza lasciare le tracce tipiche dell'arma da fuoco.

I familiari, che lo hanno visto allontanare tranquillamente, non denunciano subito la scomparsa e lasciano inconsapevolmente agli assassini il tempo per fare sparire il corpo, mentre le indagini si avviano con notevoli ritardi.

Dopo lo strangolamento con una corda a cappio, il cadavere viene in genere legato, posto dentro un sacco della spazzatura e collocato nel portabagagli di un'auto rubata.

L'incaprettamento è un modo per disfarsi dei corpi degli uccisi, in quanto è la posizione più comoda per infilarli dentro i sacchi, ma nulla toglie all'efferatezza degli operatori, i quali hanno enfatizzato le pratiche di violenza per incutere nella popolazione maggior timore. Anche l'uso degli acidi per dissolvere i corpi degli uccisi si iscrive in questa logica che accoppia l'efficacia del mezzo tecnico operato con la sua capacità di aggiungere orrore all'ordinario orrore: i cadaveri vengono disciolti in fusti contenenti acido, entro cui si dissolvono lasciando come unica traccia oggetti di metallo come orologi e preziosi di altro genere, e vengono quindi immessi negli scarichi delle condutture (di tale macabro rituale ha diffuso parlato Drago Giovanni: "...Arvenuto lo strangolamento, i cadaveri si scioglievano nell'acido o a volte portati da... Nino Scaduto, detto "u carabinieri", a Bagheria e venivano buttati in una spaccatura nelle rocce, in montagna. L'acido è... abbastanza forte. Si prende la persona... la vittima, si denuda, gli si tolgono - se ne ha addosso - gli oggetti d'oro e viene messo in un fusto...quelli dove di solito fanno da contenitore per l'olio. Vengono infilati qua e gli viene buttato, appunto, questo acido che scioglie completamente tutto il corpo. Il contenuto del bidone veniva buttato nel giardino..."; e della medesima metodica hanno riferito pure Baldassare Di Maggio a proprio dell'eliminazione di Rosario Riccobono e dei suoi fedelissimi, e Marchese Giuseppe a proprio dei delitti commessi dalla famiglia di Corso dei Mille).

Altre volte i cadaveri vengono seppelliti, previo cospargimento con sali chimici, in terreni appartati nella disponibilità di uomini d'onore o di persone a "disposizione".

L'altra tecnica omicidiaria più diffusa prevede l'uso di armi da fuoco utilizzate dalle singole brigate criminali; all'interno del gruppo primeggia il capo, il quale svolge la funzione di coordinatore dell'azione e di tramite degli ordini impartiti dalla commissione.

Durante la fase preparatoria alcuni componenti vengono incaricati di studiare le abitudini delle vittime, i luoghi ed i percorsi, affinché l'azione possa essere eseguita più agevolmente e con minori rischi.

Per la raccolta delle informazioni si fa affidamento su altri uomini d'onore o altre persone a disposizione che conoscono le vittime o abitano nello stesso quartiere, ne conoscono le abitudini e possono seguirne i movimenti senza destare i sospetti (nelle vicende omicidiarie del presente processo hanno appunto assunto tale spregevole funzione essenzialmente Spatuzza Gaspare e Giuliano Giuseppe).

La scelta del luogo teatro dell'azione viene preceduta da sopralluoghi per la organizzazione logistica del delitto; le armi vengono affidate in custodia a persone di fiducia dell'organizzazione e conservate in luoghi particolari lontani dalle abitazioni o dai luoghi di frequenza dei componenti del gruppo per evitare il pericolo del ritrovamento in caso di perquisizione.

La "battuta" è l'informazione sugli spostamenti della vittima, ricevuta la quale il gruppo entra in azione, suddividendosi in più equipaggi utilizzando motociclette ed autovetture che vengono in genere rubati poche ore prima dell'azione e successivamente incendiati o altrimenti fatti scomparire.

I componenti degli equipaggi si mantengono in contatto tramite radio ricetrasmittenti comunicando tra di loro gli spostamenti della vittima e le relative posizioni.

A breve distanza si tengono gli altri equipaggi in funzione di appoggio o copertura; spesso un'altra squadriglia a bordo di una autovettura "pulita" segue il comando che salirà a bordo e si darà alla fuga.

Lo studio e le analisi effettuate nel tempo sulle modalità, sulle motivazioni e le finalità sottese a ciascun delitto, hanno consentito di distinguere varie tipologie di omicidi mafiosi:

- *omicidi mafiosi interni, consumati nell'ambito dell'ambiente mafioso nel corso di conflitti o faide sanguinose;*
- *omicidi mafiosi esterni, che a loro volta ricomprendono varie sottocategorie:*
 - *omicidi di collaboratori di giustizia e loro congiunti (i quali violano le regole fondamentali di omertà e segretezza che assicurano l'impunità degli associati e la sopravvivenza dell'organizzazione; gli omicidi che colpiscono persone legate da vincoli di parentela ai pentiti si configurano come vendette trasversali ed hanno lo scopo di scoraggiare dal proseguire la collaborazione);*
 - *omicidi di operatori economici (per l'esercizio della cosiddetta funzione impositiva di "Cosa Nostra" ed il controllo delle attività economiche legali);*
 - *omicidi di esponenti della criminalità comune (per imporre il controllo delle attività economiche illegali, come espressione della "signoria territoriale");*

- *omicidi di esponenti delle istituzioni (eseguiti per riaffermare l'egemonia di "Cosa Nostra" nei momenti di crisi o di conflitto con le istituzioni legali)".*

3.2 Il movente dell'omicidio e le sue fasi

In questo capitolo dimostreremo come all'interno del contesto mafioso, l'omicidio abbia un ruolo di ricostituente della credibilità mafiosa e di strumento di rilancio dei profitti del crimine organizzato. Abbiamo visto che la criminalità organizzata italiana, a differenza del resto del mondo, non funziona come una semplice impresa ma, specialmente nel Meridione, questa si pone spesso in alternativa allo Stato, offrendo beni e servizi a volte non garantiti. Un esempio lampante, può essere la gestione delle case popolari da parte della Camorra, l'attribuzione agli affiliati di sussidi ed aiuti economici, i servizi di protezione dall'aggressione di altre organizzazioni. La criminalità organizzata ha la necessità, quindi, nell'ambito della sua competizione sociale con lo Stato, di pubblicizzare, rafforzare e garantire la sua immagine nei confronti dei cittadini. Purtroppo, le modalità ed i fini che questa adotta si discostano completamente da quelli dello Stato, in quanto l'obiettivo principale è sempre il profitto e l'acquisizione di potere. L'escalation di violenza intorno al racket²⁷ sintetizza l'insieme degli strumenti cui la criminalità organizzata ricorre nei suoi rapporti con gli appartenenti alla comunità civica. L'estorsione è un reato molto importante per la criminalità organizzata, poiché pone alla sua base la relazione umana tra organizzazione e cittadino. L'estorsore, nel suo primo contatto con un imprenditore, ha l'obiettivo di orientare il rapporto sul fatto che il negozio o comunque l'impresa, necessita di un servizio di protezione che lo Stato non può garantire. L'organizzazione si pone, in questa fase, come difensore, come una tutela extra per l'imprenditore, nei confronti delle altre organizzazioni concorrenti. Il contratto di "protezione", purtroppo, prevede clausole dure, come il non intraprendere relazioni con le altre organizzazioni, men

²⁷ Racket è un termine della lingua inglese che indica attività criminali finalizzate a controllare determinati settori delle attività economiche e commerciali. Essa viene generalmente svolta attraverso minacce e intimidazioni varie all'incolumità personale al fine di estorcere denaro o altre utilità, punendo materialmente chi si rifiuta di sottostare alle richieste. Esistono diverse forme di racket: della prostituzione, del gioco d'azzardo, dell'immigrazione clandestina, ecc.

che meno con le Forze di Polizia. Al fine di assicurare un facile assenso, estorsore ed estorto possono addirittura arrivare a trattare la tariffa, in modo tale da garantire la sopravvivenza del negozio, a fronte dei suoi utili e della possibilità che un'eccessiva pressione possa compromettere questa fonte di guadagno. La necessità di intraprendere un rapporto proficuo porta l'organizzazione a delegare l'atto estorsivo ad un soggetto affidabile ed è per questo che il racket è gestito direttamente da "camorristi", nel senso ordinativo del termine, e non da "sgarristi". Il "camorrista", nell'ordinamento mafioso classico, ha il vantaggio, inoltre, di saper gestire l'eventuale aggravarsi dell'estorsione, qualora ci siano problemi con i pagamenti o quando la vittima si rifiuti di accondiscendere alle richieste della criminalità organizzata. Il rifiuto o la difficoltà nel pagare comporta un'incrinatura dell'efficacia della macchina criminale, cui l'organizzazione deve immediatamente far fronte per evitare che vi sia una perdita di considerazione agli occhi delle altre cosche o della comunità stessa. Il messaggio di una perdita di potere dell'organizzazione può, infatti, portare ad una sollevazione collettiva delle vittime del racket, oppure incoraggiare altre cosche a prendere il sopravvento, ridistribuendo il giro di affari criminoso. Le difficoltà negli affari comportano, quindi, una lesione del prestigio e dell'onore mafioso dell'organizzazione e, di conseguenza, sono una minaccia da eliminare a tutti i costi. Ritornando all'estorsione, al suo aggravarsi, l'organizzazione punta a riparare il danno che sta subendo, intraprendendo una linea d'azione sempre più dura, al fine di percepire il guadagno perduto ed assicurarsi che il problema riscontrato non si ripresenti. Ecco che alla contrattazione "amichevole" della prima fase segue una violenza, prima morale fino ad arrivare a quella fisica vera e propria: lettere minatorie all'imprenditore o ai familiari, scritte sui muri, danneggiamenti a beni dell'impresa o dell'imprenditore. Qualora la vittima non dovesse convincersi a cedere alle richieste dell'organizzazione, una volta esauriti i mezzi che preservavano la sussistenza della fonte di guadagno, la criminalità mafiosa ricorre all'ultima soluzione possibile: l'omicidio. L'omicidio è una pratica controversa nell'ambito dell'estorsione, poiché elimina la fonte di guadagno dell'organizzazione mafiosa, ma il messaggio che lascia agli altri "contribuenti" è forte e previene ulteriori ribellioni alla morsa del racket. La decisione sull'omicidio deve essere quindi molto ponderata e richiede l'approvazione dell'intero quadro dirigente dell'organizzazione. Nelle società criminali, infatti, la ricerca del consenso tra i vertici non mira solo a valutare

o meno l'opportunità di uccidere una persona, ma punta, inoltre, a fissare il messaggio che quella morte deve lanciare un messaggio alla collettività. Abbiamo visto, infatti, che la mafia italiana punta sulla sua rilevanza sociale all'interno della comunità e l'omicidio è quindi la modalità con cui l'organizzazione criminale comunica ai cittadini che essa esiste, non può essere messa in discussione e che ogni tentativo di sottrarsi al suo giogo sarà soppresso.

Il messaggio dell'omicidio è di conseguenza cardine del contesto mafioso e proprio per questo motivo la ritualistica omicidiaria assume un peso relevantissimo: pensiamo ai casi di assassinio dei collaboratori di giustizia ed alle pratiche connesse alla loro soppressione, come l'incaprettamento, di cui parleremo in seguito. La ritualistica mafiosa rende l'omicidio di criminalità organizzata completamente diverso da quello comune, ed è per questo motivo importante fenomeno di studio in criminologia. Per ritualistica intendiamo il susseguirsi di determinate pratiche, disciplinate da un codice di condotta avente un senso ben determinato. La fedele osservazione della procedura omicidiaria permea i tipi di organizzazioni criminali di tutto il mondo e si estrinseca dalla pianificazione, all'esecuzione materiale e addirittura alle fasi successive alla morte della vittima.

Di seguito analizzeremo le varie fasi tecniche dell'omicidio mafioso, cercando di completarne le caratteristiche e ricercarne le vulnerabilità cui l'investigatore dovrà incidere, prima, durante e dopo il sopralluogo.

3.2.1 Programmazione e pianificazione

Abbiamo detto che generalmente l'omicidio in ambito estorsivo è deciso dall'organizzazione criminale in "commissione", per utilizzare un termine ricorrente in Cosa Nostra. Dalla sentenza di condanna della commissione si instaura un procedimento esecutivo che può essere lungo anche decenni, ma che necessariamente dovrà concludersi con la morte della vittima.

La prima fase di questo inesorabile processo attuativo è, come in ogni operazione militare che si rispetti, la pianificazione. La pianificazione dell'omicidio mafioso inizia con l'individuazione della persona da eliminare, che può essere differente dall'effettivo destinatario del messaggio. Nel caso dell'estorsione l'organizzazione può, infatti, decidere di uccidere l'imprenditore stesso, per intimare gli altri a non opporre resistenza, oppure colpire una persona terza per un'altra serie

di motivi: volontà di riconvertire il destinatario del messaggio omicida alla causa dell'organizzazione, evitare che il bersaglio venga martirizzato, eliminare una persona più facilmente raggiungibile data l'irreperibilità del bersaglio.

Una volta individuato il bersaglio, si analizza tutta la sua vita quotidiana, prendendo nota di orari, luoghi, itinerari, frequentazioni ed interessi che caratterizzano la giornata del soggetto. L'osservazione avviene generalmente con pedinamenti o appiattamenti, altrimenti mediante l'assunzione di informazioni da parti di confidenti dell'organizzazione criminale. I risultati dell'analisi di tutti i dati raccolti porta l'organizzazione a scegliere il luogo e l'orario nel quale ingaggiare il bersaglio e le modalità dell'omicidio.

3.2.2 Opportunità investigative

Dalla fase di decisione e preparazione potrebbero trapelare dettagli sui movimenti del sodalizio criminale o sulle sue intenzioni. L'abilità degli investigatori sta nel saper individuare i marker che denotino che qualcosa di particolare stia avendo luogo nel normale comportamento della realtà criminale locale. Una buona fonte d'informazione può essere la fonte confidenziale, sebbene nei casi di omicidi eccellenti risulti difficile che questi si attivino di iniziativa. Sarebbe però utile pressare l'informatore una volta che si è in possesso di qualche dato trapelato, ad esempio, da intercettazioni telefoniche già in corso sugli affiliati dell'organizzazione criminale. Tra i metodi di captazione più utili in questi casi possiamo annoverare le ambientali, specialmente dai colloqui in carcere. Una conversazione a vista, infatti, a differenza di una a distanza, risulta più difficile da aggirare da parte di due soggetti che dopo un certo periodo di concentrazione sono più inclini a sciogliersi dalle rigide precauzioni che prendono nell'evitare di divulgare informazioni utili. Le intercettazioni in carcere hanno un peso importante nel panorama investigativo, soprattutto nell'ambito della criminalità organizzata, poiché i personaggi importanti dell'associazione che stanno scontando la pena, ma preservano un ruolo attivo nella società mafiosa, necessitano di essere informati sugli sviluppi delle operazioni in atto. Di conseguenza, con un po' di fortuna, può capitare che alcune informazioni sugli omicidi da compiere o su comportamenti allarmanti, possano trapelare in un modo o nell'altro.

Dai dati assunti in queste modalità è possibile predisporre un'attività d'indagine di contrasto utilissima, che risparmierebbe uno spargimento di sangue, positivo solo per l'organizzazione criminale. Tuttavia, se l'omicidio dovesse comunque avvenire, è utile ripercorrere questa pista investigativa con lo scopo di cogliere dati comunque utili ai fini del procedimento.

3.2.3 La fase esecutiva

La metodica secondo la quale condurre l'omicidio condiziona il numero degli elementi che dovranno condurre l'azione, gli armamenti da utilizzare e le procedure successive all'uccisione dell'obiettivo.

Per quanto concerne il numero dei partecipanti, è difficile che l'omicidio mafioso sia condotto da una sola persona. Generalmente, gli assassini operano almeno in coppia e sono dotati, nel caso utilizzino armi da fuoco, di armi automatiche o da guerra: tali strumenti sono in grado di assicurare una grande potenza di fuoco, capace anche di penetrare diversi tipi di blindature, compresi i giubbotti antiproiettile. L'utilizzo di revolver è abbastanza comune, poiché le armi a camera di sparo multipla non espellono automaticamente i bossoli dei colpi esplosi, rendendo così difficile il rinvenimento di tracce utili per risalire a quale arma abbia sparato.

Il ricorso ad esplosivi era tipico di un tipo di mafia ormai non più in auge: la fazione dei Corleonesi, principe della linea stragista di Cosa Nostra e famosa per i suoi attentati, è infatti ridotta all'osso, mentre l'area trapanese, capeggiata dal superlatitante Matteo Messina Denaro, detto "Diabolik", adotta una politica più silenziosa e sotto traccia. Originariamente, le organizzazioni erano solite utilizzare gli esplosivi per eliminare personalità difficilmente raggiungibili (vedasi gli attentati ai Giudici Falcone e Borsellino), e solo in alcuni sparuti casi per trasmettere messaggi di terrore alla popolazione (caso del mancato attentato fuori lo Stadio Olimpico di Roma fissato per il 31 ottobre 1993).

L'approccio alla vittima può cambiare a seconda del messaggio che l'omicidio deve assumere per la collettività. Un omicidio in pubblico, condotto da persone a volto scoperto, è sintomo che la criminalità organizzata deve affermare con precisione la propria presenza sul territorio, e che questa gode dell'ambiente di

omertà che la circonda, rendendo superfluo ogni accorgimento utile ad evitare la cattura.

3.2.4 Caso Mariano Baciotterracino

A tal proposito, possiamo far riferimento al caso dell'omicidio di Mariano Baciotterracino, ucciso l'11 maggio 2009 nel Rione Sanità di Napoli, ripreso dalle telecamere della zona che riprendono il bar in cui si trovava, da un commando composto da tre uomini. Il primo, lo "specchietista"(chi controlla il bersaglio) si guarda intorno, osserva la vittima come a volerlo indicare ai suoi complici; ad un certo punto guarda l'orologio, si allontana e lascia il campo aperto ai complici. Il primo passa dritto e controlla che Tuttù (nome con cui Baciotterracino era conosciuto nell'ambiente) non abbia qualcuno a coprirgli le spalle, mentre il secondo, il killer, entra nel bar, estrae la sua pistola a tamburo, esplose tre colpi e scappa. Baciotterracino non conosceva il suo killer, l'ha visto bene in faccia e non si è preoccupato. Tra uomini di "sistema" ci si conosce e Baciotterracino era un uomo legato al clan Misso²⁸, non poteva non conoscere chi aveva di fronte. Al killer, invece, i boss che ordinarono il delitto, gli offrirono di cambiare volto con una plastica facciale grazie ad un chirurgo estetico agli ordini della Camorra, oppure rifiutare l'offerta, temendo di finire in una trappola perché diventato scomodo.

3.2.5 L'omicidio di Giancarlo Siani

Riprendendo la nostra analisi, in altri casi, i killer possono assumere un atteggiamento più furtivo, avvicinando la vittima quando questa è sola, oppure usando moto ed indossando caschi integrali con visiere fumé. In questo caso possiamo citare l'omicidio di Giancarlo Siani, giornalista "scomodo" del Mattino, freddato nel Quartiere napoletano del Vomero il 23 settembre 1985, mentre era nella sua auto, con dieci colpi di pistola alla testa, da due sicari. Siani era entrato nel mirino dei clan per un articolo che raccontava l'arresto del boss di Torre Annunziata, Valentino Gionta.

²⁸ Clan camorristico operante sul territorio della città di Napoli, precisamente nel Rione Sanità.

3.2.6 *L'omicidio di Don Giuseppe Diana*

Altro esempio è l'omicidio di Don Giuseppe Diana, avvenuto il 19 marzo 1994 nella sacrestia della chiesa di San Nicola di Bari a Casal di Principe, Caserta, freddato con quattro colpi di pistola da due killer. Don Peppe si è fatto conoscere nella roccaforte dei Casalesi per il suo impegno contro la camorra, esemplificato dalla lettera "Per amore del mio popolo non tacerò", diffusa a Casale nel Natale del 1991 per sensibilizzare le coscienze contro il sistema criminale.

3.2.7 *L'omicidio del Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa*

Altro caso, che ritengo molto significativo nella mia trattazione, è l'omicidio del Generale dell'Arma dei Carabinieri, nonché Prefetto di Palermo, Carlo Alberto Dalla Chiesa, simbolo della lotta alla mafia, avvenuto il 3 settembre 1982, in via Carini a Palermo, mentre stava uscendo dalla prefettura a bordo di una A112 bianca, guidata dalla moglie Emanuela Setti Carraro. Dietro di loro c'era un'Alfetta guidata dall'agente di scorta Domenico Russo. Mentre passarono per via Carini, una motocicletta, guidata da un killer che aveva alle sue spalle il mafioso Pino Greco, affiancò l'Alfetta di Russo che venne ucciso con una raffica di colpi esplosi da un fucile AK-47. Contemporaneamente, una BMW 518, guidata da Antonino Madonia e Calogero Ganci, raggiunse l'A112 e i killer aprirono violentemente il fuoco con un AK-47, uccidendo i coniugi Dalla Chiesa con trenta pallottole. Il giorno dei suoi funerali, che si tennero nella chiesa palermitana di San Domenico, una grande folla protestò contro le presenze politiche, accusandole di averlo lasciato solo. Vi furono attimi di tensione tra la folla e le autorità, sottoposte a lanci di monetine e insulti al limite dell'aggressione fisica. La figlia Rita pretese che fossero immediatamente portate via le corone di fiori inviate dalla Regione Siciliana e che sul feretro fossero deposti il tricolore, la sciabola e il berretto da Generale dei Carabinieri. L'omelia del cardinale Pappalardo fece scalpore mediatico, causando grave imbarazzo tra le autorità: *"Mentre a Roma si pensa sul da fare, la città di Sagunto viene espugnata dai nemici [...] e questa volta non è Sagunto, ma Palermo. Povera la nostra Palermo"*. Per l'omicidio del Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, di Setti Carraro e di Domenico Russo sono stati condannati all'ergastolo come mandanti i vertici della Cosa Nostra, nelle persone di Totò Riina, Bernardo Provenzano, Michele Greco, Pippo Calò, Bernardo Brusca e Nenè Geraci. Nel 2002, sono stati condannati in primo grado, quali

esecutori materiali dell'attentato, Vincenzo Galatolo e Antonino Madonia entrambi all'ergastolo, Francesco Paolo Anzelmo e Calogero Ganci a quattordici anni di reclusione ciascuno.

3.2.8 L'omicidio dei Capitani Emanuele Basile e Mario D'Aleo

Ritengo giusto annoverare, tra i casi che si ricollegano al sacrificio di uomini che hanno perso la loro vita nella lotta alla mafia, gli Ufficiali dell'Arma dei Carabinieri Emanuele Basile e Mario D'Aleo, insieme all'Appuntato Giuseppe Bommarito e al Carabiniere Pietro Morici. Il Capitano Emanuele Basile, la sera del 4 maggio 1980, mentre era con la figlia Barbara e la moglie Silvana, in attesa di assistere allo spettacolo pirotecnico della festa del Santissimo Crocifisso a Monreale, venne sparato alle spalle, mentre aveva la figlia di soli quattro anni in braccio, da un killer appartenente a Cosa Nostra, che fuggì subito in auto con altri due complici. Basile venne trasportato all'ospedale di Palermo, in cui i medici tentarono di salvargli la vita con un delicato intervento chirurgico, ma il Capitano Basile morì durante l'operazione. Vincenzo Puccio, sospettato di essere il suo assassino, verrà catturato dai Carabinieri subito dopo l'omicidio, ma verrà assolto tre anni dopo, provocando sgomento e rabbia sia tra i magistrati sia tra i suoi colleghi.

Al comando della Compagnia Carabinieri di Monreale, dopo Emanuele Basile, venne inviato il Capitano Mario D'Aleo, il quale fu ucciso il 13 giugno 1983, dopo solo tre anni dal suo predecessore, come se un filo rosso accomunasse il loro destino. Insieme al Capitano D'Aleo persero la vita l'Appuntato Giuseppe Bommarito e il Carabiniere Pietro Morici, in via Cristoforo Scobar, uccisi da due uomini d'onore, Salvatore Biondino e Domenico Ganci, che estrassero le pistole e cominciarono a sparare. Un altro killer, Angelo La Barbera, sceso da una Fiat 131, munito di fucile, supportò la loro azione. Una pioggia di colpi investì i tre Carabinieri in uniforme, appena giunti a bordo di una Fiat Ritmo, per consentire a uno di loro di recarsi dalla fidanzata. Quel delitto non rimase impunito. Venne accertato il movente mafioso e molti responsabili appartenenti a Cosa Nostra furono arrestati e condannati. Il Capitano D'Aleo, secondo quanto si evince dalla Sentenza del 16 novembre 2001, aveva proseguito, con lo stesso zelo, l'attività di polizia giudiziaria del suo predecessore, volta a contrastare gli interessi mafiosi nel

territorio ove imperversava la cosca di San Giuseppe Jato, comandata da Bernardo Brusca e che aveva come referente a Monreale Salvatore Damiani.

3.2.9 L'attentato al giudice Giovanni Falcone

In ultimo, ma non per minor importanza, vorrei ricordare le stragi che uccisero i giudici Falcone e Borsellino, simboli e precursori di una lotta che ha scardinato le basi di Cosa Nostra. La Strage di Capaci è l'attentato mafioso in cui il 23 maggio 1992, sull'autostrada A29 Palermo-Catania, nei pressi dello svincolo di Capaci e a pochi chilometri da Palermo, persero la vita il magistrato Giovanni Falcone, sua moglie Francesca Morvillo ed i tre agenti della scorta, Vito Schifani, Rocco Dicillo, Antonio Montinaro. Nel tragico attentato rimasero illesi altri quattro componenti del gruppo al seguito del magistrato: l'autista giudiziario Giuseppe Costanza, seduto nei sedili posteriori dell'auto blindata guidata da Falcone e gli agenti Paolo Capuzza, Gaspare Cervello e Angelo Corbo. Tra gli esecutori materiali del delitto anche Pietro Rampulla che confezionò e posizionò l'esplosivo e Giovanni Brusca, che fu la persona che fisicamente azionò il telecomando al momento del passaggio dell'auto blindata del magistrato, che tornava da Roma. I mafiosi riempirono di tritolo una galleria scavata sotto l'autostrada, per assicurarsi la buona riuscita del delitto, ne misero circa cinquecento chilogrammi, come punto di riferimento gli attentatori presero un frigorifero bianco posto ai lati della strada, nel tratto che collega l'aeroporto di Punta Raisi, oggi denominato "Aeroporto Falcone-Borsellino", al capoluogo siciliano. Ad oggi, sono conosciuti soltanto i nomi degli esecutori materiali della strage, poiché le indagini mirate a scoprire i mandanti ed eventuali intrecci di natura politica non hanno prodotto risultati significativi. La strage di Capaci, festeggiata dai mafiosi nel carcere dell'Ucciardone, segnò una delle pagine più tragiche della lotta alla Cosa Nostra ed è strettamente connessa con il successivo attentato di cui rimase vittima il magistrato Paolo Borsellino, amico e collega di Falcone. Per la strage, nel maggio del 2002, sono stati riconosciuti colpevoli, ventiquattro imputati, mentre dopo un precedente annullamento della Cassazione ed un nuovo processo, nel 2008, la 1ª Sezione penale della Cassazione ha condannato dodici persone in quanto ritenute tra i mandanti di entrambe le stragi: tra questi Salvatore Montalto, Giuseppe Farinella e Salvatore Buscemi, Giuseppe Madonia, Carlo Greco, Pietro Aglieri, Benedetto Santapaola, Mariano Agate.

3.2.10 L'attentato al giudice Paolo Borsellino

La strage di via d'Amelio fu un attentato di stampo terroristico-mafioso, messo in atto il pomeriggio del 19 luglio 1992, a Palermo, in cui persero la vita il giudice Paolo Borsellino, all'epoca Procuratore della Repubblica a Marsala e la sua scorta. L'attentato seguì di due mesi la strage di Capaci, in cui fu ucciso il giudice Giovanni Falcone, amico e collega di Borsellino, segnando uno dei momenti più tragici nella lotta alla Cosa Nostra. L'esplosione, avvenuta in via Mariano D'Amelio, dove viveva la madre di Borsellino e dalla quale il giudice quella domenica si era recato in visita, avvenne per mezzo di una Fiat 126, contenente circa cento chilogrammi di tritolo. Secondo gli agenti di scorta, via d'Amelio era una strada pericolosa, tanto che era stato chiesto di procedere preventivamente ad una rimozione dei veicoli parcheggiati davanti alla casa, richiesta però non accolta dal comune di Palermo, come riferito da Antonino Caponnetto. Oltre a Paolo Borsellino, morirono il caposcorta Agostino Catalano e gli agenti Emanuela Loi, prima donna a far parte di una scorta e a cadere in servizio, Vincenzo Li Muli, Walter Eddie Cosina e Claudio Traina. L'unico sopravvissuto fu Antonino Vullo, risvegliatosi in ospedale dopo l'esplosione, in gravi condizioni. La bomba era radiocomandata a distanza, ma non è mai stata definita l'organizzazione della strage, nonostante il giudice fosse a conoscenza di un carico di esplosivi arrivato a Palermo appositamente per essere utilizzato contro di lui.

3.3 Omicidio con armi da fuoco

Se consideriamo i fatti di sangue collegati ad attività mafiose, emerge con chiarezza la dimestichezza che tali criminali hanno con le armi da fuoco ed agli effetti riconducibili ai concetti di "esecuzione", di "volume di fuoco" o anche alle dimostrazioni di forza e di impunità che spesso sono il messaggio portato da cartelli stradali o edifici crivellati di proiettili in molte città del Mezzogiorno d'Italia. Non si può non convenire sull'importanza, agli effetti criminogenetici e criminodinamici, sia della velocità dell'azione micidiale dell'arma da fuoco, sia del suo "effetto a distanza", sia della maggiore o minore consapevolezza di entrambe queste proprietà dell'arma da fuoco da parte di chi la possiede e ne fa uso; nonché sulla rilevanza

delle influenze che l'arma stessa, per il fatto di esistere come realtà storica e, ancor più, di poter essere posseduta ed usata, può esercitare direttamente o indirettamente su un individuo, in termini di fantasie, elaborazioni dell'ansia, anticipazioni proiettive, ideazioni, ecc., o su una collettività e sulle risposte culturali a determinati fenomeni, in termini di allarme sociale, corsa ad armarsi, o addirittura di orientamenti di politica sociale e criminale.

Nei reati violenti, e in particolar modo nell'omicidio, il mezzo lesivo usato ha un'enorme rilevanza criminogenetica e criminodinamica, non solo in quanto condiziona lo svolgersi dei fatti e dell'interazione tra autore e vittima della dinamica delittuosa, ma anche perché agisce da pregnante fattore psicologico nell'ideazione e nell'estrinsecazione dell'azione delittuosa stessa.

Nel tempo si è avuto un progressivo incremento del ruolo delle armi da fuoco nell'espressione di comportamenti violenti e, in particolare, negli omicidi. Il che suscita numerosi problemi di ordine criminologico: quali la necessità di analisi e comprensione delle dinamiche delittuose e dell'interazione tra autore e vittima, la necessità di un adeguato controllo della diffusione delle armi da fuoco e la necessità di un'adeguata politica di prevenzione e repressione.

3.4 Omicidio mediante esplosione

Gli esplosivi sono sostanze, composti o miscele capaci, se esposti al calore, a urti, all'attrito o ad altri stimoli, di generare una reazione chimica pressoché istantanea, con un rapido sviluppo di calore e gas, e con un fortissimo aumento di pressione. Gli esplosivi si possono suddividere in due grandi categorie, a basso ed ad alto potenziale. I primi danno origine a fenomeni di combustione piuttosto che di scoppio e il danno da essi provocato è dovuto principalmente alla rapida espansione dei gas generati dalla combustione stessa. Hanno poi bisogno di essere chiusi in un contenitore per poter esplodere, a differenza dei secondi, che, oltre a presentare una maggiore velocità di detonazione, non richiedono di essere confinati.

Gli esplosivi ad alto potenziale possono essere distinti in esplosivi primari e secondari. I primi scoppiano se sottoposti al calore o a urti e di solito si utilizzano per costruire detonatori in grado di innescare cariche di maggiore potenza e

impegno, come appunto gli esplosivi secondari. Questi ultimi presentano una velocità di deflagrazione spaventosa, che va dai mille metri al secondo per il nitrato di ammonio, agli oltre novemila metri al secondo per l'Hmx, il ciclo tetra-metilene-tetranitramina.

Le esplosioni sono comprese tra i grandi traumatismi, essendo caratterizzate dalla complessità delle lesioni. Si parla di molteplicità, multiformità e multipolarità delle lesioni; un quadro lesivo costituito da più lesioni, diverse tra loro per gravità e tipologia, e distribuite in più regioni corporee. Ciò è dovuto all'improvvisa e violenta espansione di fluidi cui consegue una brusca variazione di pressione con produzione di onde d'urto che si trasmettono nell'ambiente circostante sia esso solido, liquido o gassoso. Le onde d'urto, di compressione e di decompressioni, esprimono un effetto meccanico e sono capaci di produrre lesioni corporee. A queste vanno aggiunte anche le lesioni prodotte da oggetti solidi che per effetto dello scoppio vengono violentemente proiettati nell'ambiente diventando veri e propri mezzi lesivi di varia natura.

La lesività che si produce nelle esplosioni, tutta di natura contusiva, è la più varia e quanto mai traumatizzante potendosi osservare anche lo smembramento del corpo.

3.5 Omicidio con modalità incendiarie

Non di rado la mafia utilizza il sistema incendiario per effettuare minacce o estorsioni soprattutto ad esercizi commerciali e depositi.

Talvolta l'incendio è utilizzato anche per disfarsi dei cadaveri e di veicoli usati per perpetrare i propri reati. In tali casi uno degli elementi chiave da ricercare sulla scena del crimine è la presenza di un accelerante, un composto chimico con particolari qualità che lo rendono idoneo a innescare un incendio. Un elemento che brucia producendo temperature elevate propaga più velocemente le fiamme ed è difficile da spegnere. Le sostanze acceleranti possono avere natura solida, liquida o, più raramente, gassosa. Tra le prime troviamo la comune carta, ma anche le torce da illuminazione, la polvere da sparo o anche improvvisate miscele di paraffina e ossidanti, zucchero e clorato. Sono però gli acceleranti liquidi i più usati, come i

derivati del petrolio, della benzina, del cherosene e poi l'alcool, i solventi industriali, l'etere. Il liquido può essere versato direttamente e quindi acceso, oppure confezionato in cocktail al fine di creare vere e proprie bombe molotov. I gas come il metano ed il propano, invece, sono impiegati di rado.

L'acceleratore da solo non basta, va aggiunto un dispositivo d'innescò, che può essere estremamente semplice, come una candela accesa con materiale infiammabile alla base, ad esempio carta imbevuta di olio combustibile, oppure una sigaretta che consumandosi raggiunge i fiammiferi in una scatola. Naturalmente si usano anche meccanismi più raffinati e affidabili, come i congegni meccanici o timer elettronici. Anche se il materiale utilizzato per innescare l'incendio può distruggersi per l'azione delle fiamme, non bisogna mai trascurare nulla, c'è sempre la possibilità che qualche elemento si sia mantenuto relativamente intatto, ad esempio batterie e fili elettrici, o i frammenti di una bottiglia molotov o i residui di cera. Anche l'analisi delle ceneri può rivelare la presenza di composti acceleranti.

3.6 Omicidio con armi bianche

Convenzionalmente per arma bianca s'intende qualsiasi mezzo che abbia capacità lesive in quanto in grado di penetrare nell'organismo, e che sia dotato o di una punta o di un margine tagliente o di una punta ed uno o più margini taglienti.

Si dirà pertanto di armi da punta, armi da taglio, armi da punta e taglio distinguendo tra queste ultime quelle dotate di un margine tagliente da quelle altre che possiedono due o più margini taglienti; da menzionare poi a parte quelle armi da taglio che per avere una lama particolarmente robusta vengono definite fendenti. La lesività prodotta dall'azione di questi mezzi, i quali agiscono con meccanismi, singoli o associati, di pressione, di strisciamento e di rotazione, dà luogo alle ferite da punta, alle ferite da taglio, alle ferite da punta e taglio ed alle ferite da fendente.

Una particolare forma di lesività complessa è il depezzamento del cadavere che viene per lo più attuata per mezzo delle suddette armi bianche ma che talvolta può richiedere l'impiego di mezzi diversi come le seghe, che si distinguono dalle armi da taglio dalle quali derivano per le peculiarità operative.

Sul corpo di una vittima il tipo di lesione più frequente è quella da punta e taglio, di solito più profonda che larga, e gli angoli della ferita si presentano ottusi o acuti a seconda dello strumento. Se si tratta di una lama monotagliante lascia un angolo ottuso e uno acuto, una bitagliante crea due angoli acuti. A seconda poi del filo, seghettato o liscio, la lesione si presenta più o meno irregolare, ma non sempre la dimensione di una ferita riflettono quelle della lama, come quando la vittima si muove mentre l'aggressore la colpisce. In alcune situazioni è la posizione particolare dei tagli che racconta qualcosa delle dinamiche del delitto, come nel caso delle cosiddette "lesioni da difesa"; si trovano sulle superfici palmari delle mani e delle dita, o sulla superficie dorsale degli avambracci, e si producono quando la vittima, nel tentativo di difendersi, cerca di afferrare la lama o cerca di proteggersi con le braccia. Ci sono alcuni strumenti particolari da taglio o da punta che possono lasciare segni specifici; un caratteristico disegno a X sulla pelle dei cacciavite a stella, oppure i segni a "coda di rondine" delle punte delle forbici. Bisogna saper leggere le ferite da arma bianca, ricostruire il numero dei colpi, la loro direzione e profondità.

3.7 Omicidio mediante asfissie meccaniche violente e quadri anatomico-patologici

Le asfissie meccaniche violente sono quelle forme di lesività che si caratterizzano per l'impedimento alla penetrazione dell'aria nell'albero respiratorio. Si servono dell'azione di una causa esterna, di natura meccanica, che si estrinseca, con consistente energia, improvvisamente e rapidamente.

L'azione meccanica violenta puramente asfittica si estrinseca attraverso l'occlusione degli orifici respiratori, l'ostruzione esterna delle vie respiratorie, l'ostruzione interna delle vie e degli organi respiratori o l'opposizione all'espansione polmonare.

Nel determinismo della morte asfittica si possono individuare quattro distinte fasi: dispnea inspiratoria, dispnea espiratoria, pausa respiratoria e boccheggiamiento. Esse hanno una durata media di circa un minuto ognuna per cui la morte del soggetto dovrebbe verificarsi dopo circa quattro-cinque minuti dall'inizio dell'azione meccanica di impedimento del normale flusso aereo. Tuttavia è da sottolineare che i

termini cronologici suddetti non necessariamente sono validi per tutte le forme asfittiche e per tutti i soggetti; fattori variabili possono abbreviare o allungare la durata delle singole fasi.

Nelle morti per asfissia meccanica violenta il quadro anatomopatologico è caratterizzato da una serie di reperti attinenti sia alla fenomenologia esterna del cadavere sia a quella interna. Costituiscono segni esterni:

- la cianosi del volto e la protrusione dei globi oculari, quest'ultima incostante, dovuti al ristagno di sangue nel territorio della vena cava superiore che consegue all'ingorgo ematico della sezione destra del cuore, indotto dall'aumento delle resistenze polmonari per impedimento dell'ingresso dell'aria nelle vie aeree;
- le petecchie emorragiche sottocongiuntivali, espressione dell'aumento rilevante della pressione che si determina nei capillari per la stasi sanguigna in quel territorio;
- la schiuma che fuoriesce dagli orifici respiratori. Questo fenomeno è detto anche del "fungo schiumoso" perché sembra nascere dagli orifici respiratori come un fungo ed ha colore bianco ed aspetto cotonoso, specie dopo l'essiccamento. Questa schiuma si produce nelle vie respiratorie, trachea e bronchi, per effetto del miscuglio di aria e secrezione mucosa presente negli organi respiratori e viene spinto in corrispondenza degli orifici respiratori dalla pressione esercitata dal diaframma sui polmoni. Per la rottura di piccoli vasi sanguigni è possibile che la schiuma assuma un colorito rossastro da cui la denominazione di fungo rubro schiumoso.

Costituiscono segni interni:

- l'enfisema polmonare acuto, un'abnorme dilatazione delle strutture polmonari per infiltrazione di aria, a seguito delle rotture alveolari, a loro volta causate dall'eccessiva pressione nel loro interno;
- le petecchie emorragiche sub-pleuriche e sub-epicardiche, piccole punteggiature di sangue che si raccolgono al di sotto delle pleure sulla superficie del polmone e al di sotto dell'epicardio sulla superficie del cuore;
- la stasi viscerale diffusa;
- la spremitura della polpa della milza;
- la dilatazione del cuore;

- la stasi sanguigna nel territorio destro del cuore;
- il sangue scuro e fluido.

L'obiettivazione sul cadavere dei segni patognomonicici di ognuna delle azioni lesive consente di inquadrare nosograficamente le singole forme di asfissia.

CAPITOLO IV

Simbologia e rituali

4.1 Generalità

I simboli sono stati sempre utilizzati dalle Mafie per comunicare con i diretti interessati. I segni e i simboli sono dei codici fondamentali che vengono in rilievo in mille aspetti della vita e della società. Essi vengono utilizzati per fini più nobili e sofisticati, ma anche per quelli inumani e feroci, come nel caso delle Mafie. Sia nell'Ottocento sia nel Novecento la mafia siciliana faceva uso di "segni", che avevano un significato preciso nei confronti della vittima e rappresentavano un pericoloso monito nei confronti di tutta la popolazione locale. Viene spesso fatto rinvenire il cadavere di un avversario della mafia o di un mafioso con dei determinati segni esteriori per far capire a tutti quale sia il motivo di quella uccisione e tutti si guardino bene dal compiere certe azioni. Fra i tanti segnali va ricordato quello della mano tagliata: voleva dire che il morto aveva rubato, sparendo che non poteva rubare in quella determinata zona o a quella persona "protetta" dall'organizzazione criminale, gli occhi cavati e chiusi in un pugno significava che il morto aveva ucciso un uomo legato alla mafia; una pala di fichi d'india sul petto significava che il morto si era appropriato di denaro che non gli spettava. Ancora, un fazzoletto o un sasso in bocca significavano che quell'uomo avrebbe dovuto tacere; gli organi genitali intorno al collo significava che aveva molestato donne di mafiosi arrestati. Gli avvertimenti di una "promessa" di morte, invece, vengono simbolicamente fatti intendere facendo rinvenire nei pressi dell'abitazione la testa di un animale, un cuore di metallo bucherellato, una bara vuota o un uccello morto.

4.2 La lupara

La lupara è un fucile da caccia con la canna o le canne, segate artigianalmente. L'utilizzo di quest'arma, nella tradizione mafiosa di Cosa Nostra e della 'Ndrangheta è dovuta al fatto che questi due tipi di criminalità si sono inizialmente evolute in contesti rurali. Le armi da caccia erano, quindi, di facile reperibilità e il ridurne la

lunghezza garantiva due vantaggi: da una parte riduceva l'ingombro generato dall'arma nel trasporto e nell'occultamento, dall'altra garantiva una maggiore efficacia a distanza ravvicinata, dato che il proiettile a pallettoni, percorrendo minor strada all'interno della canna, apriva prima la sua rosa, investendo un'area maggiore in spazi minimi.

4.3 L'uso del Revolver

Il Revolver è una delle armi preferite dai killer della criminalità organizzata e non solo per tre ragioni. Il motivo principale risiede nel fatto che per la sua struttura a camera di sparo multipla, non è dotato di unghia estraibile: i bossoli, una volta esplosi il proiettile, rimangono quindi nella camera di sparo, non venendo dispersi nell'ambiente, riducendo la possibilità di identificazione dell'arma del delitto. Un secondo motivo risiede in parte nel forte rumore prodotto da questo tipo di armi, generalmente di calibro pari o superiore ai 9 mm (.38 special, .357, .44, .50), che fa anche da deterrente nei confronti degli eventuali testimoni, incutendone il silenzio. Un ultimo fattore è sempre connesso alla praticità, in quanto i revolver possono avere lunghezze molto piccole, possono essere occultati in tasca e possono, inoltre, sparare dall'interno degli indumenti, senza essere messi in vista.

4.4 Incaprettamento

La pratica dell'incaprettamento consiste nel legare polsi e caviglie dietro la schiena, facendo passare al tempo stesso la corda intorno al collo della vittima in modo che, tentando di divincolarsi, si strangoli da sé. Si è ricamato molto su questa modalità di omicidio, sostenendo che si tratta di un supplizio riservato agli infami. Spesso il motivo dell'incaprettamento è molto più banale di quanto s'immagini: in realtà serve a fare in modo che il cadavere così legato possa essere trasportato senza difficoltà nel portabagagli di un'auto. Inizialmente era sicuramente una soluzione riservata ai traditori, ai vigliacchi ed a coloro nei confronti dei quali non doveva essere nutrita alcuna stima. Il termine stesso fa riferimento alla pecora, animale per

sua natura docile, ma anche pauroso e debole, per cui l'analogia può essere facilmente compresa: il debole deve essere eliminato.

La tecnica, per quanto macchinosa, è comunque funzionale, sempre nella logica razionale ed economica della mafia: il malcapitato più cerca di liberarsi e di tornare in una posizione per lui comoda, più si strangola. Pertanto il quadro medico lesivo riscontrabile è lo stesso della modalità asfittica dello strangolamento, con l'aggiunta di escoriazioni ed abrasioni ai polsi e alle caviglie.

4.5 Sfiguramento

Lo sfiguramento è di solito una tecnica utilizzata nei confronti di traditori o di persone alle quali vuole essere dato un messaggio chiaro ed univoco: quello di aver sbagliato. Per "sfregio", per vendetta e per soddisfare l'onta subita, il cadavere viene sfigurato con l'esplosione di colpi d'arma da fuoco diretti al viso o con l'utilizzo di armi da punta, da taglio o da punta e taglio, allo scopo di mutilarlo o di farlo a pezzi. In passato veniva usata la lupara ed il quadro lesivo era proprio delle armi da fuoco a carica multipla. Oggi ci si accontenta anche di armi di grosso calibro con diversi colpi indirizzati al volto o a zone particolari del corpo a seconda del messaggio che si vuole mandare.

Altri ancora sono i messaggi lanciati attraverso l'amputazione di parti del corpo quali orecchie, naso, genitali, mani o l'asportazione di occhi e viscere varie. La Mafia ha sempre usato un linguaggio che utilizza un codice di trasmissione ben definito e veicola i suoi messaggi attraverso cruento tecniche di "vivisezione" del cadavere. Il quadro medico lesivo può essere molto complesso in tale frangente, a seconda delle tecniche adoperate e delle modalità attuative. Si può passare da ferite da arma da fuoco a ferite da armi bianche, con l'aggiunta di contusioni, ecchimosi ed ematomi.

4.6 Scioglimento nell'acido

Questa modalità operativa, volta alla sparizione del cadavere, è caratterizzata da un quadro medico-legale che presenta i connotati propri di una lesività ascrivibile

all'energia chimica. Le lesioni da agenti chimici possono essere classificati a seconda della natura dei mezzi produttori, i quali possono agire con meccanismo propriamente chimico o con meccanismo biochimico.

Il modo in cui ci si disfa dei resti delle sostanze, nelle quali viene disciolto un cadavere, non rende agevole un'analisi del DNA della vittima. Questo perché principalmente l'eliminazione di esse avviene riversandole in un solco o in uno scolo e da un punto di vista investigativo è difficile risalire al luogo ed al punto preciso ove ciò è avvenuto. Sempre nella praticità della mentalità mafiosa, questa tecnica consente di "sbarazzarsi" di un cadavere in un modo davvero silenzioso e pulito. Difatti, risulta difficile trovare i resti e qualora ciò accadesse, poiché l'azione corrosiva dell'acido è talmente elevata, non sarebbe possibile effettuare nemmeno un confronto con calchi di denti o altre tracce ed oggetti appartenenti in vita al cadavere. Le caratteristiche dell'acido non consentono, nemmeno se si riuscisse a trovare il luogo ove il contenitore fosse stato svuotato, di effettuare prelievi ed analisi di laboratorio al fine di verificare la presenza al suo interno di tracce umane. Per questo motivo, venirne a conoscenza è possibile solo con le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia.

È opportuno ricordare che l'art. 575 c.p. prevede una specifica aggravante nell'ipotesi in cui per commettere un omicidio vengano utilizzate sostanze venefiche, tra queste vi si fa ricomprendere anche l'acido.

4.6.1 Il caso del piccolo Giuseppe di Matteo

Giuseppe Di Matteo era il figlio del collaboratore di giustizia Santino Di Matteo, già affiliato alla Cosa Nostra ed in atto collaboratore di giustizia. Il piccolo Di Matteo divenne vittima di una vendetta trasversale nel tentativo di far tacere il padre. La sua morte ha avuto grande risalto su tutti i giornali, anche perché il cadavere del ragazzo non fu mai trovato, essendo stato disciolto in una vasca di acido nitrico. Fu rapito il 23 novembre 1993, quando aveva dodici anni, al maneggio di Altofonte da un gruppo di mafiosi che agirono su ordine di Giovanni Brusca, latitante ed al vertice della commissione. Secondo le deposizioni di Gaspare

Spatuzza²⁹, che prese parte al rapimento, i sequestratori si travestirono da poliziotti, ingannando facilmente il bambino, che credeva di poter rivedere il padre in quel periodo sotto protezione e lontano dalla Sicilia. Disse Spatuzza: *“Agli occhi del bambino siamo apparsi degli angeli, ma in realtà eravamo dei lupi. (...) Lui era felice, diceva Papà mio, amore mio”*. Il piccolo fu legato e lasciato nel cassone di un furgoncino Fiat Fiorino, prima di essere consegnato ai suoi carcerieri. La famiglia cercò presso tutti gli ospedali cittadini notizie del figlio, ma quando, il 1° dicembre 1993, un messaggio su un biglietto giunse alla famiglia con scritto *“tappaci la bocca”* e due foto del bambino che teneva in mano un quotidiano del 29 novembre 1993, fu subito chiaro che il rapimento era finalizzato a spingere Santino Di Matteo a ritrattare le sue rivelazioni sulla strage di Capaci e sull’uccisione dell’esattore Ignazio Salvo. Il 14 dicembre 1993, Francesca Castellese, moglie di Di Matteo, denunciò la scomparsa del figlio. In serata fu recapitato un nuovo messaggio a casa del suocero, Giuseppe Di Matteo, padre di Santino, con scritto *“Il bambino lo abbiamo noi e tuo figlio non deve fare tragedie”*. Dopo un iniziale cedimento psicologico, il pentito non si piegò al ricatto, sebbene fosse angosciato dalle sorti del figlio e decise di proseguire la collaborazione con la giustizia. Giovanni Brusca decise così l’uccisione del ragazzo, ormai fortemente dimagrito e indebolito per la prolungata e dura prigionia, durata quasi due anni. Il piccolo Di Matteo venne strangolato e successivamente sciolto nell’acido l’11 gennaio 1996, all’età di quattordici anni, dopo 779 giorni di prigionia. Per l’omicidio del Di Matteo, oltre che Giovanni Brusca, sono stati condannati all’ergastolo i boss Leoluca Bagarella e Gaspare Spatuzza. Le terribili dichiarazioni di Giovanni Brusca: *“Ho ucciso Giovanni Falcone. Ma non era la prima volta: avevo già adoperato l’auto bomba per uccidere il giudice Rocco Chinnici e gli uomini della sua scorta. Sono responsabile del sequestro e della morte del piccolo Giuseppe Di Matteo, che aveva tredici anni quando fu rapito e quindici quando fu ammazzato. Ho commesso e ordinato personalmente oltre*

²⁹ Rapinatore e poi sicario, Gaspare Spatuzza, soprannominato *“u Tignusu”* (il pelato), era affiliato alla Famiglia di Brancaccio. Si è autoaccusato di aver rubato la Fiat 126 che il 19 luglio 1992 venne impiegata come autobomba nella strage di via d’Amelio in cui furono uccisi il giudice Paolo Borsellino e la sua scorta, nonché di essere stato l’esecutore materiale dell’omicidio di don Pino Puglisi del 15 settembre 1993, per il quale è stato condannato all’ergastolo con sentenza definitiva. È stato condannato, inoltre, per altri quaranta omicidi e per il rapimento di Giuseppe Di Matteo. Venne arrestato il 2 luglio 1997 e dal 2008 si è dichiarato pentito ed è divenuto collaboratore di giustizia.

centocinquanta delitti. Ancora oggi non riesco a ricordare tutti, uno per uno, i nomi di quelli che ho ucciso. Molti più di cento, di sicuro meno di duecento”.

4.7 Muratura

Questa ulteriore tecnica, volta al disfacimento di un cadavere, consiste principalmente nel collocare lo stesso in un pilastro, un suolo o un pavimento in costruzione, ricoprirlo con una colata di cemento e la sua scoperta non è affatto consueta. Non vi è un quadro medico lesivo particolare, siamo semplicemente di fronte ad un cadavere che subirà tutte quelle trasformazioni post-mortali tipiche, ma in un ambiente diverso. Infatti, i fenomeni putrefattivi possono subire delle modifiche per le caratteristiche inizialmente umide del cemento. La caratteristica di questa tecnica, è che fino a quando quella colata di cemento non verrà spostata, non si potrà mai sapere che essa custodiva un cadavere e questa eventualità non è detto che si verifichi presto. Come nello scioglimento nell'acido, la Mafia, utilizzando questa tecnica, intende lanciare messaggi ancora più chiari. Ad esempio quello di infierire così tanto su un cadavere da farlo sparire definitivamente in modo tale che i suoi cari non possano nemmeno custodirlo in una tomba sulla quale piangere.

4.8 Cadavere dato in pasto ai maiali

Anche questa ipotesi era un rituale riservato ai traditori e agli infami, soggetti che potevano solo relazionarsi con i propri simili: i maiali. Il messaggio, chiaro e univoco è quello di non essere degni di poter essere definiti esseri umani e come i maiali, l'unico habitat idoneo è la sporcizia e lo sterco. Un ulteriore messaggio può essere quello per il quale a seguito di un affare o un progetto, lo sventurato non abbia diviso in modo equo ed abbia cercato di accaparrarsi una quota maggiore, di conseguenza è un porco che voleva ingozzarsi e così deve finire: ammazzato e dato in pasto ai maiali. Questa è la fine di chi sbaglia ed è stato egoista, e per una questione di principio con i suoi pari deve finire e con loro deve restare. Tra le lesioni prodotte su di un cadavere dato in pasto ai maiali, vi sono sicuramente

abrasioni ed escoriazioni. A seconda della profondità degli strati cutanei interessati diversi saranno gli esiti delle lesioni escoriative. È possibile rilevare impronte di morsi che di solito consentono di risalire al disegno di una parte delle arcate dentali.

4.9 Soldi in bocca

Pietro Inzerillo³⁰ viene scoperto nel bagagliaio di una macchina a New York con una mazzetta di bigliettoni infilati in bocca e tra i genitali, messaggio: “Ti sei voluto pappare troppi soldi ed ecco ora come ti ritrovi”. La mafia non è né un organo di informazione né un’agenzia di stampa né un ente morale o religioso; vuole semplicemente fare arrivare il messaggio a chi di dovere, generalmente agli uomini d’onore. Nell’organizzazione, violenza e crudeltà non sono mai gratuite, rappresentato sempre l’estrema ratio, l’ultima via d’uscita quando tutte le altre forme di intimidazione sono inefficaci o quando la gravità di uno sgarro è tale da meritare soltanto la morte. Ecco un altro messaggio veicolato da un cadavere e dai soldi, sotteso ad un traffico andato male.

4.10 Genitali in bocca

Non mancano casi in cui il tipo di assassinio e le modalità dell’esecuzione ne indichino le ragioni e le motivazioni. Il cantante Pino Marchese³¹ venne trovato con i genitali in bocca. Secondo alcuni si era macchiato di uno sgarro imperdonabile: aveva avuto un’avventura con la moglie di un uomo d’onore. Il quadro lesivo di questa operazione risente delle ferite da taglio, nello specifico del deprezzamento, in quanto gli strumenti utilizzati hanno consentito lesioni tipiche dello smembramento e della mutilazione.

³⁰ Gli Inzerillo erano tra gli *scappati*, i boss che avevano cercato riparo dalla mattanza rifugiandosi negli Stati Uniti, sotto l’ala dei Gambino, ma che vennero ugualmente seguiti dai killer. Pietro e Antonino Inzerillo erano rispettivamente fratello e zio di Salvatore *Totuccio* Inzerillo, il capomafia assassinato a Palermo nel 1981, uccisi dopo il tradimento di un loro familiare, Tommaso Inzerillo.

³¹ Cantante neomelodico associato ad una famiglia mafiosa.

Ancora un altro messaggio ed un cadavere sfigurato nelle sue parti intime. Nulla è fatto a caso, tutto è ragionato e seguito nei minimi dettagli con lo scopo di avvertire non solo chi ha sbagliato, per il quale è d'altronde troppo tardi, ma soprattutto per la famiglia di appartenenza e chi gli gravita attorno.

Si tratta di messaggi di potenza, forza ed onore attuati con ferocia e spietata crudeltà soprattutto sui cadaveri.

CAPITOLO V

Il sopralluogo: inquadramento giuridico e intervento del medico legale

L'importanza del sopralluogo è nella ricostruzione delle modalità di produzione di un fatto delittuoso e delle circostanze in cui si è realizzato, onde stabilire la natura del reato e ricercare le tracce del reo. Esso consiste in un'articolata sequenza di procedure compiute sulla scena di un crimine e finalizzate alla protezione, alla ricerca, alla catalogazione, alla raccolta e al repertamento del corpo del reato, cose e tracce pertinenti al reato. Comprende anche attività di documentazione planimetrica, video e fotografica. Il sopralluogo giudiziario fa parte degli atti di Polizia Giudiziaria (PG) ed è previsto e disciplinato da precise disposizioni di legge, alle quali non è estraneo l'intervento del medico legale e spesso, inevitabilmente, gli spetta un grande carico di responsabilità operativa sul campo. A lui vengono posti i quesiti e da lui si aspettano le risposte dalle quali dipenderà l'esito giudiziario, a fronte delle direttive di giustizia e delle indagini di PG.

Alla luce delle complesse attività giudiziarie che hanno il loro inizio sul luogo dell'azione delittuosa è opportuno evidenziare le norme vigenti, la metodologia operativa e le nozioni di medicina forense che sono necessarie per la redazione di un verbale di sopralluogo.

5.1 Il sopralluogo giudiziario

Il sopralluogo giudiziario, ovvero l'ispezione del luogo del fatto d'interesse giudiziario, rappresenta una delle fasi più complesse e delicate dell'attività medico-legale. Esso trova definizione e fonte normativa nel c.p.p. ed è effettuato allorché “occorra accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato”; nel corso del sopralluogo possono essere espletati “rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici ed ogni altra operazione tecnica” (art. 244 c.p.p.). Secondo la classificazione dello stesso codice, la “prova” può essere indifferentemente interpretata sia come “mezzo di ricerca della prova” (ispezione, perquisizione, sequestro, intercettazione

telefonica), sia come “mezzo di prova” vero e proprio (perizie e consulenze tecniche, esperimenti giudiziari, ricognizioni, confronti, testimonianze, documenti, esami delle parti). Da un punto di vista medico-legale, in questa distinzione, si possono individuare delle discrasie. Si pensi, in primo luogo al rinvenimento di un cadavere, indubbiamente prova generica diretta ed immediata, assoluta e categorica, nonché materiale e tangibile della morte di una persona. Ma solo la perizia medico-legale (ispezione esterna ed autopsia) può dimostrare se si tratti di un decesso dovuto a cause naturali, ovvero a causa violenta e delittuosa, quindi di interesse giudiziario. La perizia medesima, più che un “mezzo di prova”, potrebbe annoverarsi tra i mezzi di apprezzamento dei reperti anatomopatologici e di valutazione della prova. Si pensi, ora, all’ispezione di persone (e dei luoghi e delle cose), è annoverata fra i “mezzi di ricerca della prova”. L’ispezione corporale, come noto, costituisce uno dei momenti e delle fasi della perizia medico legale, sia sul cadavere sia sul vivente, con la conseguenza che più che un mezzo di ricerca della prova, diverrebbe un mezzo di apprezzamento e valutazione della prova stessa.

5.2 Il sopralluogo: cenni storici

È possibile reperire tracce documentali attestanti l’esistenza del sopralluogo giudiziario e delle relative realtà operative già in epoche remote e in diverse civiltà. Nell’antico Egitto, così come si evince dai papiri di Ossirinco³², si compilavano veri e propri rapporti medico-legali anche in ordine a rinvenimenti di cadavere di interesse giudiziario, dai quali in buona sostanza risulta che nel corso del sopralluogo già si espletavano accertamenti medici e rilievi circostanziali.

Nel diritto romano, invece, in un primo momento gli elementi concernenti un fatto delittuoso ed utili ai fini investigativi, si acquistavano da chiunque potesse fornire informazioni o testimonianze a proposito. Solo successivamente, con l’evoluzione delle norme giuridiche, si giunse ad un sistema organico dello studio del crimine, venendo peraltro anche indicate precise procedure dirette all’acquisizione

³² I papiri di Ossirinco sono una grande quantità di manoscritti rinvenuti tra la fine del XIX e l’inizio del XX secolo dagli archeologi, in particolare Grenfell e Hunt, in un’antica discarica vicino a Ossirinco (El-Bahnasa) in Egitto.

delle prove. Ed ancora, in Cina si rinvengono documenti risalenti al Medioevo e contenenti disposizioni in tema di criteriologia medico-legale per lo studio e la valutazione delle lesioni, nonché veri e propri manuali sulla tecnica di rimozione del cadavere, se non completi trattati di medicina legale. In epoche senz'altro più recenti, tra il XIX e il XX secolo, il sopralluogo è divenuto specifico oggetto di studio da parte di diverse scuole europee. In particolare, in Italia, un posto di primo piano spetta a Salvatore Ottolenghi, medico legale fondatore nel 1902 della Scuola di Polizia Scientifica, il quale tra l'altro tracciò una vera e propria semeiotica del sopralluogo, fornendo definizioni ed illustrando procedure quanto mai complete ed attuali.

5.3 Il verbale del sopralluogo giudiziario

Le risultanze degli atti compiuti ex art. 354 comma 2 e 3 c.p.p. sono di rilevante importanza per lo svolgimento delle indagini e per il ruolo che possono assumere nella fase dibattimentale.

Da un punto di vista pratico, il verbale di sopralluogo può essere suddiviso in cinque parti. La prima parte, relativa alle formalità, riporta il Comando/Ufficio operante, il gruppo data-orario dell'inizio del verbale, gli Ufficiali ed Agenti di PG che lo redigono, il gruppo data-orario delle operazioni, la fonte attraverso la quale si è venuta a conoscenza del fatto, gli Ufficiali ed Agenti di PG intervenuti, le generalità delle persone intervenute, gli ausiliari di PG, il PM titolare delle indagini e le eventuali disposizioni impartite. La seconda parte contiene la descrizione di ciò che si è visto, attraverso il metodo dal generale al particolare, la descrizione più approfondita dei caratteri che assumono rilevanza ed il richiamo ai rilievi foto-planimetrici. Nella terza parte, vanno descritti i rilievi effettuati prima e dopo la modifica dell'ambiente (indicando le disposizioni del PM relative all'orario di rimozione del cadavere) e l'esito dell'ispezione cadaverica del medico-legale. Nella quarta parte vi è l'elencazione degli oggetti repertati indicando le tecniche eseguite. La quinta parte riguarda l'abbandono della scena e quindi l'orario del termine delle operazioni (rilascio della scena), le disposizioni del PM e la firma dei verbalizzanti. Nel verbale devono anche risultare le generalità della persona sottoposta alle

indagini, se questa è stata identificata. Se si è proceduto ad identificazione di un soggetto, nel verbale deve essere espressamente previsto se questo si è avvalso della facoltà di farsi rappresentare dal suo difensore di fiducia. Per perfezionare la validità del verbale inerente agli accertamenti urgenti ex art. 354 c.p.p., occorre la sottoscrizione della persona sottoposta alle indagini (se identificata), della persona (o persone) verbalizzante e dell'eventuale difensore intervento.

Il verbale viene redatto da ufficiali o agenti di PG nelle forme e con modalità previste dall'art. 373 c.p.p. Quest'ultimo prevede nel suo primo comma una serie di atti a cui si deve procedere a verbalizzazione (in questa elencazione non sono presenti gli accertamenti urgenti ex art. 354 c.p.p.). Nel comma terzo è previsto che nelle attività di indagine diverse da quelle disciplinate nel primo comma (come gli accertamenti ex art. 354 c.p.p.), si deve procedere mediante la relazione del verbale in forma riassuntiva, ovvero, quando si tratta di atti a contenuto semplice o di limitata rilevanza, mediante le annotazioni ritenute necessarie.

Conclusioni

L'attività di sopralluogo giudiziario rappresenta inevitabilmente un punto di partenza di capitale importanza in un'indagine di Polizia Giudiziaria. Nel contempo, è un momento di imprescindibile collaborazione con la magistratura, la polizia scientifica e con il medicolegale. Il sopralluogo costituisce, infatti, un aspetto rilevante delle indagini, nelle quali appaiono essenziali per poter ottenere un risultato positivo, un'attenta osservazione e documentazione della situazione ambientale (lo "stato dei luoghi"), nonché una ricerca e raccolta diligente delle tracce che vi si trovano. In un'epoca in cui si predilige sempre di più la specializzazione, appare a maggior ragione, estremamente importante riconoscere e ribadire i concetti essenziali posti alla base di qualsiasi inchiesta di polizia giudiziaria e che si riferiscono, quindi, soprattutto alle diverse attività di polizia scientifica sul luogo dei fatti e, successivamente, in laboratorio. Pur tenendo conto dei contesti anche assai diversi in cui si è chiamati ad operare (dal punto di vista legale, di competenza istituzionale, d'organizzazione interna, ecc.), rimane il fatto che il lavoro svolto sul terreno deve essere effettuato sulla base di una metodologia operativa razionale, precisa, completa e scientificamente corretta, nonché universalmente riconosciuta. Fra gli scopi principali del sopralluogo tecnico vi è quello di ricercare ed assicurare gli indizi materiali indispensabili (mezzi di prova per il processo), ma anche gli elementi oggettivi di verifica delle testimonianze e delle varie ipotesi che possono esser prese in considerazione per una ricostruzione dei fatti. Indubbiamente, è importante un costante aggiornamento degli operanti, si deve tendere alla capacità di voler migliorare ed approfondire i metodi di intervento affinché, soprattutto nei casi più gravi, le riposte siano efficaci e permettano alle indagini di sortire i risultati auspicati. Qualsiasi tecnologia deve essere uno strumento di lavoro, ma essa non potrà mai sostituirsi alla volontà del singolo operatore di percorrere tutte le "piste" per tentare di risolvere i casi nel miglior modo possibile, poiché nella società odierna, con tutte le complessità, l'eventualità di un errore è sempre dietro l'angolo. È evidente che le procedure, le tecniche operative, gli aspetti di PG, si modificheranno nel tempo ed è necessario un aggiornamento puntuale. Le innovazioni legislative e procedurali, ma soprattutto i progressi in campo scientifico

e le nuove tecnologie, trasformano l'attività investigativa in un'esperienza professionale delicata e complessa. Risulta fondamentale vagliare correttamente e con metodo gli elementi concreti e psicologici, le formalità procedurali, le tecniche operative e gli aspetti di PG, soprattutto quando ci si trova sotto la pressione del tempo, confrontato con la necessità di organizzare misure d'urgenza e pianificare le attività di condotta senza correre il rischio di tralasciare provvedimenti che rischiano di compromettere o ritardare le indagini. Se è pur vero che il sopralluogo medico-legale nell'ambito della criminalità organizzata, richiede un aggiornamento costante, anche per la poliedricità e duttilità della Mafia, delle tecniche e della legislazione vigente, non bisogna "incappare" nell'errore di correre ad una produzione normativa *ad hoc* solo qualora si presenti la necessità, proprio come è avvenuto nel caso della lotta alla Mafia stessa. Giovanni Falcone per avvalorare le criticità e le difficoltà per risolvere la questione mafiosa diceva:

*"Non è retorico né provocatorio chiedersi quanti altri coraggiosi imprenditori e uomini delle istituzioni dovranno essere uccisi perché i problemi della criminalità organizzata siano finalmente affrontati in modo degno in un paese civile."*³³

Il problema della mafia è stato sempre affrontato dal punto di vista dell'emergenza, soprattutto con riferimento al piano del contrasto penale. Ad ogni azione eclatante, ad ogni esplosivo allarme sociale ha fatto immancabilmente seguito un provvedimento normativo (rigorosamente d'urgenza), un giro di vite, un'indignata risposta. La mafia costituisce un pericolo per la vita sociale, per la sicurezza, per la tranquillità e la libertà del singolo cittadino, per l'economia, per la società, per la libertà di voto, per la libera concorrenza fra le imprese, per la democrazia; un pericolo mortale che va contrastato con fermezza fino alla sua totale eliminazione.

Nel corso degli anni, la legislazione antimafia ha avuto una natura episodica quanto frammentaria (ad oggi non esiste un Testo Unico della legislazione vigente bensì il Codice delle Leggi Antimafia con d.lgs. 159/2011). Una legislazione nata cioè sulla scia di provvedimenti non strutturati e, talvolta, più simili a leggi manifesto

³³ Intervista a Giovanni Falcone del Settembre 1991.

che a novelle aventi un carattere di continuità logica e normativa. Ancora una volta si possono citare le parole di Falcone:

“...Ma con quali strumenti affrontiamo oggi la mafia? In un modo tipicamente italiano, attraverso una proliferazione incontrollata di leggi ispirate alla logica dell'emergenza. Ogni volta che esplose la violenza mafiosa con manifestazioni allarmanti o l'ordine pubblico appare minacciato, con precisione cronometrica viene varato un decreto legge tampone volto ad intensificare la repressione, ma non appena la situazione rientra in un'apparente normalità, tutto cade nel dimenticatoio e si torna ad abbassare la guardia. Le leggi non servono se non sono sorrette da una forte volontà politica, se non sono in grado di funzionare per carenza di strutture adeguate e soprattutto se le strutture non sono dotate di uomini professionalmente qualificati...”

L'esperienza insegna che da qualche anno non vi siano omicidi eccellenti o visibili manifestazioni di tracotanza mafiosa né in Sicilia né in altre regioni non significa di certo che il fenomeno sia sconfitto. La mafia ha solo cambiato pelle un'altra volta inabissandosi nei suoi affari, diventando cioè invisibile. L'invisibilità delle mafie endogene e della loro sommersione in ambiti caratterizzati da scarsissima visibilità è fenomeno che consente comunque la propensione a ricercare il controllo del territorio, attraverso il ricorso ad attività meno eclatanti, ma comunque redditizie, quali l'usura e le estorsioni e risulta tuttora sostenuto l'interesse dei sodalizi all'inserimento nel settore degli appalti pubblici ed all'acquisizione indebita di provvidenze statali.

In conclusione possiamo affermare che non bisogna mai abbassare la guardia nella lotta alla Mafia e anche un accurato sopralluogo in un omicidio di criminalità organizzata può essere un primo passo positivo per poter vincere una battaglia che potrebbe portare alla vittoria di una grande guerra: sconfiggere la Mafia.

“È bello morire per ciò in cui si crede; chi ha paura muore ogni giorno, chi non ha paura muore una volta sola”

Paolo Borsellino

Bibliografia

- Antolisei F., *Manuale di Diritto Penale*, Giuffrè, 1986;
- Arcudi G., *Medicina Legale*, Ed. Universitalia, Roma, 2008;
- Arlacchi P., *La mafia imprenditrice*, il Saggiatore, 2010;
- Baggi E., *Il metodo di lavoro della polizia basato sulle check list*, Polizia Scientifica del Cantone Ticino, 2000;
- Bevel T., Gardner R., *Interpretation of bloodstain pattern analysis*, CRC Press, 2012;
- Capacchione R., *L'oro della Camorra*, Bur, 2010;
- Chiarelli M., *Sacra Corona Unita. I camaleonti della criminalità italiana*, Internazionali Riuniti Editori, 2012;
- Dalla Chiesa N., *Delitto imperfetto. Il generale, la mafia, la società italiana*, Melampo, 2007;
- D'Ambrosio L., *La pratica di polizia giudiziaria*, CEDAM, 2007;
- Falcone G., *Cose di Cosa Nostra*, Bur, 2004;
- Falcone G., *Interventi e proposte (1982-1992)*, a cura della fondazione Giovanni e Francesca Falcone, Firenze, ed. Sansoni, 1994;
- Genovese U., Mobilia F., Scarpati S., Casali M., *Cronache autoptiche. La vita di una società attraverso le autopsie dei suoi cittadini*, Maggioli Editori, 2011;
- Giordano M., *Quando rimasero soli. Emanuele Basile e Mario D'Aleo eroi dimenticati*, Paoline Editoriale Libri, 2011;
- Gratteri N., Nicaso A., *Dire e non dire. I dieci comandamenti della 'Ndrangheta nelle parole degli affiliati*, Mondadori, 2013;
- La Spina, Avitabile, Frazzica, Punzo, Scaglione, *Mafia sotto pressione*, ed. Franco Angeli, 2013;
- Lucarelli C., Picozzi M., *Scena del crimine*, Mondadori, 2006;
- Lucarelli C., *La mattanza*, Einaudi, 2004;
- Pamparana A., *Malacarne. Uomini di 'Ndrangheta*, Marco Tropea Editore, 2010;
- Paternò S., Diana P., *Il segnalamento ed il sopralluogo*, Laurus Robuffo, 2002;
- Saviano R., *Gomorra. Viaggio nell'impero economico e nel sogno di dominio della Camorra*, Mondadori, 2006;
- Tonini P., *Manuale di Procedura Penale*, Giuffrè, 2015.