



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**La Corte di Assise d'Appello
di Milano**
Sezione Seconda

composta da

DOTT. GIUSEPPE ONDEI	- PRESIDENTE
DOTT. FRANCA ANELLI	- CONSIGLIERE- ESTENSORE/SENT.
SIG. AURELIO LEONI	- GIUDICE POPOLARE -
SIG. ANTONIO VILLA	- GIUDICE POPOLARE -
SIG. CINZIA GRAZIANI	- GIUDICE POPOLARE -
SIG. STEFANIA CAZZANIGA	- GIUDICE POPOLARE -
SIG. PAOLA BERRIOLO	- GIUDICE POPOLARE -
SIG. VALTER BORLA	- GIUDICE POPOLARE -

in esito all'udienza celebrata in data odierna

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

(A SEGUITO DI ANNULLAMENTO CON RINVIO)

**ex art. 627 c.p.p.
nella causa penale
contro**

1) BREGA MASSONE Pier Paolo nato a Stradella (Pavia) il 18/07/1964, res. in Pavia, Strada Cascina Spelta n. 24/b, allo stato ristretto per altra causa – libero per questa
APPELLANTE – ASSENTE PER RINUNZIA

Difeso di fiducia dagli avv.ti Nicola MADIA del Foro di Roma e Luigi FORNARI del Foro di Milano
– PRESENTI

2) PRESICCI Pietro Fabio nato a Lecce il 09/04/1965, res. in Milano, via delle Forze Armate, n. 260 allo stato in affidamento in prova ai Servizi Sociali per altro titolo
APPELLANTE – PRESENTE

Difeso di fiducia dagli avv.ti Mauro MOCCHI del Foro di Milano e Federica FURLAN del Foro di Pavia
– PRESENTI

N.....
Mod. 2/A/SG

N. **37/2018**
della SENTENZA

n. **22/2018**
del Reg. Gen. Ass. App.

n. **25477/2018**
del Reg. Notizie di Reato
(DI MILANO)

UDIENZA
del giorno
19/10/2018

Depositata
in Cancelleria

il
Il Cancelliere

Estratto esecutivo a
Procura Generale

Proc. Rep. c/ Trib. di

il
Ufficio corpi di reato di

Estratto alla Prefettura di

il.....

Estratto ex art.15/27 D.M.
334/89 al P.M. c/o Trib.

di.....

il.....

Il Cancelliere

Redatta scheda

il

Il Cancelliere

Art.
Campione penale

PARTI CIVILI:

- A) **SCHIAVO Mirella** nato ad Avellino il 7/03/1951 – difesa dall'avv.to Antonio Giuseppe GIANNOTTA del Foro di Milano;
- B) **EUKOS** – difesa di fiducia dall'avv.to Giuseppe LOMBONI del Foro di Milano;
- C) **ORDINE PROVINCIALE DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI DI MILANO** – difesa dall'avv.to Enrico Antonio Maria PENNASILICO del Foro di Milano;
- D) **MEDICINA DEMOCRATICA – MOVIMENTO DI LOTTA PER LA SALUTE – O.N.L.U.S.** – difesa dall'avv.to Margherita PISAPIA del Foro di Milano;
- E) **A.S.L.** – difesa dall'avv.to Simona Annamaria NORRERI del Foro di Milano;
- F) **REGIONE LOMBARDIA** – difesa dall'avv.to Antonella FORLONI del Foro di Milano;

RESPONSABILE CIVILE:

ISTITUTO CLINICO CITTÀ STUDI – già Clinica *Santa Rita* – difesa dall'avv.to Paolo VENEZIANI del Foro di Piacenza (con Studio Legale in Piacenza, via Cavour n. 64)

^^^^^^^^^^^^^^

INDICE

- | | |
|---|--------------------|
| 1. <u>In premessa</u> –
(le imputazioni per esteso) | PAG. 1
PAG. 3-4 |
| 2. <u>Il giudizio rescindente di legittimità: Corte di Cassazione, Sez. I penale, 22 giugno 2017 – 3 giugno 2018 n. 14776</u> – | PAG. 6 |
| 3. <u>Il DOLO EVENTUALE per come ritenuto dal primo Giudice – gli INDICATORI rilevanti – la prova della loro “resistenza” alla luce della sentenza delle Sezioni Unite n. 38343 del 24/04/2014, ESPENHAHN e altri (nota come “ThyssenKrupp”)</u> | PAG. 13 |
| 3.1. L’esplicito richiamo del <i>giudice di legittimità rescindente</i> al rispetto del <i>decisum</i> delle SS.UU. ESPENHAHN e altri – | PAG. 13 |
| 3.2. Il <i>dolo eventuale</i> nell’impugnata sentenza – gli <i>indicatori</i> evidenziati – | PAG. 13 |
| 3.3. La rivisitazione dei criteri direttivi utilizzati in prime cure per la ricerca del coefficiente psichico (<i>eventualmente doloso</i>) alla luce di «SS.UU. THYSSEN» | PAG. 20 |
| 4. <u>Sintesi: il perimetro tracciato dalla sentenza rescindente di legittimità entro il quale è legittimo muoversi – il limite <i>quae supra</i> e quello <i>sub quo</i>: comunque, “non meno” ma anche “non oltre” l’omicidio preterintenzionale.</u> | PAG. 25 |

5. <u>I singoli casi in contestazione – la valutazione delle prove disponibili per ciascuno dei casi da esaminare – la loro inadeguatezza a sostenere il prospettato <i>dolo eventuale</i> –</u>	PAG. 31
5.1.	
§- <u>la morte di SCHIAVO Antonio (capo 46) –</u>	PAG. 37
§ - <i>l'elemento psichico doloso, secondo la motivazione del primo Giudice –</i>	PAG. 40
5.1.1. <u>La presente decisione (sul caso SCHIAVO, capo 46) –</u>	PAG. 41
5.2.	
§- <u>la morte di VAILANTI CANTA Giuseppina (capo 47) –</u>	PAG. 46
§ - <i>l'elemento psichico doloso, secondo la motivazione del primo Giudice –</i>	PAG. 48
5.2.1. <u>La presente decisione (sul caso VAILANTI CANTA, capo 47) –</u>	PAG. 49
5.3.	
§- <u>la morte di SCOCCHETTI Maria Luisa (capo 48) –</u>	PAG. 52
§ - <i>l'elemento psichico doloso, secondo la motivazione del primo Giudice –</i>	PAG. 56
5.3.1. <u>La presente decisione (sul caso SCOCCHETTI, capo 48) –</u>	PAG. 57
5.4.	
§- <u>la morte di DALTO Gustavo Ermenegildo (capo 49) –</u>	PAG. 62
§ - <i>l'elemento psichico doloso, secondo la motivazione del primo Giudice –</i>	PAG. 63
5.4.1. <u>La presente decisione (sul caso DALTO, capo 49) –</u>	PAG. 64
5.5 – <u>Conclusioni sull'elemento psichico –</u>	PAG. 65
6. <u>L'aggravante teleologica dell'aver agito <i>allo scopo di commettere altro reato</i> (segnatamente quello di truffa <i>sub</i> capo A) – la sua manifesta insussistenza.</u>	PAG. 78
7. <u>Il trattamento sanzionatorio – la sua determinazione – l'esposizione dei criteri di quantificazione –</u>	PAG. 84

^^^^^^^^^^^^^^

LA CORTE D'ASSISE D'APPELLO
DI MILANO
– SEZIONE SECONDA –

**In esito alle udienze del 25 settembre e del
19 ottobre 2018**

sentite le CONCLUSIONI

delle Parti processuali che hanno chiesto la definizione del presente giudizio di rinvio nel senso che segue:

-con la sola riduzione della pena a favore di PRESICCI Pietro Fabio (previo bilanciamento di prevalenza con le già riconosciute circostanze attenuanti generiche in anni 21 di reclusione) e l'integrale conferma della sentenza di prime cure nei confronti di BREGA MASSONE Pier Paolo – quanto al **Procuratore Generale**;

-con la conferma della sentenza di primo grado, secondo le richieste delle **Parti Civili** comparse in giudizio;

-con la riduzione e/o la compensazione delle spese dovute alle Parti Civili – in giudicato risultando le statuizioni civili – quanto al **Responsabile Civile, ICCS - Istituto Clinico Città Studi s.p.a.**;

-quanto, infine, alle **rispettive Difese**, con la riqualificazione dei fatti di reato *sub* capi 46, 47, 48, 49 nelle fattispecie di cui all'art. 584 c.p., infliggendo il minimo della pena, riconoscendo il giudizio di prevalenza con le già riconosciute circostanze attenuanti generiche a PRESICCI Pietro Fabio; riconoscendo dette circostanze attenuanti, quantomeno con equivalenza, anche a BREGA MASSONE Pier Paolo.

OSSERVA

1. In premessa –

Si procede qui a norma dell'art. 627 c.p.p. giacché con **sentenza n. 14776**, depositata in data **3 aprile 2018** (ud. del **22 giugno 2017**), la **Sez. I della Corte di Cassazione**, nell'ambito del processo penale contro **BREGA MASSONE Pier Paolo** (nato a Stradella, Pavia, il 18/07/1964) e **PRESICCI Pietro Fabio** (nato a Lecce il 09/04/1965), entrambi, al tempo dei fatti, medici chirurghi (l'uno Primario, l'altro Aiuto) presso l'Unità Operativa di Chirurgia toracica dell'allora denominata CASA DI CURA SANTA RITA S.P.A. di Milano, ha così statuito:

“...Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di BREGA MASSONE Pier Paolo e PRESICCI Pietro Fabio relativamente al reato di cui al capo 23 perché estinto per prescrizione.

***Annulla** la sentenza impugnata nei confronti di BREGA MASSONE Pier Paolo, di PRESICCI Pietro Fabio e del responsabile civile ICCS -Istituto Clinico Città Studi s.p.a. con riferimento ai delitti di cui ai capi 46, 47, 48 e 49 limitatamente al dolo di omicidio e alla qualificazione giuridica dei reati e rinvia per nuovo giudizio su tali punti, nonché per la rideterminazione della pena, ad altra sezione della Corte d'assise d'appello di Milano.*

Rigetta nel resto i ricorsi degli imputati e del responsabile civile.

Condanna gli imputati BREGA MASSONE e PRESICCI e il responsabile civile ICCS - Istituto Clinico Città Studi s.p.a. a rifondere le spese sostenute nel presente giudizio alle parti civili COLONNA Grazia Giovanna e CAVALLO Antonia che liquida in complessivi euro 4.200,00 oltre spese generali, IVA e CPA come per legge.

Condanna il responsabile civile ICCS-Istituto Clinico Città Studi s.p.a. a rifondere le spese sostenute nel presente giudizio dalle parti civili BELLONI Emiliana e GARLASCHI

Giovanni che liquida in euro 3.500,00 ciascuna, oltre spese generali, IVA e CPA come per legge, disponendone il pagamento in favore dei rispettivi difensori distrattari avv. Paolo SORLINI e avv. Marco MARZARI.

Dichiara inammissibile la domanda di rifusione delle spese del presente giudizio proposta da ZITO Simona.

Rimette al giudice di rinvio la statuizione sulle spese delle altre parti civili...".

I ricorsi che hanno condotto alla decisione suindicata erano stati proposti dalle Difese nell'interesse degli odierni imputati avverso la **sentenza n. 61 del 21/12/2015** emessa dalla **Corte Assise d'Appello di Milano** in parziale riforma della sentenza di primo grado pronunciata il **9.04.2014 dall'Assise di primo grado**.

Il primo Giudice – all'esito dell'espletato dibattimento – in ordine ai reati per cui si sta ancora qui procedendo (capi **46, 47, 48 e 49**: v. per esteso *infra*) aveva riconosciuto la sussistenza del **dolo eventuale**, sicché aveva dichiarato responsabili gli odierni giudicabili di **omicidio volontario**, ritenendo d'aver accertato, in relazione ad ognuno dei decessi, la **sussistenza del nesso di causalità** tra le condotte chirurgiche e gli eventi letiferi; **l'inutilità** degli interventi chirurgici (e quindi l'assenza di finalità terapeutica); **l'elevato grado di rischio** di tutti gli interventi previsto ed accettato dagli operatori e **l'inesistenza di un valido consenso** dei pazienti.

Il Giudice del gravame, dal canto suo, aveva:

- ▶ **condannato** l'imputato BREGA MASSONE Pierpaolo alla pena dell'ergastolo, riducendo l'isolamento diurno ad anni 1 e mesi 6, in relazione ai predetti quattro episodi di omicidio volontario, aggravati – esclusa la (pur contestata) aggravante dalla crudeltà – dal nesso teleologico (*ex art. 61 n. 2 cod. pen.*) col reato di truffa aggravata (dichiarato prescritto all'esito del giudizio di merito) consistito nella percezione di indebiti rimborsi per prestazioni sanitarie fornite dalla casa di cura di appartenenza, mediante una falsa rappresentazione del profilo clinico di ciascuno. Segnatamente che le patologie lamentate dai pazienti avessero un'univoca indicazione chirurgica, in effetti posta in essere con l'esecuzione di interventi di chirurgia toracica, in realtà risultati privi di giustificazione, sia in ordine alla reale patologia che alle condizioni fisiche del paziente;
- ▶ **condannato** l'imputato BREGA MASSONE Pierpaolo in relazione a tre episodi di lesioni personali dolose, aggravate dal medesimo nesso teleologico e dalla messa in pericolo della vita dei pazienti;
- ▶ **condannato**, ancora, PRESICCI Pietro Fabio alla pena di anni 24 mesi 4 di reclusione, a titolo di concorso negli omicidi SCHIAVO e VAILATI, ascritti ai capi 46 e 47, e nel delitto di lesione personale aggravata di cui al capo 31 in danno di COLONNA Pasquale.

In particolare gli omicidi ascritti a Pier Paolo BREGA MASSONE (comuni a PRESICCI Pietro Fabio nei due casi precitati) – **oramai oggetto esclusivo del presente devoluto** – sono quelli concernenti la morte dei pazienti:

- SCHIAVO Antonio, di anni 85, di cui al capo **46**; -
- VAILATI CANTA Giuseppina, di anni 82, di cui al capo **47**; -
- SCOCCHETTI Maria Luisa, di anni 65, di cui al capo **48**; -
- DALTO Gustavo Ermenegildo, di anni 89, di cui al capo **49**.

Più precisamente, contestati come segue:

capo 46: Ascritto ad entrambi gli imputati **BREGA MASSONE Pier Paolo** e **PRESICCI Pietro Fabio:**

del reato p. e p. dagli artt. 110, 575, 576 n. 1 c.p. (in relazione all'art. 61 n. 2 c.p.) e 577 n. 4 c.p. (in relazione all'art. 61 n. 4 c.p.) perché, in concorso tra loro, nelle rispettive qualità di primo e secondo operatore, cagionavano la morte di SCHIAVO Antonio, di anni 85.

In particolare:

sottoponevano il medesimo ad intervento chirurgico di toracotomia laterale sinistra e decorticazione polmonare, sintesi miocardio, intervento inutile ed inspiegabile attese le condizioni e la storia clinica del paziente, in assenza dei necessari accertamenti (ad es. ago bioptico, consigliato esplicitamente dal radiologo, per "addensamento nodulare parenchimale di verosimile natura eteroformativa"), ad alto rischio operatorio per le condizioni del paziente (ultraottantenne, con precedente by-pass aorto-coronarico e broncopneumopatia cronica ostruttiva).

Nel corso di detto ingiustificato ed ingiustificabile intervento, a causa di errata manovra chirurgica (da identificarsi o in manovre di trazione esercitate sulla gabbia toracica per mantenere pervio l'accesso chirurgico intercostale o in azione diretta degli strumenti chirurgici) veniva lacerato il miocardio, con conseguente rapida emorragia che conduceva, senza l'ingerenza di fattori causali alternativi all'intervento, al decesso.

Con l'aggravante d'aver commesso il fatto al fine di commettere il delitto di cui al capo A, e con l'aggravante d'aver agito con crudeltà sulla persona, consistita nel propendere per un intervento abnorme ed invasivo, in totale disprezzo delle condizioni di estrema fragilità del paziente come sopra descritte (cartella clinica di riferimento n. 2006002009).

In Milano, il 21/02/2006

capo 47: Ascritto ad entrambi gli imputati **PRESICCI Pietro Fabio** e **BREGA MASSONE Pier Paolo:**

del reato p. e p. dagli artt. 110, 575, 576 n. 1 c.p. (in relazione all'art. 61 n. 2 c.p.) e 577 n. 4 c.p. (in relazione all'art. 61 n. 4 c.p.) perché, in concorso tra loro, nelle rispettive qualità di primo e secondo operatore, cagionavano, anticipandola ampiamente, la morte di VAILATI CANTA Giuseppina, di anni 82, affetta da ipertensione arteriosa, cardiopatia ischemico-congestizia, nonché progredita malattia neoplastica, con diffusa metastatizzazione.

In particolare:

sottoponevano, in data 17/03/2006, contro ogni logica ed utilità, la paziente ad un intervento chirurgico di VATS destra per resezioni parziali e biopsie pleuriche più intalciamento pleurico e asportazione linfonodi sovraclaveari, a fronte di adenomegalie diffuse e versamento pleurico bilaterale, intervento del tutto inutile (potendosi effettuare la diagnosi delle lesioni sovraclaveari con una semplice biopsia e successivo esame istologico sul materiale prelevato e potendosi trattare il versamento pleurico con una assai meno invasiva toracentesi), in paziente a gravissimo rischio anestesilogico (classe ASA III/IV), per le complicanze mortali intra e post-operatorie ed in relazione alla quale un intervento poteva giustificarsi solo per sottrarre la donna ad un imminente pericolo di vita, certamente non incombente nel caso di specie (precedentemente la VAILATI manifestava solo una lieve dispnea, non necessitante di supporto ventilatorio e le condizioni cardiocircolatorie erano stabili).

L'atto chirurgico, alterando in senso peggiorativo la dinamica respiratoria, portava, a meno di 24 ore di tempo, ad una grave condizione di insufficienza cardio-respiratoria che peggiorava progressivamente, conducendo, in assenza di fattori eziologici alternativi, la paziente al decesso.

Con l'aggravante d'aver commesso il fatto al fine di commettere il delitto di cui al capo A, e con l'aggravante d'aver agito con crudeltà sulla persona, consistita nel propendere per un

*intervento abnorme ed invasivo, in totale disprezzo delle condizioni di estrema fragilità della paziente come sopra descritte (cartella clinica di riferimento n. 2006003689).
In Milano, il 17/03/2006 (decesso il 22 marzo 2006).*

capo 48: Ascritto a **BREGA MASSONE Pier Paolo** (e ad altro medico imputato, oramai sottratto al presente giudizio PANSERA Marco: *omissis*):
del reato p. e p. dagli artt. 110, 575, 576 n. 1 c.p. (in relazione all'art. 61 n. 2 c.p.) e 577 n. 4 c.p. (in relazione all'art. 61 n. 4 c.p.) perché, in concorso tra loro, nelle rispettive qualità di primo e secondo operatore, cagionavano, accelerandola, la morte di SCOCCHETTI Maria Luisa, di anni 65.

In particolare:

sottoponevano la medesima ad intervento di videotoracosopia bilaterale, asportazione versamento pleurico, biopsia della pleure, intalciamento pleurico, posizionamento di catetere venoso centrale, intervento inspiegabile in quanto inutile e tardivo (“appare solamente come puro accanimento”: cfr. consulenza in atti), effettuato in contrasto con la storia clinica della paziente e le condizioni generali della medesima al momento del ricovero. La donna, infatti, colpita da pregresso carcinoma della mammella, trattato con mastectomia ed affetta da metastasi epatiche e recente versamento pleurico bilaterale, collocata in ASA III, presentava un precario equilibrio a causa del labile compenso respiratorio (per le patologie) ed un intervento nella concreta fattispecie poteva giustificarsi solo per sottrarre la paziente ad un imminente pericolo di vita, certamente non sussistente nel caso di specie (precedentemente all'intervento la SCOCCHETTI manifestava dispnea da sforzo, non necessitante supporto ventilatorio).

L'atto chirurgico, alterando in senso peggiorativo la dinamica respiratoria, portava, quarantacinque minuti dopo, ad una compromissione della funzione respiratoria e cardiocircolatoria che si rivelava irreversibile, sino a condurre, in assenza di fattori eziologici alternativi, pochi giorni dopo, al decesso per “acuta insufficienza respiratoria” (cartella clinica di riferimento, relativa all'intervento, n. 2006013110 e cartella clinica relativa al ricovero in riabilitazione n. 2006013475).

Con l'aggravante d'aver commesso il fatto al fine di commettere il delitto di cui al capo A, e con l'aggravante d'aver agito con crudeltà sulla persona, consistita nel propendere per un intervento abnorme ed invasivo, in totale disprezzo delle condizioni di estrema fragilità della paziente come sopra descritte.

In Milano, l'11/10/2006 (decesso in data 19 ottobre 2006).

capo 49: Ascritto al solo: **BREGA MASSONE Pier Paolo**:

del reato p. e p. dagli artt. 575, 576 n. 1 c.p. (in relazione all'art. 61 n. 2 c.p.) e 577 n. 4 c.p. (in relazione all'art. 61 n. 4 c.p.) perché, in qualità di primo operatore, cagionava la morte di DALTO Gustavo Ermenegildo, di anni 89.

In particolare:

sottoponeva, in data 2 marzo 2005, il DALTO, paziente con recente infarto miocardico acuto, cardiopatico per fibrillazione atriale cronica, senza i necessari approfondimenti diagnostici (agobiopsia, tac guidata) ad un intervento chirurgico di segmentectomia laterale lobo medio in toracotomia laterale di minima destra previa pleurolisi, intervento effettuato a fronte di un nodulo polmonare (diagnosticato poi come “neoplasia squamocellulare” di cm. 1) da non correlarsi né ad un rischio di morte imminente o prossimo, né ad alcuna sintomatologia clinica. Propendeva nell'eseguire la descritta aggressione chirurgica, benché la patologia cardiaca (infarto acuto o recente) rappresenti una delle controindicazioni assolute all'intervento in elezione, essendo ammissibili solo interventi c.d. “salvavita”; nonostante il peggioramento del paziente a causa della somministrazione degli anestetici, causante la comparsa di uno stato ipotensivo di forte entità richiedente l'infusione continuativa di

dopamina, decideva inoltre di non sospendere l'intervento (della durata di 85 minuti), all'esito del quale le condizioni respiratorie erano tali da non consentire l'estubazione del paziente. Atto chirurgico dal quale il paziente non si riprendeva, decedendo il giorno successivo a causa di un'acuta insufficienza cardiorespiratoria, in assenza di fattori eziologici alternativi (cartella clinica di riferimento n. 2005001708).

Con l'aggravante d'aver commesso il fatto al fine di commettere il delitto di cui al capo A, e con l'aggravante d'aver agito con crudeltà sulla persona, consistita nel propendere per un intervento abnorme ed invasivo, in totale disprezzo delle condizioni di estrema fragilità del paziente come sopra descritte.

In Milano, il 2 marzo 2005 (decesso in data 3/03/2005).

Gli episodi di lesione personale aggravata, per i quali in secondo grado era stata confermata la condanna e che si citano solo per completezza argomentativa potendo ormai dirsi, nel loro diverso esito, *res judicata*, sono relativi:

- al secondo intervento, eseguito l'11.11.2005, su FORNETTI Savina, di anni 60, ascritto al capo 22 (sia a BREGA che a PRESICCI);
- all'intervento eseguito il 27.07.2005 su DE VECCHI Aurelia, di anni 80, ascritto al capo 23 (sia a BREGA che a PRESICCI);
- all'intervento eseguito il 24.05.2006 su COLONNA Pasquale, di anni 73, ascritto al capo 31 (sia a BREGA che a PRESICCI).

I reati sono stati addebitati al dott. Pier Paolo BREGA MASSONE in qualità di dirigente medico responsabile dell'unità operativa di chirurgia toracica e a dott. Pietro Fabio PRESICCI in qualità di componente della medesima equipe chirurgica, in veste di cooperatore negli interventi che hanno integrato le condotte incriminate ai capi 31, 46 e primo operatore per il caso clinico di cui al capo n. 47.

La sentenza d'appello, oggetto di parziale annullamento, ha individuato:

il reato più grave a carico di BREGA MASSONE quello descritto *sub* capo 49 (per la morte di DALTO Ermenegildo), unificando tutti i fatti sotto il vincolo della continuazione; ha negato all'imputato le attenuanti generiche in ragione della sistematicità delle condotte, del tentativo di fuorviare le indagini nei propri confronti, dell'assenza di elementi positivi ravvisabili nel comportamento processuale, della finalità di lucro che aveva orientato l'attività illecita;

il reato più grave a carico di PRESICCI è stato ritenuto l'omicidio VAILATI, previa conferma delle attenuanti generiche già riconosciute in primo grado con giudizio di equivalenza all'aggravante di cui all'art. 61 n. 2 cod. pen.

Sono state applicate inoltre le pene accessorie di legge e confermate le statuizioni civili (salvo la revoca di quelle per le quali erano intervenute transazioni con le parti civili) a carico degli imputati e del responsabile civile I.C.C.S. (nuova denominazione assunta dalla *Casa di cura Santa Rita s.p.a.*).

La sentenza di seconde cure ha, inoltre, dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato nei confronti di entrambi gli imputati BREGA MASSONE e PRESICCI (oltre che degli altri originari imputati) con riguardo a una serie di reati di truffa aggravata e falso ideologico, nonché per numerosi altri episodi di lesioni personali dolose, per i quali sono state confermate le statuizioni civili.

2. Il giudizio rescindente di legittimità: Corte di Cassazione, Sez. I penale, 22 giugno 2017 – 3 giugno 2018 n. 14776 –

I.

La sentenza rescindente emessa dalla S.C. di Cassazione, prima di giungere alla decisione il cui dispositivo si è in premessa trascritto, ha ripercorso la genesi delle accuse, prendendo e dando atto di come:

i reati ascritti agli odierni imputati (oltre che a PANSERA Marco, chirurgo toracico nei cui confronti le imputazioni si sono, tuttavia, prescritte) abbiano tratto origine dalle indagini attivate in relazione all'attività dai medesimi svolta in qualità di medici del reparto di chirurgia toracica delle case di cura milanese SANTA RITA, prima, e (quanto ai soli BREGA MASSONE e PRESICCI) SAN CARLO, poi;

di come l'accusa sia stata quella di aver eseguito gli interventi incriminati in assenza di indicazione chirurgica e di valido consenso informato dei pazienti, al fine di far conseguire in modo fraudolento alla casa di cura presso cui i chirurghi operavano rimborsi non dovuti dalla Regione Lombardia, mediante richieste supportate da SDO ideologicamente false, cagionando lesioni dolose ai pazienti e in alcuni casi il loro volontario decesso.

di come le indagini avessero condotto alla formulazione di una prima serie di imputazioni per lesioni volontarie anche pluriaggravate, truffa e falso a carico di Pier Paolo BREGA MASSONE e Pietro Fabio PRESICCI, con riferimento alla medesima attività medica da costoro svolta presso la Casa di cura Santa Rita, relativamente a 88 interventi chirurgici; e di come questi ultimi avessero costituito oggetto di altro processo penale conclusosi con sentenza definitiva di condanna degli imputati, acquisita al presente giudizio.

di come le indagini fossero scaturite dai dubbi insorti sulla correttezza delle richieste di rimborso degli interventi di chirurgia presentate dalla Casa di cura Santa Rita, presso la quale negli anni 2004-2005 era stato riscontrato un aumento anomalo degli interventi operatori e del valore di produzione, ritenuto inspiegabile a fronte dell'aumento accreditato di soli sette posti letto;

di come fosse, altresì, emerso un numero elevato di decessi di pazienti, il cui aumento esponenziale trovava rispondenza e proporzionalità nell'aumento degli interventi chirurgici;

di come l'attività di intercettazione avesse consentito di accertare che gli interventi chirurgici erano stati effettivamente eseguiti, e che non si trattava di prestazioni simulate, sicché non di truffa aggravata nei confronti dell'Ente regionale (per prestazioni sanitarie rimborsate e non eseguite) si doveva discutere, bensì il contrario: di reati contro la persona per interventi chirurgici eseguiti al precipuo scopo di conseguire profitto (personale e per la struttura).

II.

La sentenza rescindente di legittimità ha poi dato conto, in sintesi, delle statuizioni di primo e secondo grado richiamandone succintamente le ragioni argomentative; ha esposto i motivi di ricorso ed ha risolto, prima degli altri, quelli che ha ritenuto di respingere perché infondati.

Da ciò è conseguito un giudicato parziale che – come meglio si illustrerà nel prosieguo, man mano che si procederà nella motivazione – non consente di porre più in discussione né le condotte materiali tenute dai due imputati né il nesso causale tra dette condotte e gli eventi infausti occorsi ai quattro pazienti deceduti in conseguenza degli interventi chirurgici cui sono stati sottoposti.

La S.C. ha, poi, considerato i «**motivi di ricorso sul dolo omicidiario**» e – a differenza dei primi – li ha accolti nei limiti e con le precisazioni che seguono (cfr. da pag. 35, a partire dal paragrafo undicesimo).

III.

Anzitutto (cfr. § 11.1.) ha valutato giuridicamente non censurabile “...*l'affermazione di partenza del percorso argomentativo della sentenza impugnata secondo cui – una volta accertata la natura dolosa delle lesioni cagionate alle vittime mediante gli interventi operatori sulle stesse effettuati, in quanto la relativa attività medico-chirurgica era priva di qualsiasi legittimazione giustificativa, ed accertata la sussistenza del nesso eziologico tra le singole condotte riconducibili alla violazione dell'art. 582 cod. pen. e la morte dei pazienti – non può trovare alcuno spazio applicativo la fattispecie dell'omicidio colposo ex art. 589 cod. pen...*”.

Nella specie, cioè, non si ricade in una fattispecie di colpa medica professionale, motivatamente esclusa – nel giudizio della S.C. – per tutti i casi portati all'attenzione dei giudici di merito “...*ma il titolo di reato al quale deve essere ricondotta la responsabilità degli imputati, per la morte delle vittime, è rappresentato alternativamente dall'omicidio preterintenzionale ex art. 584 cod. pen. oppure, nel caso di accertata esistenza dell'animus necandi, dall'omicidio volontario ex art. 575 cod. pen. ...*”.

IV.

Nel paragrafo successivo (§ 11.2.), la S.C. ha richiamato i principi teorici che sorreggono la nozione di preterintenzione e di omicidio preterintenzionale, in generale, e nell'attività sanitaria, in particolare.

Così esprimendosi:

“...*Costituisce ius receptum nell'elaborazione giurisprudenziale di questa Corte di legittimità che l'elemento psicologico dell'omicidio preterintenzionale consiste nell'aver voluto, con dolo, l'evento minore rappresentato dalle lesioni cagionate alla persona offesa, e non anche l'evento più grave (la morte della vittima), che costituisce solo la conseguenza diretta, sul piano causale, della condotta dell'agente; l'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 584 cod. pen. non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva, né da dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di lesioni (o percosse), in quanto la disposizione dell'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato; la valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto punito dall'art. 584 cod. pen., dunque, è nella stessa legge, e l'agente risponde, per fatto proprio, dell'evento più grave (la morte) di quello voluto (le lesioni personali), in forza dell'esplicita previsione legislativa che aggrava il trattamento sanzionatorio sulla scorta dell'assoluta probabilità che dall'azione volontariamente lesiva dell'integrità fisica della persona offesa possa derivarne la morte (ex plurimis, Sez. 5 n. 44986 del 21/09/2016, Rv. 268299; Sez. 5 n. 791 del 18/10/2012, depositata nel 2013, Rv. 254386; Sez. 5 n. 35582 del 27/06/2012, Rv. 253536).*

Anche con riguardo specifico alla morte del paziente che costituisca conseguenza causale diretta di un trattamento medico-chirurgico, questa Corte ha affermato il medesimo principio, per cui **deve rispondere di omicidio preterintenzionale il medico che abbia sottoposto il paziente all'intervento operatorio in assenza di finalità terapeutiche, ovvero per fini estranei alla tutela della salute della vittima, provocando coscientemente un'inutile mutilazione, od agendo per scopi estranei non accettati dal paziente, siano essi di natura scientifica, dimostrativa, didattica, esibizionistica, estetica** (Sez. 4 n. 34521 del 26/05/2010, Rv. 249818), ovvero – come accertato nel caso in esame – animati da mero

fine di lucro o di affermazione personale e professionale...” (n.d.r.: l'enfasi grafica è aggiunta).

Solo la finalità terapeutica, seppur perseguita consumando errori, dirige verso una condotta colposa:

“...soltanto se la condotta non sia ab origine diretta volutamente a ledere e provocare inutili sofferenze al paziente, ma sia riconducibile al perseguimento di una finalità terapeutica, anche in assenza di un valido consenso informato e anche se esplicata in violazione delle leges artis, potrà configurarsi a carico del medico chirurgo, in rapporto all'accertata violazione colposa delle regole cautelari, la diversa ipotesi di cui all'art. 589 cod. pen. (Sez. 4 n. 34521 del 2010, appena citata) ...” (così sentenza rescindente).

Quando, per contro, la finalità terapeutica soccombe perché schiacciata dalla avidità e dalla sete di guadagno ovvero da altri finalità diversa da quella di cura, quest'ultima fattispecie colposa va esclusa, come per l'appunto va esclusa nei casi di specie.

V.

Tuttavia – prosegue il giudice di legittimità (v. § 11.3.) – l'accertata sussistenza, nei casi già in giudicato ed anche in quelli *sub judice*, del dolo di lesioni personali, ex art. 582 cod. pen., *“...conseguente all'assoluta mancanza di giustificazione e legittimazione medico-chirurgica dell'intervento operatorio causativo dell'evento mortale, in quanto privo – come verificato a carico degli imputati nei quattro casi in esame – di qualsiasi reale finalità diagnostica, curativa, o anche solo palliativa...”* non esenta il giudice dall'indagare, caso per caso, il profilo psichico che connota ciascuna fattispecie.

Se, infatti, la sussistenza del dolo di lesione assume *“...ex se rilevanza decisiva (alla stregua delle considerazioni che precedono) agli effetti dell'integrazione del delitto di cui all'art. 584 cod. pen., non può tuttavia comportare alcuna attenuazione dell'onere della prova, gravante sull'accusa, sul punto relativo alla sussistenza dell'ulteriore elemento psicologico rappresentato dal dolo omicidiario, necessario a connotare il più grave titolo di reato ... ex art. 575 cod. pen...”*.

Quest'ultimo – prima di essere affermato – esige la rigorosa dimostrazione, per ciascun singolo caso, che il medico-chirurgo si sia rappresentato e abbia voluto, o quantomeno accettato coi caratteri richiesti dalla figura del *dolo eventuale*, l'evento mortale come conseguenza della propria azione e condotta operatoria.

La sentenza impugnata ha, infatti, individuato proprio nella categoria del *dolo eventuale* l'elemento psichico che avrebbe connotato l'azione chirurgica degli imputati, in relazione alla morte dei pazienti SCHIAVO, VAILATI, SCOCCHETTI e DALTO e tuttavia ciò avrebbe fatto – secondo i rilievi critici del giudice di legittimità – *“...sulla scorta di una motivazione – compendiata, in particolare, alle pagine 307-311 della sentenza d'appello – che non resiste, sul piano della congruità logica e delle conclusioni alle quali è pervenuta, alle censure di legittimità dei ricorrenti...”*.

VI.

Il successivo paragrafo (§ 11.4.) è dedicato alla relativa nozione di *dolo eventuale* per come delineata dalle Sezioni Unite nella nota sentenza n. 38343 del 24/04/2014, ESPENHAHN (e altri), ai cui dettami non ci si può più sottrarre nella affermazione di detto atteggiamento psichico.

“... Per la configurabilità del dolo eventuale, occorre dunque, come chiarito da questa Corte nella sua massima espressione nomofilattica, la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta (rappresentata, nel caso in esame, dalla morte del paziente come conseguenza diretta dell'intervento operatorio privo di giustificazione medico-chirurgica), aderendo

psicologicamente ad essa; il momento volontaristico, consistente nella determinazione di aderire all'evento oggetto di rappresentazione, costituisce – anche nel dolo eventuale – una componente fondamentale dell'atteggiamento psichico dell'agente, nel senso che il dolo eventuale implica non già la semplice accettazione di una situazione di rischio, ma l'accettazione di un evento definito e concreto, che deve essere stato ponderato dall'autore del reato come costo (accettato) dell'azione realizzata per conseguire il fine perseguito.

L'art. 43 del codice penale, nella definizione del dolo, stabilisce una relazione essenziale tra la volontà e la causazione dell'evento, relazione che difetta nella mera accettazione del rischio che l'evento si verifichi, ed esige perciò – quale elemento dirimente tipico del dolo, anche nella sua forma eventuale – l'esistenza di un atteggiamento psichico che riveli l'adesione dell'agente all'evento, per il caso che esso si verifichi come conseguenza, anche non direttamente voluta, della propria condotta; nella scelta di agire del soggetto deve essere ravvisabile, dunque, una consapevole presa di posizione di adesione all'evento, che costituisca espressione di una manifestazione, sia pure indiretta, di volontà.

Sul piano probatorio, l'indagine che il giudice deve compiere al fine di accertare il concreto atteggiarsi della volontà in forme coerenti alla sussistenza del dolo eventuale, in quanto volta (necessariamente) a scrutinare la sfera interiore dell'animo umano, può legittimamente fondarsi – in mancanza di una franca ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato – su un procedimento logico d'induzione che valorizzi una serie di elementi indiziari muniti di adeguata capacità inferenziale nella ricostruzione dell'iter e dell'esito del processo decisionale dell'agente.

*In particolare, la citata sentenza n. 38343 del 2014 delle Sezioni Unite di questa Corte ha individuato ed enumerato, come **possibili elementi indicatori del dolo eventuale**: a) la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa; b) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; c) la durata e la ripetizione dell'azione; d) il comportamento successivo al fatto; e) il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali; f) la probabilità di verificazione dell'evento; g) le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verificazione; h) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento (cosiddetta prima formula di Frank).*

*Le Sezioni Unite hanno precisato, peraltro, che tali elementi indiziari (i quali non esauriscono l'ambito degli indici in grado di orientare l'indagine giudiziaria sul punto) **non incarnano ex se la prova della colpevolezza a titolo di dolo eventuale, ma rappresentano elementi utili a ricostruire il processo decisionale dell'agente e i relativi motivi**, con particolare riguardo al risultato finale che deve coincidere con la realizzazione di una condotta che si fondi sulla nitida e ponderata consapevolezza della concreta prospettiva dell'evento collaterale, traducendosi nell'adesione all'eventualità della sua concreta verificazione quale prezzo o contropartita, accettabile e accettata, del conseguimento delle finalità primarie dell'agire del soggetto.*

Il problema dell'accertamento del dolo eventuale si sposta dunque sul terreno della prova e richiede, come deve avvenire in tutti i casi di valutazioni indiziarie (per giunta dirette, nella specie, a scrutinare l'atteggiamento psichico della persona, e non un fatto naturalistico), un'indagine approfondita e connotata da un'estrema attenzione all'analisi e alla comprensione dei dettagli, volta esclusivamente alla piena cognizione dei fatti ritenuti indicativi e rilevanti nella ricostruzione probatoria della reale volontà dell'agente, che devono essere vagliati e ponderati criticamente nel loro significato oggettivo, senza

forzature e rifuggendo dall'applicazione di meri meccanismi presuntivi incapaci di assicurare un persuasivo giudizio finale in ordine alla sussistenza in concreto, oltre ogni ragionevole dubbio, dell'elemento volontaristico che deve caratterizzare - quale momento essenziale e imprescindibile del riconoscimento della figura del dolo eventuale - la connessione tra l'atteggiamento interiore dell'agente e l'evento che si è verificato.

La naturale difficoltà di accertamento che contraddistingue, perciò, l'indagine tesa a riscontrare la presenza, nell'animo dell'agente, dell'elemento psichico del dolo eventuale esige una speciale cautela, che si traduce sul piano degli esiti processuali - come puntualmente osservato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 38343 del 2014 - nella (consueta) conseguenza per cui, **in tutte le situazioni probatorie che permangano incerte o irrisolte** alla stregua della fondamentale regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, codificata nell'art. 533 comma 1 cod. proc. pen., **il giudice deve attenersi al principio del favor rei, ed escludere quindi l'imputazione soggettiva più grave in favore di quella meno grave (costituita, nel caso di specie, da quella preterintenzionale)**; e ciò anche al fine di evitare, come rilevato dalle Sezioni Unite, qualsiasi rischio che il giudizio sulla colpevolezza dell'imputato, rispetto al fatto concreto, possa finire per sottintendere un (inammissibile) giudizio sul tipo d'autore...".

A tali dettami, non si sarebbe del tutto adeguata la sentenza parzialmente annullata la quale ha valorizzato, a fini probatori, per ritenere integrato il dolo eventuale negli eventi omicidiari alcuni soltanto degli indici rivelatori di natura indiziaria indicati dalle Sezioni Unite, in particolare quelli che lo stesso Giudice rescindente enumera al punto 5 del paragrafo undicesimo, epperò senza trarne le debite conseguenze e comunque sfuggendo al cuore della ricerca di maggior impegno: in sostanza, "il tratto volontaristico che contrassegna la colpevolezza dolosa", secondo i dettami di S.U. THYSSEN, vale a dire quella "...consapevole presa di posizione di adesione all'evento, che consenta di scorgervi un atteggiamento ragionevolmente assimilabile alla volontà..." (THYSSEN, pag. 178 e 183).

VII.

§ 11.5. Tale ricerca il precedente Giudice avrebbe eluso per dare spazio a criteri direttivi rilevanti e correttamente individuati ma insufficienti: "...la lontananza dallo standard previsto dalle linee guida della condotta medico-chirurgica tenuta dagli imputati, connotata da trascuratezza verso l'età, le condizioni e le co-morbilità dei pazienti, dall'assenza di giustificazione degli interventi e delle resezioni chirurgiche nei riguardi di soggetti prossimi alla morte per effetto dello stato avanzato delle patologie, già diagnosticate, da cui erano affetti, dalla mancanza nella struttura sanitaria di alcuni presidi necessari e di personale addetto all'effettuazione di esami doverosi; la personalità dell'imputato BREGA MASSONE, desunta dai contenuti delle conversazioni intercettate, da cui erano emersi il suo sostanziale disinteresse nei confronti dei pazienti e le finalità perseguite di massimizzazione dei profitti e di accreditamento personale e professionale dell'equipe chirurgica attraverso l'esecuzione di interventi invasivi e pericolosi; la durata e la ripetitività delle condotte (anche indipendentemente dal numero degli eventi mortali) che sono state complessivamente accertate nei due processi celebrati a carico dei prevenuti, contenute in un paio d'anni di attività chirurgica e connotate da schemi operativi ricorrenti, quali la prospettazione ai pazienti dell'urgenza di intervenire chirurgicamente, la sottovalutazione del rischio operatorio anche nei rapporti coi pazienti e coi loro parenti, l'esecuzione d'acchito di interventi invasivi come la VATS in assenza di esami esaustivi per l'accertamento della diagnosi; la condotta successiva al fatto, con riguardo alla sistematica omissione dell'autopsia dei pazienti deceduti e alla generale mancata indicazione nelle schede di morte della possibile incidenza causale dell'intervento chirurgico eseguito; l'alta

probabilità di verifica dell'evento mortale sulla scorta di un giudizio *ex ante*, formulabile in base all'età avanzata dei pazienti, alle loro condizioni defedate, allo stadio raggiunto dalle patologie da cui erano affetti, nonché la verosimile scelta di sottoporre a intervento chirurgico simili pazienti proprio in funzione del ragionevole convincimento degli imputati che l'eventuale decesso sarebbe stato attribuito alla gravità delle patologie (e non alla condotta operatoria); il fine e le motivazioni egoistiche della condotta...".

VIII.

Ciò che sarebbe mancato è descritto nel **paragrafo "11.6"** della sentenza di legittimità che ha qui restituito gli atti:

"...11.6. I giudici di merito si sono essenzialmente limitati a enumerare l'esistenza, nella condotta degli imputati, di una serie di possibili indicatori dell'animus necandi, nella forma del dolo eventuale, ma hanno sostanzialmente eluso il nucleo fondamentale del ragionamento probatorio-argomentativo necessario per l'affermazione della sussistenza del ridetto elemento psicologico, nei termini (ut supra) richiesti dalle Sezioni Unite di questa Corte, che esigevano la puntuale e rigorosa verifica della ricorrenza – in relazione a ciascuno dei quattro eventi mortali – dell'elemento volontaristico tipico del dolo, costituito non solo dalla rappresentazione del decesso del paziente come conseguenza della condotta dell'agente priva di reale giustificazione medico-chirurgica e animata dalle motivazioni egoistiche sopra descritte, e non tanto dalla mera accettazione del rischio di verifica del relativo evento, quanto soprattutto dalla concreta adesione psichica all'accadimento dell'evento-morte, mediante il positivo accertamento della determinazione volitiva degli imputati di agire comunque, ciò nonostante e dopo aver valutato l'eventuale prezzo da pagare, anche a costo di causare la morte del paziente, pur di perseguire e realizzare il fine primario della condotta.

*L'inadeguatezza del percorso motivazionale seguito dai giudici di merito, nella sentenza impugnata, per giustificare la condanna degli imputati a titolo di omicidio volontario (anziché preterintenzionale), che ne inficia la intrinseca tenuta logica, **discende, in definitiva, dall'aver attribuito una dirimente capacità dimostrativa**, agli effetti della prova del dolo eventuale di omicidio, **ai medesimi elementi di natura indiziaria**, sopra indicati, **che** – se sono stati correttamente utilizzati e valorizzati sul piano della prova della irrimediabilità della condotta degli imputati a un esercizio lecito dell'attività medico-chirurgica, e della conseguente affermazione della natura dolosa della lesione dell'integrità fisica dei pazienti cagionata da interventi operatori privi di ogni legittimazione – **non possono invece valere di per sé a integrare la prova (anche) della sussistenza dell'elemento psicologico, diverso e ulteriore, del più grave delitto di cui all'art. 575 cod. pen.**, ma dovevano essere sottoposti a un autonomo vaglio critico nell'ambito del più ampio giudizio inferenziale volto a **ricostruire l'iter decisionale dell'agente** e il correlativo atteggiamento psichico nei riguardi dell'evento più grave concretamente verificatosi (la morte del paziente), ispirato alla fondamentale regola iuris per cui la prova dell'imputazione soggettiva più grave (a scapito di quella ex art. 584 cod.pen.) deve essere raggiunta al di là di ogni ragionevole dubbio.*

La sentenza d'appello, invero, ha omesso di confrontarsi puntualmente con altri elementi indicatori, di potenziale segno contrario, emersi dalle risultanze istruttorie, o comunque con la possibile lettura alternativa, sollecitata dalla difesa degli imputati, di taluni degli elementi presi in esame dai giudici di merito, secondo i criteri di valutazione della prova di natura indiziaria indicati da questa Corte, che prevedono che al vaglio di ciascun elemento, singolarmente considerato, funzionale a verificarne la certezza e l'intrinseca capacità dimostrativa, faccia seguito un apprezzamento globale del quadro

indiziario complessivo, unitariamente considerato, inteso ad accertare se le ambiguità residue nei singoli elementi che lo compongono possano risolversi in un risultato probatorio munito di un alto grado di credibilità razionale (ex plurimis, Sez. 1 n. 20461 del 12/04/2016, Rv. 266941).

Con riferimento agli indicatori enumerati dalla citata sentenza n. 38343 del 2014 delle Sezioni Unite, la motivazione della decisione impugnata non ha dato conto, in particolare, di avere adeguatamente valutato, nel giudizio ricostruttivo dell'atteggiamento psichico e volitivo degli imputati in termini di dolo omicidiario, l'incidenza dei seguenti elementi:

- **la storia e le pregresse esperienze professionali dei prevenuti**, sotto il profilo della possibile convinzione dei chirurghi BREGA MASSONE e PRESICCI di essere in grado, sulla base dell'esperienza maturata, di controllare il rischio operatorio, per quanto ingiustificato, al quale avevano deciso di sottoporre i pazienti;

- **il loro comportamento contestuale o immediatamente successivo all'intervento chirurgico causativo del decesso, talora caratterizzato da una fattiva e spontanea opera soccorritrice** (per quanto non andata a buon fine), come nel caso del tentativo di clampaggio e delle manovre di recupero poste in essere, a seguito dell'emorragia conseguente a lacerazione cardiaca, nel corso dell'intervento operatorio riguardante il paziente SCHIAVO Antonio (descritto alle pagine 281-287 della sentenza d'appello), sotto il profilo della compatibilità con un atteggiamento di accettazione adesiva – ex ante – della verifica dell'evento morte;

- **la stessa probabilità oggettiva di accadimento dell'evento**, sogguardata dal punto di vista (antecedente) dell'agente e della percezione che questi ne aveva avuto, da apprezzarsi anche con riferimento all'effettiva incidenza numerico/proporzionale dei casi accertati di morte del paziente eziologicamente riconducibili all'intervento operatorio, rispetto al ben più ampio e consistente numero di interventi chirurgici privi di giustificazione ascritti agli imputati nel periodo esaminato, oggetto dei due processi celebrati a loro carico;

- **le conseguenze negative, ordinariamente prevedibili ex ante, anche per gli imputati/agenti, della verifica dell'evento mortale, sotto il profilo personale, professionale e del rischio processuale** notoriamente connesso agli accertamenti doverosi dell'autorità giudiziaria in caso di decesso del paziente durante o subito dopo l'operazione;

- **l'elemento di valutazione controfattuale, sintetizzato nella c.d. prima formula di Frank**, fondato sulla capacità delle concrete acquisizioni probatorie di dimostrare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che gli imputati non si sarebbero trattenuti dalla condotta operatoria illecita (perché priva di legittimazione medico-chirurgica) neppure se avessero avuto contezza della sicura verifica della morte del paziente, accettandone l'eventualità.

La motivazione della sentenza d'appello si rivela logicamente incongrua anche nella parte in cui ha attribuito valenza indiziante del dolo di omicidio a condotte post factum degli imputati – come quelle consistite nella mancata richiesta dell'esame autoptico dei pazienti deceduti a seguito dell'intervento chirurgico o nell'omessa indicazione nelle schede di morte da essi redatte della possibile incidenza causale dell'intervento stesso nell'esito letale – senza confrontarsi criticamente con la possibile insorgenza dell'elemento psichico che ha animato tali condotte soltanto in un momento successivo alla verifica dell'evento (morte), in funzione di un interesse sopravvenuto a elidere o ridurre il rischio di accertamento di una propria responsabilità, non necessariamente riconducibile a un atteggiamento volitivo di natura dolosa preesistente all'intervento operatorio...”.

3. Il DOLO EVENTUALE per come ritenuto dal primo Giudice – gli INDICATORI rilevanti – la prova della loro “resistenza” alla luce della sentenza delle Sezioni Unite n. 38343 del 24/04/2014, ESPENHAHN e altri (nota come “ThyssenKrupp”)

3.1.

L’esplicito richiamo del giudice di legittimità rescindente al rispetto del *decisum* delle SS.UU. ESPENHAHN e altri –

Ancorché le Sezioni Unite n. 38343 del 24/04/2014 abbiano ivi affrontato e cercato di tracciare il più distintamente possibile la dibattuta e sottile linea di confine tra il *dolo eventuale* e la *colpa cosciente* e sebbene il ricorrere della *colpa cosciente*, nei casi qui in giudizio, sia stato già escluso dal giudice rescindente di legittimità (*ut supra*: ...il titolo di reato al quale deve essere ricondotta la responsabilità degli imputati, per la morte delle vittime, è rappresentato **alternativamente** dall'omicidio preterintenzionale ex art. 584 cod. pen. oppure, nel caso di accertata esistenza dell'*animus necandi*, dall'omicidio volontario ex art. 575 cod. pen...), non v'è dubbio alcuno che se la presente decisione volesse superare “il limite” del già raggiunto coefficiente preterintenzionale, per confermare la sussistenza di un *dolo eventuale* in tutti e quattro in casi in disamina, è pur sempre con l’attività di nomofilachia compiuta da SS.UU. “ThyssenKrupp” che si dovrebbe confrontare. È la stessa sentenza rescindente ad imporlo, censurando preventivamente ogni motivazione che dovesse eluderne il criterio interpretativo fondante e di novità:

«...I giudici di merito si sono essenzialmente limitati a enumerare l'esistenza, nella condotta degli imputati, di una serie di possibili indicatori dell'*animus necandi*, nella forma del *dolo eventuale*, ma hanno sostanzialmente eluso il nucleo fondamentale del ragionamento probatorio-argomentativo necessario per l'affermazione della sussistenza del ridetto elemento psicologico, nei termini (ut supra) richiesti dalle Sezioni Unite di questa Corte, che esigevano la puntuale e rigorosa verifica della ricorrenza – in relazione a ciascuno dei quattro eventi mortali – dell'elemento volontaristico tipico del dolo, costituito non solo dalla rappresentazione del decesso del paziente come conseguenza della condotta dell'agente priva di reale giustificazione medico-chirurgica e animata dalle motivazioni egoistiche sopra descritte, e non tanto dalla mera accettazione del rischio di verifica del relativo evento, quanto soprattutto dalla concreta adesione psichica all'accadimento dell'evento-morte, mediante il positivo accertamento della determinazione volitiva degli imputati di agire comunque, ciò nonostante e dopo aver valutato l'eventuale prezzo da pagare, anche a costo di causare la morte del paziente, pur di perseguire e realizzare il fine primario della condotta...» (paragrafo 11.6 *ut supra* riportato).

3.2.

Il *dolo eventuale* nell’impugnata sentenza – gli indicatori evidenziati –

Nella ricostruzione processuale che seguirà, nelle valutazioni che dovranno compiersi e, soprattutto, nelle conclusioni che se ne dovranno trarre in adempimento del mandato assegnato al presente giudizio di rinvio, non può non essere considerato che:

- la Corte d’Assise di *prime cure* emetteva la propria sentenza, pubblicata con la sola lettura del dispositivo, in data 9 aprile 2014;
- la Corte di Cassazione, a SS.UU., pronunciava il dispositivo (per brevità) “THYSSEN”, quindici giorni dopo, precisamente in data 24 aprile 2014;
- la Corte d’Assise di *prime cure* depositava la propria motivazione entro il termine di giorni 90 (*ex art. 544 c.p.p.*) in data 02 luglio 2014;
- la Corte di Cassazione, a SS.UU., depositava la motivazione “THYSSEN” solo successivamente, in data 18 settembre 2014.

È, dunque, per documentale “cronologia” che il primo Giudice non abbia potuto trarre insegnamenti né fare concreta applicazione dei principi nomofilattici dettati nella precitata pronunzia, le cui massime ufficiali, solo per comodità espositiva, si trascrivono:

(Rv. 261104) In tema di elemento soggettivo del reato, il dolo eventuale ricorre quando l'agente si sia chiaramente rappresentato la significativa possibilità di verificazione dell'evento concreto e ciò nonostante, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia determinato ad agire comunque, anche a costo di causare l'evento lesivo, aderendo ad esso, per il caso in cui si verifichi; ricorre invece la colpa cosciente quando la volontà dell'agente non è diretta verso l'evento ed egli, pur avendo concretamente presente la connessione causale tra la violazione delle norme cautelari e l'evento illecito, si astiene dall'agire doveroso per trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza o altro biasimevole motivo.

(Rv. 261105) In tema di elemento soggettivo del reato, per la configurabilità del dolo eventuale, anche ai fini della distinzione rispetto alla colpa cosciente, occorre la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta aderendo psicologicamente ad essa e a tal fine l'indagine giudiziaria, volta a ricostruire l'“iter” e l'esito del processo decisionale, può fondarsi su una serie di indicatori quali: a) la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa; b) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; c) la durata e la ripetizione dell'azione; d) il comportamento successivo al fatto; e) il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali; f) la probabilità di verificazione dell'evento; g) le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verificazione; h) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento (cosiddetta prima formula di Frank).

§- Il presupposto teorico da cui muove la sentenza di *prime cure* per l'accertamento del *dolo eventuale* è così esplicitato:

«...Presupposto di una tale impostazione accusatoria [quella dolosa, si intenda: ndr] è l'accertamento in primo luogo della illiceità dell'atto chirurgico per l'assenza delle condizioni che lo legittimano (necessità e finalità terapeutica, valido consenso) e del nesso causale tra detta condotta illecita e l'evento morte. In secondo luogo occorre poter affermare che l'evento morte, pur non voluto, fosse stato effettivamente previsto dall'imputato e fosse stato accettato dallo stesso, rappresentando la conseguenza tipica ed altamente probabile dell'intervento chirurgico, quale “eventuale prezzo da pagare” pur di conseguire lo scopo prefissatosi con la sua condotta, scopo evidentemente estraneo ad una finalità terapeutica...».

Ha fatto qui da guida – tanto da essere esplicitamente citata subito dopo – Cass. IV pen. 26/05/2010 n. 999, HUSCHER) e segnatamente il seguente principio: “*Se l'intervento non è posto in essere per una finalità terapeutica non costituisce più un atto medico ed in nulla si differenzia dalla condotta di chi lede volontariamente l'integrità fisica di una persona, indipendentemente dalle finalità perseguite. Ed in tal caso – il medico – potrà rispondere anche di omicidio volontario se agisca con un atto non terapeutico del quale abbia accettato le conseguenze estreme (dolo eventuale)*”.

§- Premette ancora il primo giudicante – e si impegna ad adottare – un criterio valutativo improntato alla massima prudenza giacché «...un rischio anche di morte più o meno

elevato è insito all'adozione di alcuni rimedi terapeutici ed in specie al presidio chirurgico...», non essendo la medicina scienza esatta bensì empirica «...con una serie di variabili determinate dai complessi fattori interagenti tra loro...».

Essendo, inoltre, il medico «...chiamato in funzione della sua attività professionale a dover quotidianamente scegliere se apprestare dei rimedi passibili di conseguenze negative...» è, necessariamente, «...con estrema prudenza che deve essere valutato se le conseguenze negative delle sue scelte e del suo agire possano essergli addebitate ed a quale titolo, tenuto conto peraltro del fatto che, in virtù della sua formazione professionale e delle acquisizioni della Comunità scientifica, il medico deve considerarsi in grado di valutare le conseguenze "tipiche" dei suoi interventi (Cass. Pen sez. V n. 3222 del 27.10.2012)...⁽¹⁾»

D'altro canto, occorre «...ricordare che la chirurgia rappresenta un rimedio estremo cui sottoporre il paziente solo nel caso di necessità, necessità che invece risulta radicalmente esclusa laddove si configuri l'ipotesi dell'omicidio o nella forma del dolo eventuale o nella forma preterintenzionale. Il criterio di imputazione del fatto lesivo potrà infatti essere colposo quando la scelta del rimedio terapeutico pregiudizievole sia stata il frutto di un negligente, imprudente od imperita valutazione dei presupposti della stessa, ma non quando il medico si sia allontanato macroscopicamente ed immotivatamente dalle regole di esperienza della Comunità scientifica che orientano l'ars medica, ove abbia agito, nonostante risultasse palese l'assenza delle condizioni legittimanti il rimedio adottato, non già per procurare al paziente un beneficio, ma per un proprio tornaconto personale e/o interesse egoistico...» (sentenza di prime cure, pag. 588).

§- Una volta verificata l'assenza di finalità terapeutica e di consenso informato del paziente, **il discrimine tra delitto preterintenzionale e volontario** è determinato, proseguono i primi Giudici, dal come l'evento-morte si affacci (o meno) nella psiche dell'agente:

"Ricorrerà la fattispecie dell'omicidio preterintenzionale allorquando il chirurgo poteva vantare un'errata, ma pur sempre ragionevole, convinzione di poter evitare la morte del paziente. Ricorrerà invece il delitto di omicidio volontario nel caso in cui il medico non possa addurre alcun logico motivo per sostenere che contava di evitare l'evento morte, cosicché si potrà affermare che aveva accantonato la considerazione del rischio estremo cui sottoponeva il paziente, pur di raggiungere il proprio diverso scopo, ovvero che aveva consapevolmente accettato detto rischio".

§- L'**elemento rappresentativo**, dunque, stando all'impostazione teorica esposta dalla gravata sentenza, sarebbe di poco momento per assurgere quale criterio discretivo tra dolo e preterintenzione, essendo presente, pur con diverse sfumature in termini di

¹ La citazione è testuale ma contiene una imprecisione. Si crede di poter dire che la sentenza che si è voluto citare come guida sia, più precisamente, la n. 3222 del 27 ottobre dell'anno 2011 (non 2012), depositata il 26 gennaio 2012, GUZINSKA.

Si trattava di un caso nel quale l'attività medica era stata svolta in assenza di consenso informato, in violazione delle *leges artis* e con esito infausto, ma peculiare ed imparagonabile per casistica a quelli in esame. Invero, la S.C. aveva colà annullato la più favorevole decisione d'Appello ed aveva ravvisato il **dolo eventuale ex art. 582 c.p.** in capo ad un medico dentista e ad un suo collaboratore di studio, in relazione ad un fatto di lesioni gravi, con compromissione della masticazione, provocate ad un paziente, materialmente consumate dal predetto collaboratore, totalmente privo di competenze mediche, a cui il sanitario aveva affidato una complessa operazione odontoiatrica.

previsione e prevedibilità, in entrambi i coefficienti psicologici (e, per vero, anche nel terzo, della colpa cosciente) con la conseguenza – scrive il primo Giudice facendo proprio il principio dettato da Cass. III, 1°/02/2011, IGNATIUC) – che «...“...**il criterio distintivo deve essere ricercato sul piano della volizione**”, verificando l’orientazione finalistica della condotta.

Mentre l’accettazione del rischio del prodursi dell’evento lesivo connota il dolo eventuale, ricorre la colpa cosciente laddove l’agente ponga in essere la sua condotta nella previsione che l’evento non si verificherà, confidando ragionevolmente nella propria capacità di controllare il corso degli eventi...».

E sempre citando testualmente la sentenza dei Supremi Giudici della sentenza IGNATIUC (2), l’appellata sentenza delinea **il canone cui intende attenersi**:

perché «...*la condotta sia imputabile a titolo di dolo eventuale si impone pertanto non solo l’accertamento della prevedibilità e previsione dell’evento non voluto, ma soprattutto l’accertamento della sua accettazione, seppure come eventualità, da parte dell’autore del reato. Occorre verificare a tale fine anche se il fatto lesivo causato, oltre che rappresentare una conseguenza tipica ed addirittura altamente probabile dell’azione, possa considerarsi, in forza degli elementi concreti dell’azione, un “eventuale prezzo” da pagare ritenuto “accettabile” dall’autore del reato in rapporto al risultato “preminente” cui mirava (criterio latu sensu economico)...*» (pag. 590).

§- Non disponendo (ancora) delle motivazioni delle Sezioni Unite n. 38343 del 24/04/2014, ESPENHAHN e altri ma della sola massima Rv. 261105 che, comunque, contiene ed enumera, senza pretesa di tassatività, **indicatori fattuali**, anche il primo Giudice vi si cimentava, consapevole della necessità di non potervi da taluni prescindere «...*nel ricostruire il percorso mentale dell’agente, anche con specifico riferimento all’attività medica...*» perché indicatori comunque già valorizzati in pregressi arresti del giudice di legittimità.

Nell’espone il primo, la gravata sentenza “ridava vigore” all’elemento della rappresentazione, così esprimendosi:

A) «...*Occorre ora notare che pur seguendo l’orientamento volontaristico, l’aspetto della rappresentazione dell’evento mantiene un’importanza centrale, nel definire i casi di dolo eventuale. Infatti le due dimensioni “oggettiva e soggettiva” interagiscono, si compenetrano. La stessa Corte di Cassazione (Cass. Sez. Unite n. 12433 del 2010 nella pronuncia in cui è stata affermata la compatibilità del dolo eventuale anche con il delitto di ricettazione e con cui è stata approfondita la differenza tra detta figura e l’incauto acquisto) ha affermato che perché sia integrato il dolo eventuale “è necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all’agente una scelta consapevole tra l’agire, accettando l’eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire”...*» (gravata sentenza a pag. 590/591).

² “Nel dolo eventuale il **rischio** deve essere **accettato** a seguito di una deliberazione con la quale l’agente **subordina consapevolmente** un determinato bene ad un altro...”

*L’obiettivo intenzionalmente perseguito per il soddisfacimento di tale interesse preminente **attrae l’evento collaterale**, che viene dall’agente **posto coscientemente in relazione con il conseguimento dello scopo perseguito**.*

*Non è, quindi, sufficiente la previsione della concreta possibilità di verifica dell’evento lesivo, ma è indispensabile l’**accettazione**, sia pure in forma eventuale, **del danno che costituisce il prezzo (eventuale) da pagare per il conseguimento di un determinato risultato**”.*

Ne ha desunto il primo Giudice il primo degli indicatori fattuali che ha voluto far proprio, vale a dire **il rischio affrontato e la sua prevedibilità**:

«...il rischio affrontato, ovvero l'evento lesivo non voluto, ovvero ancora il presupposto di fatto dell'evento lesivo (che nel caso della ricettazione è costituito dalla provenienza illecita della cosa acquistata), deve potere essere preveduto dall'agente nella sua interezza e specificità. L'evento non voluto non deve essere quindi solo un'astratta possibilità tra le tante, ma deve invece essere stato percepito anticipatamente dall'agente, proprio per la situazione in cui si trovava ad operare, in modo diretto e completo, almeno come tipologia di evento, almeno nei suoi elementi essenziali...» (pag. 591).

L'indagine, dunque, dovrebbe estendersi al **grado del rischio prospettabile** e prima ancora alla sua **prevedibilità**, quest'ultima desunta da segnali di consapevolezza *«...del rischio da parte dell'agente prima e durante l'azione, se siano intervenuti dei fattori che hanno fuorviato la sua cognizione dei fatti, se vi siano state delle ragioni per omettere l'approfondimento della verifica delle situazioni o se ciò sia stato solo indice della consapevolezza e dell'accantonamento del rischio che da questa derivava e che l'agente aveva già percepito...»*.

Quanto al "grado di rischio", tanto maggiore sarà il tasso di concretezza e probabilità della previsione del verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione (in particolare nei casi in cui il bene giuridico tutelato sia di alto rango), tanto più sarà elevato *«...il livello di rischio creato o non eliminato...»*, tanto più agevole sarà l'affermazione del dolo eventuale giacché *«...meno scusabile...»* è *«...la pericolosità, l'irragionevolezza...»* dell'aver agito nonostante la "concretezza" della previsione.

D'altro canto, il dolo eventuale *«...è stato riconosciuto ... dalla giurisprudenza nei casi "di condotta di così elevata, irragionevole, eccezionale pericolosità oggettiva da essere assunta a esempio paradigmatico di criminalità dolosa"...»*.

Facendone applicazione in materia sanitaria diviene così *«...importante considerare quanto emerge dalla cartella clinica, verificando se i fattori di rischio fossero stati o meno specificamente individuati all'esito di qualcuno degli esami, ovvero se fossero stati altrimenti noti agli imputati...(...)...»*

Allorquando il medico, pur essendo nelle condizioni di prevedere le conseguenze di questi fattori, non ne avesse tenuto conto, senza una ragione scientificamente sostenibile, avrebbe violato in modo macroscopico e inescusabile il suo dovere professionale, mostrando in modo palese di non avere di mira la tutela e la cura del paziente...» (pag. 592).

B) Il secondo degli indicatori fattuali posti in evidenza è l'**urgenza della condotta medica** che possa eventualmente *«...aver inciso sulla possibilità di apprezzare il grado di rischio del prodursi dell'evento non voluto...»*.

Mentre, infatti, l'urgenza terapeutica può essere valida giustificazione dell'omesso espletamento di esami e approfondimenti clinici, nel caso contrario, di un atto operatorio che intervenga "in elezione" tale giustificazione è inopponibile. Anzi, *«...il fatto di omettere degli esami, di non verificarne i risultati, di non reiterarli, di non approfondirli ovvero di non attendere il superamento di una fase di criticità particolare per il paziente, appaiono degli elementi che possono essere sintomatici del dolo...»*.

C) Il terzo degli indicatori fattuali posti in risalto è la **protrazione o reiterazione nel tempo della condotta "pericolosa"**: elemento anch'esso direttamente proporzionale, da un lato, al rafforzamento della consapevolezza del pregiudizio potenziale ricollegabile alla azione intrapresa e, dall'altro, suggestivo del fatto che l'agente abbia accettato detto rischio, con conseguente maggiore probabilità di ritenere sussistente il dolo eventuale.

«...Questo dovrà accertarsi con riferimento al caso singolo (verificando quando è stata posta l'indicazione chirurgica e quando si sia proceduto all'intervento, quali presidi diagnostici e terapeutici abbiano preceduto l'una e l'altra)...», giacché se l'operatore già in casi precedenti, sia incorso nelle stesse omissioni o negli stessi errori di giudizio che hanno condizionato l'esito infausto nel singolo caso esaminato, oppure se già in altre occasioni non abbia desistito di fronte a un rischio particolarmente elevato per il paziente oppure abbia già avuto modo di apprezzare le conseguenze negative delle complicanze che hanno determinato la morte del paziente nel caso in esame, allora è più probabile ritenere sussistente il dolo eventuale, avendo il soggetto agito senza curarsi delle conseguenze verosimilmente pregiudizievoli derivanti dalla sua condotta.

D) Un ulteriore criterio direttivo di ricerca del dolo eventuale è “negativo” e presuppone una indagine *a contrariis*, che giunge a compimento «...quando non si ravvisino nella situazione concreta in esame “elementi di fatto, tali da escludere con elevato grado di verosimiglianza che l'agente abbia potuto coltivare la certezza o la probabilità o solo anche la mera speranza di evitare l'evento e, ancora, in assenza di dati di fatto idonei a dimostrare che egli, sia pure in extremis, abbia posto in essere una condotta contraria e, pertanto, sintomatica di un disvolere...revocando, seppure tardivamente, quell'adesione al rischio precedentemente manifestata” (Cass. sent. n. 13083 del 10.2.09...)» (gravata sentenza, pag. 593).

La “speranza” deve avere i connotati della ragionevolezza, occorrendo verificare «...”se si fosse trattato di una speranza priva di adeguati supporti oggettivi apprezzabili in termini di ragionevolezza e perciò inidonea ad escludere la configurabilità del dolo minimo”...» (secondo l'insegnamento tratto da Cass. sez. I, 1° febbraio 2011, IGNATIUC). Quanto al secondo degli elementi indicatori «...si tratta di verificare se la “condotta contraria” fosse stata adottata quando ancora vi era lo spazio per impedire l'evoluzione negativa degli eventi (per esempio con l'interruzione dell'intervento di fronte ad evenienze allarmanti, con la limitazione durante lo stesso delle manovre preventive) e non solo quando ormai, dopo la fine dell'intervento, dopo l'esecuzione anche di manovre non assolutamente necessarie ed invece passibili di aumentare il rischio chirurgico, era stato indotto il processo peggiorativo fatale per il paziente...» (gravata sentenza, *ibidem*).

Anche le cautele eventualmente adottate per evitare l'evento non desiderato debbono essere ragionevoli.

«...Occorre pertanto accertare se i dati e gli strumenti sui quali l'autore del reato riponeva la speranza/affidamento di evitare le conseguenze dannose risultassero adeguati a sostenere una ragionevole convinzione ed allora ricorrerà la colpa cosciente, mentre ricorrerà il dolo eventuale qualora i fattori su cui l'agente confidava per escludere il rischio siano stati di fatto del tutto assenti oppure palesemente inidonei a governare il corso degli eventi...» (gravata sentenza, pag. 594).

A tali fini, «...si deve analizzare con quale attenzione e scrupolo il sanitario avesse raccolto ed analizzato gli elementi per orientarsi nella sua decisione, se avesse indagato tutti gli aspetti del caso clinico o almeno tutti quelli essenziali che influiscono sul rischio morte, se si fosse confrontato con gli specialisti sui dati incerti e/o addirittura sulla sua decisione di intervenire con lo specifico presidio prescelto, o se, al contrario, i dati della cartella clinica mostravano che l'imputato aveva **evitato** di approfondire degli aspetti che a priori risultavano imprescindibili nella valutazione delle conseguenze cui la sua condotta esposeva il paziente (...).

Una macroscopica trascuratezza nella raccolta e nell'esame dei dati essenziali ad individuare la consistenza del rischio di complicanze mortali, costituisce infatti un indicatore importante della pretermissione della considerazione degli interessi inerenti la salute del paziente rispetto al proprio interesse personale...»

In sintesi, la mancata adozione di cautele costituisce un indice fattuale importante per desumere che anche il rischio di peggiorare le condizioni dei pazienti non ha trattenuto gli imputati dall'intervenire ugualmente.

E) Ulteriore elemento indicatore – fondato sulla massima d'esperienza che vede ogni essere umano agire al fine di ottenere il massimo risultato con il minimo sacrificio possibile dei propri interessi (c.d. "principio di economicità dell'azione") – sono le **conseguenze negative per il soggetto agente nel caso di verifica dell'evento.**

Se dette conseguenze sono talmente negative da arrecargli un pregiudizio assolutamente sproporzionato rispetto alla limitata utilità che vuole conseguire, più agevole sarà orientarsi verso la sussistenza del dolo eventuale: si può invece, e per contro, ritenere che l'imputato abbia escluso il verificarsi dell'evento dannoso – e ricorra la colpa cosciente – solo di fronte ad una contraddittorietà tra lo scopo perseguito e l'evento lesivo non voluto.

«...Si deve però notare che ci sono sempre degli interessi perseguiti (magari secondari e non immediati) che risultano contraddetti dal danno che l'evento non voluto provoca.

Il criterio in esame diventa pertanto determinante solo se la contraddittorietà risulta evidente, se era palese già a priori. E per pervenire a questo giudizio occorre calarsi nelle prospettive ex ante dell'agente. Occorre porsi nei suoi panni, verificando tutte le circostanze del caso concreto (senza peraltro eccedere a voler considerare anche i dati di personalità del soggetto sfociando altrimenti in una valutazione troppo soggettiva)...» (gravata sentenza, pag. 595).

In ogni caso, non può essere esclusa la sussistenza del dolo eventuale anche qualora sia possibile *«...affermare che la certezza dell'avverarsi dell'evento lesivo avrebbe distolto l'agente dall'agire...».*

Infatti – prosegue il primo Giudice – il soggetto potrebbe essersi orientato ad agire in forza di un ingiustificato ottimismo: in tal caso potrebbe essere ravvisato il dolo eventuale, laddove si accerti che il soggetto aveva comunque messo in conto il possibile fallimento dell'opzione sperata, ma aveva scelto di agire considerando le possibilità di successo più importanti che non il rischio di insuccesso volontariamente sottovalutato.

Non esclude il dolo eventuale *«...nemmeno la presenza di una oggettiva "sproporzione" tra il pregiudizio ipotizzabile nel caso del prodursi dell'evento non voluto ed il vantaggio perseguito nel caso contrario, perché nel bilanciamento tra i due intervengono tanti fattori soggettivi: la considerazione da parte dell'agente del vantaggio ripromessosi, la sua errata valutazione dell'indice di probabilità dell'evento non voluto ed anche e, soprattutto, della probabilità di andare esente da colpa per questo.*

Infatti, qualora l'agente possa ritenere che la sua azione rischiosa, anche nel caso del prodursi dell'evento non voluto, non potrà essere facilmente ed immediatamente a lui addebitata, il suo giudizio sulla "c.d. economicità" della sua azione ne sarà indubbiamente condizionato...» (gravata sentenza, pag. 596).

G) Il contesto illecito è un ulteriore criterio indicativo e rivelatore, evidenziato dal primo Giudicante.

Ciò sulla scorta del principio più volte valorizzato dalla giurisprudenza secondo cui chi versa in una situazione di illiceità è più predisposto a realizzare un bilanciamento irragionevole tra l'opportunità di agire e le conseguenze negative derivanti dalla verifica dell'evento non (direttamente) voluto.

«...Se la condotta cui l'evento non voluto era conseguito era già di per sé illecita indipendentemente dal prodursi della conseguenza ulteriore non voluta, allora più severa è risultata la considerazione degli elementi indicatori del processo decisionale dell'agente...»

Pertanto se si accerti l'inutilità e l'illegittimità dell'intervento chirurgico da cui è conseguita la morte del paziente, la condotta dell'agente deve essere riguardata con particolare rigore perché già l'aver proceduto alla scelta chirurgica, nella consapevolezza dell'assenza dei presupposti per il rimedio prescelto, dimostra di per sé che il medico non si preoccupava in alcun modo di tutelare il paziente, ma agiva per suo tornaconto personale...».

Quello che distinguerà l'omicidio volontario dall'omicidio preterintenzionale *«...è il fatto che nell'ipotesi dell'omicidio volontario all'intervento chirurgico "non necessario" si fosse andato ad aggiungere un rischio morte molto elevato, già evidente alla luce delle condizioni cliniche del paziente, rischio che risultava non potere essere governato...».*

H) Artifici od inganni – *«...Parimenti appare significativa della valutazione preponderante dei propri benefici da parte dell'agente, del loro perseguimento ad ogni costo, il fatto che lo stesso per porre in essere la condotta causativa del danno si sia avvalso di artifici od inganni.*

Infatti questi ultimi (che nell'attività medica potranno concretarsi in una lettura volutamente superficiale ed errata degli esami della cartella clinica, ovvero nella falsata prospettazione della situazione nella raccolta del consenso informato del paziente) appaiono degli indici pregnanti di una volontà di raggiungere il risultato per sé vantaggioso "ad ogni costo"...» (gravata sentenza, pag. 597).

I) Non può essere, infine, escluso l'omicidio volontario neppure nel caso della *«...adozione di presidi utili a tutela della salute del malato, finalizzati ad evitarne la morte dopo l'intervento, così come la prospettabilità in astratto di un qualche beneficio quale risultato dell'intervento, se i fattori di rischio trascurati risultino così tanti, o così importanti, o così evidenti, da far ritenere che la decisione di agire non fosse basata su di un errore di giudizio, ma su precisa volontà di non considerarli, di prescindere, di una opportunistica scelta di non approfondire o non prendere in considerazione quegli elementi che dovevano dissuadere il medico dal procedere a quell'intervento chirurgico, per quel paziente, in quel momento...» (gravata sentenza, ibidem).*

3.3.

La rivisitazione dei criteri direttivi utilizzati in prime cure per la ricerca del coefficiente psichico (eventualmente doloso) alla luce di «SS.UU. THYSSEN»

Se il primo Giudice non ha potuto far conto sulla integrale lettura delle motivazioni «THYSSEN», in questa sede di rinvio, non solo non è possibile prescindere ma – espunti dalla sentenza di prime cure tutti i passaggi motivazionali non più “compatibili” con le predette statuizioni di legittimità – dovranno essere rivisitati quelli tuttora sostenibili per applicarli ai casi in esame, ricostruendo l' "iter" e l'esito del processo decisionale secondo lo statuto degli indicatori come sopra esplicitato.

§- L'**incompletezza** e, prima ancora, l'**insufficienza** degli indicatori fattuali sopra dettagliati sono già state oggetto di rimprovero da parte del Giudice rescindente di legittimità, laddove la S.C., nel determinarsi all'annullamento, ha, per un verso, censurato un impegno motivazionale circoscritto a (parte di) questi (che "...non incarnano la colpevolezza, ma servono a ricostruire il processo decisionale ed i suoi motivi... insomma, sono al servizio del giudizio che si risolve nel peculiare rimprovero doloso di cui ci si occupa": SS.UU. THYSSEN), e, per altro verso, ha criticamente rilevato una grave lacuna nella ricostruzione dell'*iter* decisionale degli odierni imputati, dov'è mancata – a detrimento di entrambi – una rigorosa dimostrazione a conforto dell'ineludibile presupposto (psichico) dell'accusa; cioè a dire che ciascuno dei due giudicabili (ed in ciascuno dei quattro casi in disamina), allorché si determinava all'intervento chirurgico si fosse *confrontato con la specifica evenienza del decesso* (di ogni singolo paziente) *aderendo psicologicamente ad essa*, senza desistervi pur di conseguire lo scopo principalmente inseguito (non la cura dell'ammalato o il sollievo dalla sofferenza bensì – così assumeva l'accusa, oggi cristallizzata da un parziale giudicato – il lucro personale).

È mancata, cioè, la ricerca speculativa che ne costituisce "cuore" ed essenza: "*se l'agente si sia lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verifica dell'evento concreto, costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso e infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa*", Cass., SS.UU., n. 38343, 24 aprile 2014, cit., p. 182).

Se così è – e non v'è dubbio che così sia, avendo oltretutto la sentenza rescindente già giudicato viziata, *ex se*, una motivazione che pretendesse di confermare la condanna per omicidio volontario sugli stessi profili psicologici e soggettivi che hanno condotto alla condanna per lesioni – non vi è chi non veda la insostenibilità, alla luce dell'insegnamento delle SS.UU. che deve pur sempre continuare a far da guida, di taluni degli indicatori sopra enunciati o, per meglio dire, delle inferenze tratte dalla gravata sentenza.

A partire dal riferimento contenuto in quest'ultima, a proposito della rappresentazione dell'evento, alla sentenza della Cassazione a Sez. Un., ud. 26.11.2009, dep. 30/03/2010 n. 12433, (NOCERA) di cui val la pena di riportare anche il periodo successivo alla suddetta citazione: "...perciò...può ragionevolmente concludersi che questo [il profilo psichico eventualmente doloso: ndr] rispetto alla ricettazione è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuto la certezza...".

Orbene, *mutatis mutandis*, si dovrebbe dire che se il delitto da esaminare è l'omicidio (e non già la ricettazione, com'è stato per la casistica suindicata), il dolo sussiste, nella sua forma eventuale, quando, allo stato delle prove raccolte, può ragionevolmente concludersi che l'agente, essendosi rappresentato l'eventualità della morte della persona offesa, quale conseguenza della propria condotta commissiva od omissiva, non avrebbe agito diversamente anche se di tale evento letifero avesse avuto la certezza.

Si tratta, a ben vedere, nient'altro che una "anticipazione" proposta da SS.UU. "NOCERA" di valore che le SS.UU. THYSSEN avrebbero conferito, ribadendolo, alla c.d. *formula di Frank* la quale – lungi dal poter essere superata perché sarebbe «...irrealistico provvedere ad una ricostruzione del percorso mentale dell'agente considerando che si fosse confrontato direttamente con le conseguenze dell'evento non voluto...» (sentenza di primo grado, pag. 595) – fa invece da decisiva chiosa alla configurabilità del rimprovero di

colpevolezza dolosa; perché sarà pur vero che con la precitata formula di Frank si finisce per dar rilevanza ad un dato psicologico ipotetico e non reale ma altrettanto vero è che a far da argine a pindariche congetture, prive di aderenza ai fatti di causa, dovrebbe esservi sempre un giudizio controfattuale che *“...riconduce virtualmente l'atteggiamento dell'agente a quello proprio del dolo diretto e dunque riduce ma definisce nitidamente l'area occupata dalla figura soggettiva in esame...”*.

Vero, ancora, che *“(...) in effetti si è in presenza di un giudizio ipotetico, ma ciò non è per nulla estraneo allo strumentario della scienza penalistica che, appunto, da valutazioni congetturali è pervasa. L'importante è che si sia in possesso di informazioni altamente affidabili che consentano di esperire il controfattuale e di rispondere con sicurezza alla domanda su ciò che l'agente avrebbe fatto se avesse conseguito la previsione della sicura verifica dell'evento illecito collaterale...”* (così SS.UU. THYSSEN).

Così è a dirsi del pur considerato, anche dalla gravata sentenza, **criterio economicistico del bilanciamento**, non ripudiato da SS.UU. THYSSEN ma riproposto con un accento di novità.

*“Si afferma così che dolo eventuale si ha quando il rischio viene accettato a seguito di un'opzione, di una deliberazione con la quale l'agente consapevolmente subordina un determinato bene ad un altro. Vi è la chiara prospettiva di un fine da raggiungere, di un interesse da soddisfare, e la percezione del nesso che può intercorrere tra il soddisfacimento di tale interesse e il sacrificio di un bene diverso. In sostanza l'agente compie anticipatamente un **bilanciamento**, una valutazione comparata degli interessi in gioco (suoi ed altrui) ed i piatti della bilancia risultano, a seguito di tale valutazione, a livelli diversi: ve n'è uno che sovrasta l'altro.*

Il risultato intenzionalmente perseguito trascina con sé l'evento collaterale, il quale viene dall'agente coscientemente collegato al conseguimento del fine. Non basta, quindi, la previsione del possibile verificarsi dell'evento; è necessario anche – e soprattutto – che l'evento sia considerato come prezzo (eventuale) da pagare per il raggiungimento di un determinato risultato. Anche l'evento collaterale appare, in tal modo, all'agente “secondo l'intenzione”.

Il dolo eventuale, dunque, in quanto espressione di una volontà pianificatrice, non risulta in opposizione con l'immagine del delitto doloso fornita dall'art. 43 c.p.

In sintesi si può dire che nel dolo eventuale, oltre all'accettazione del rischio o del pericolo vi è l'accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno, della lesione, in quanto essa rappresenta il possibile prezzo di un risultato desiderato. Vi è dunque nel dolo eventuale una componente lato sensu economica” (così SS.UU. THYSSEN).

Il «bilanciamento» non può essere irrilevante se per la configurabilità del dolo eventuale *“è necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'agire, accettando l'eventualità di commettere (un delitto), e il non agire”* ma occorre anche saper gettare il cuore oltre l'ostacolo e spingersi ad individuare una dimensione volontaristica che tranquillizzi in merito alla colpevolezza dolosa ed escluda quella meramente colposa:

*“(...) è necessario individuare rispetto [al dolo eventuale] un “atteggiamento psichico (...) che possa essere considerato **equivalente della volontà**, ad essa **assimilabile**”, che, in altre parole, “si riveli una diversa declinazione del concetto di volontà entro un unitario nucleo di senso capace di conservare a ciascuna delle configurazioni del dolo un **'analogo concetto di volontà'**”.*

A tal fine "...non è sempre decisivo il dubbio, perché chi agisce dubitando a volte si determina in condizioni di irrazionalità motivazionale, oppure versa in uno stato di opacità che rapporta il rimprovero giuridico alla sfera della colpa...".

Invece, nel "...**dolo** si è in presenza dell'agire umano **ordinato, organizzato, finalistico**. Un processo intellettuale che, lungamente elaborato o subitaneamente sviluppatosi e concluso, sfocia pur sempre in una **consapevole decisione** che determina la condotta anti-giuridica. Qui il **rimprovero** giuridico coglie la **scelta d'azione, o d'omissione**, che si dirige **nel senso della offesa del bene giuridico** protetto. Il dolo, come si è già accennato, esprime la più **intensa adesione interiore al fatto**, costituisce la forma fondamentale, generale ed originaria di colpevolezza; la più diretta contrapposizione all'imperativo della legge. Tale atteggiamento di contrapposizione alla legge giustifica, conviene rammentarlo, un trattamento sanzionatorio ben più severo di quello riservato ai comportamenti meramente colposi..." (ancora SS.UU. THYSSEN).

La stessa «rappresentazione» deve presentare caratteristiche peculiari che la tipizzano rispetto alla «previsione dell'evento» (di cui all'art. 61 n. 3 c.p.):

"...Ne consegue che nel dolo non può mancare la puntuale, chiara conoscenza di tutti gli elementi del fatto storico propri del modello legale descritto dalla norma incriminatrice: l'evento oggetto della **rappresentazione** deve appartenere al mondo del reale, deve costituire una prospettiva sufficientemente concreta e deve essere caratterizzato da un apprezzabile livello di probabilità. Solo in riferimento ad un evento così definito e tratteggiato si può istituire la relazione di adesione interiore che consente di configurare l'imputazione soggettiva. In breve, l'evento deve essere descritto in modo caratterizzante e come tale deve essere oggetto, di chiara e lucida rappresentazione; quale **presupposto cognitivo** perché possa, rispetto ad esso, configurarsi l'atteggiamento di scelta d'azione anti-giuridica tipica di tale forma d'imputazione soggettiva..." (sempre SS.UU. THYSSEN).

§- Il perimetro tracciato dal Giudice rescindente di legittimità, con la dettatura dei principi di diritto entro i quali mantenersi, **rende oggi insostenibile**, perché in contrasto con l'interpretazione nomofilattica delle stesse SS.UU. oltre che in elusione dei vincoli imposti, **l'affermare (e qui confermare):**

◆ che non si debba «...eccedere a voler considerare anche i dati di personalità del soggetto sfociando altrimenti in una valutazione troppo soggettiva...»: non solo si può ma, anzi, si deve "eccedere" se con tale forma verbale si vuole intendere uno scrutinio in chiave strettamente soggettivistica ed individualizzante.

Se, d'altro canto, si tratta, come in definitiva si tratta, di esplorare l'animo umano, nulla è mai "troppo soggettivo" per rinunciarvi; persino gli stati emotivi, pur irrilevanti in sé, possono tornare utili alla difficile esplorazione del "meno visibile" fra gli elementi costitutivi del reato: "...Non rilevano invece, in quanto tali, gli atteggiamenti della sfera emotiva, gli stati d'animo. L'ottimismo ed il pessimismo, la speranza, naturalmente, non hanno un ruolo significativo nell'indagine sull'atteggiamento interno in rapporto alla direzione della condotta verso l'offesa del bene giuridico. **Risulta però spesso interessante comprendere le ragioni che hanno determinato la speranza o altro atteggiamento emotivo. E dunque non può neppure dirsi che la considerazione della sfera emotiva sia del tutto estranea al nostro tema...**" (così SS.UU. THYSSEN).

◆ È insostenibile e non più motivabile che l'elevato grado di prevedibilità dell'evento infausto possa essere misurato sul presupposto che «...gli imputati già sapevano che queste [id est le complicanze da deterioramento dell'equilibrio cardiocircolatorio ed altre complicazioni, frequenti e note in chirurgia toracica: ndr]

erano le conseguenze tipiche della loro condotta e potevano essere fatali in considerazione delle precarie condizioni cliniche generali dei pazienti...» (gravata sentenza, pag. 600).

A prescindere, invero, dal fatto che le complicanze, in medicina, ancorché note in letteratura specialistica non dovrebbero essere “conseguenze tipiche della condotta operatoria”, il grado di prevedibilità non può essere dirimente, sia perché – connotandosi anche la colpa cosciente di «*previsione dell'evento*» – la sua utilizzazione come criterio direttivo sarebbe suscettibile di confusione fra dolo e colpa (come infatti dimostra il rimprovero, mosso nei casi di specie, di non «...*aver adottato nessuna adeguata cautela atta a fondare una ragionevole speranza di evitare il decesso dei malati...*»: pag. 598 della gravata sentenza);

sia, ed ancora, perché assumere che vi sia dolo eventuale “...*in presenza della mera percezione di una situazione rischiosa ...(...)...svuota tale imputazione soggettiva di ogni reale contenuto volitivo che coinvolga la relazione tra condotta ed evento; la allontana in modo inaccettabile dalla categoria del dolo come atto di volontà...*” (così SS.UU. THYSSEN);

sia, infine, perché la prevedibilità o la previsione attiene alla sfera della rappresentazione e non della volizione: “...*Muovendosi nella sfera interiore è chiaro che entra in campo il paradigma indiziario. In breve si cercano sulla scena i segni dai quali inferire la sicura accettazione degli effetti collaterali della propria condotta. Sovviene a tale riguardo quanto sin qui esposto sui processi decisionali, nei quali agiscono diversi fattori emotivi e razionali. Si tratterà, nei limiti del possibile, di tentare di spiegare l'accaduto, di ricostruire l'iter decisionale, di intendere i motivi che vi hanno agito, di cogliere, insomma, perché ci si è determinati in una direzione. Occorrerà comprendere se l'agente si sia lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verifica dell'evento concreto costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso e infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa. (...) Ciò che è di decisivo rilievo è che si faccia riferimento ad un reale atteggiamento psichico che, sulla base di una chiara visione delle cose e delle prospettive della propria condotta, esprima una scelta razionale; e, soprattutto, che esso sia rapportato allo specifico evento lesivo ed implichi ponderata, consapevole adesione ad esso, per il caso che abbia a realizzarsi...*” (così SS.UU. THYSSEN).

◆ È insostenibile e non più motivabile che il rischio di morte dei pazienti SCHIAVO, DALTO, SCOCCHETTI e VAILATI si rappresentò nelle menti degli imputati – e fu da essi accettato – perché conseguenza “più probabile” di quanto già non fosse insito nel tipo di intervento chirurgico praticato (di notevole difficoltà tecnica per SCHIAVO, non urgente per gli altri e comunque inutile per tutti) in ragione delle precarie condizioni cliniche dei quattro pazienti, sì da poter affermare che «...*tanto più grave è l'entità dell'offesa che si rischia di produrre, tanto più il rischio a questa connesso si impone alla considerazione dell'agente e tanto meno scusabile sarebbe la pericolosità, irragionevolezza del suo agire nonostante detta possibilità...*» (gravata sentenza pag. 591).

Se, infatti, il rischio può essere definito come il prodotto tra la probabilità che un evento indesiderabile, pericoloso, infausto accada e l'entità delle sue conseguenze dannose, allora si deve riconoscere che non è soltanto la probabilità ch'esso si verifichi o la grandezza del danno che può comportare, a provare ch'esso è stato accettato “con irragionevolezza”, giacché diversamente non si spiegherebbe – come in effetti nel presente processo risulta

tuttora inspiegato, sul piano della logica e della parità di trattamento – perché mai, dopo aver prospettato, in ciascuno dei quattro casi in esame, un rischio (*intra* o *post* operatorio) “...già evidente alla luce delle condizioni cliniche del paziente...” e così grave da non poter “...essere governato...” – i membri dell’equipe chirurgica siano stati destinatari di rimproveri opposti.

In altre parole – se il rischio-morte non governabile era tale anche per (l’iper-valorizzato) rischio anestesiológico, peraltro rivelatosi ininfluyente nell’eziologia degli eventi mortali, e se detto rischio risultava evidente financo dalla semplice lettura delle cartelle cliniche – perché mai agli anestesisti dovrebbe essere ascrivibile un esito letifero per colpa incosciente e ai chirurghi un omicidio addirittura doloso?

E ciò a tacere del fatto che la mera «accettazione del rischio» ha subito dalle SS.UU. della Suprema Corte una sonora bocciatura senza appello, quale formula abusata, scolastica, imprecisa giacché altro è quello che si richiede: “...*Si tratta allora di andare alla ricerca della volontà o meglio di qualcosa ad essa equivalente nella considerazione umana, in modo che possa essere sensatamente mosso il rimprovero doloso e la colpevolezza quindi si concretizzi. Tale essenziale atteggiamento **difetta assolutamente nella mera accettazione del rischio**, che trascura l’essenziale relazione tra condotta volontaria ed evento (...)*” (SS.UU. THYSSEN).

D’altro canto, non appare superfluo richiamare anche lo specifico quesito ch’era stato rimesso alla decisione delle SS.UU. «*Se la irragionevolezza del convincimento prognostico dell’agente circa la non verificazione dell’evento comporti la qualificazione giuridica dell’elemento psicologico del delitto in termini di dolo eventuale*»: data per provata l’irragionevolezza, essa può palesarsi comunque insufficiente.

♦ È insostenibile e non più motivabile che le cautele e la «...adozione di presidi utili a tutela della salute del malato, finalizzati ad evitarne la morte...» (pag. 597 della gravata sentenza) siano irrilevanti ai fini della ricerca dell’elemento volontaristico sin qui mancata ed invece imprescindibile (tanto da essere stata imposta al presente giudizio di rinvio), avendo anzi il Giudice rescindente conferito valore esplicito al “...loro comportamento [degli odierni giudicabili, evidentemente: ndr] contestuale o immediatamente successivo all’intervento chirurgico causativo del decesso, talora caratterizzato da una fattiva e spontanea opera soccorritrice (per quanto non andata a buon fine), come nel caso del tentativo di clampaggio e delle manovre di recupero poste in essere, a seguito dell’emorragia conseguente a lacerazione cardiaca, nel corso dell’intervento operatorio riguardante il paziente SCHIAVO Antonio (descritto alle pagine 281-287 della sentenza d’appello), sotto il profilo della compatibilità con un atteggiamento di accettazione adesiva – *ex ante* – della verificazione dell’evento morte...”.

4. Sintesi: il perimetro tracciato dalla sentenza rescindente di legittimità entro il quale è legittimo muoversi – il limite *quae supra* e quello *sub quo*: comunque, “non meno” ma anche “non oltre” l’omicidio preterintenzionale.

§- Ad una prima superficiale lettura, la sentenza parzialmente rescindente di legittimità, che si è voluto riportare in buona parte per esteso (*supra*, *sub* 2), parrebbe non aver del tutto sbarrato la strada al profilo psichico doloso in almeno tre dei quattro casi annullati e qui rinviati per nuovo esame.

Fa eccezione – e lo si può dire fin d’ora – il caso-SCHIAVO, le cui peculiarità fattuali lo distinguono a tal punto dagli altri tre (per modalità esecutive ed eziologia dell’evento) ch’è, in sostanza, la stessa Suprema Corte a qualificarlo, implicitamente, come preterintenzionale;

o, se si preferisce, è la stessa Suprema Corte ad individuare quegli elementi circostanziali che, correttamente valutati, impediscono di qualificarlo come doloso.

Altro senso, invero, non si riesce a dare a quell'elemento di incompatibilità con il profilo volontaristico già rilevato dal Supremo Collegio – e che si è testualmente riportato *in fine* paragrafo che precede – rappresentato dall'attivarsi degli imputati “...*immediatamente successivo all'intervento chirurgico causativo del decesso...*”, attraverso il “...*tentativo di clampaggio e (le) manovre di recupero poste in essere, a seguito dell'emorragia conseguente a lacerazione cardiaca, ... riguardante il paziente SCHIAVO Antonio...*”; condotta operosa di difficile conciliabilità “...*con un atteggiamento di accettazione adesiva – ex ante – della verifica dell'evento morte...*”.

Negli altri tre casi in disamina parrebbe invece che il giudice di legittimità si sia limitato a rilevare un vizio di motivazione inversamente proporzionale alla perspicuità dei rilievi difensivi; a censurare la gracilità motivazionale, indicandone i vuoti da colmare; ad accompagnare la restituzione degli atti per un nuovo giudizio con l'ovvia raccomandazione – affidata a questa fase rescissoria, quale mandato da svolgere – di offrire del prospettato *dolo eventuale* un più solido argomentare circa la sua configurabilità per ciascuno dei casi clinici (oltre che, per logico portato, per ciascuno dei due imputati), curando di rispondere in modo appagante e puntuale (sì da poter resistere “...*sul piano della congruità logica e delle conclusioni...*”, una volta ribaditane la sussistenza) “...*alle censure di legittimità dei ricorrenti...*”.

In realtà, ad una lettura più studiata, più attenta e ragionata dei rilievi critici mossi alle omissioni motivazionali – perché tali ritenute dalla S.C. – rispetto al “...*giudizio inferenziale [reputato sin qui lacunoso, evidentemente: ndr] volto a ricostruire l'iter decisionale dell'agente e il correlativo atteggiamento psichico nei riguardi dell'evento più grave concretamente verificatosi (la morte del paziente)...*”, la conclusione che, infine, se ne deve trarre è, a ben vedere, assai più serrata e stringente: lo spazio riservato alla configurabilità della fattispecie di cui all'art. 575 c.p. in tema di responsabilità penale del medico non può che essere, in generale, ridotto alla eccezionalità e comunque solo nel ricorrere di una casistica in cui siano compresenti i seguenti dati fattuali: una condotta del sanitario arbitraria (perché non assentita se non addirittura rifiutata dal paziente); “atti medici” che non siano più tali perché privi di qualsivoglia finalità terapeutica; che essi siano stati compiuti in violazione delle *leges artis* ed abbiano avuto un esito infausto; che quest'ultimo sia stato previsto, accettato, con un *atteggiamento interiore assimilabile alla volizione*; ciò potendo dirsi solo se – metaforicamente posto sul piatto di una ideale bilancia il fine perseguito dall'operatore (il danaro, il successo accademico, la carriera professionale e quant'altro) e sull'altro piatto il prezzo da pagare nel caso la (prevista) morte del paziente abbia a verificarsi – a discendere sia il primo piatto perché più “pesante” e (razionalmente) prescelto.

Il che, francamente, riesce difficile immaginare non foss'altro perché – se dopo SS.UU. THYSSENKRUPP, il *dolo eventuale* si è visto restringere il campo d'applicazione a casi in cui la ferrea volontà di raggiungere un risultato con mezzi ed in contesti radicalmente illeciti sia assistita dalla accettazione che si verifichi un evento collaterale (non voluto ma realisticamente possibile se non addirittura probabile) soverchiato dalla spinta di raggiungere il proposito inseguito a qualunque costo – ci si deve chiedere quanti “eventi collaterali” possano essere *razionalmente* accettati da un chirurgo prima che la ricercata fama e prestigio (forieri di adeguati onorari) si trasformino in biasimo, disistima e fuga dei pazienti.

Scendendo nella concretezza dei quattro specifici casi qui in disamina, non può non avere avuto conseguenze esiziali sulla più grave delle loro qualificazioni giuridiche, il fatto che sia stata la stessa sentenza di legittimità a porre non solo in evidenza “*indicatori negativi*”, o almeno potenzialmente tali, del *dolo eventuale*, ma che lo abbia fatto sovvertendo il giudizio che dei medesimi indicatori fattuali era stato dal giudice del merito, sia di primo che di secondo grado, imponendo di misurarsi con:

la storia le pregresse esperienze professionali dei prevenuti, che li avrebbero convinti di essere in grado di controllare il rischio operatorio, quando il primo Giudice, proprio dalla “reiterazione” ha desunto volontaria pervicacia e, dunque, l’opposto;

il loro comportamento contestuale o immediatamente successivo all’intervento chirurgico causativo del decesso, talora caratterizzato da una fattiva e spontanea opera soccorritrice, quando il primo Giudice l’ha liquidato come irrilevante;

la stessa probabilità oggettiva di accadimento dell’evento, sogguardata dal punto di vista (antecedente) dell’agente, quando nella gravata sentenza – in ragione del “rischio soggettivo” – si è giunti a decretare la elevatissima probabilità per tutti ad eccezione del caso DALTO sol perché qui ci si è spinti, nientemeno, che alla certezza dell’evento infausto per essere il paziente giunto al tavolo operatorio infartuato;

le conseguenze negative, ordinariamente prevedibili ex ante, anche per gli imputati/agenti, della verifica dell’evento mortale nonché ad ineludibile chiosa l’elemento di valutazione controfattuale sintetizzato dalla cosiddetta prima formula di Frank, quando il primo Giudice lo reputa privo di interesse ai fini dell’esclusione dolosa (perché l’autore “...potrebbe essersi orientato nell’agire in forza di un ingiustificato e colpevole ottimismo ed il dolo sussisterebbe anche in questo caso...”: pag. 595 della gravata sentenza).

§- Non può, dunque, che prendersi atto di come pur in un caso, giudicato estremo e, forse, “*esasperato*” (oltre che enfaticamente, lo si deve onestamente dire) come quello in esame (tanto da assurgere a sinistra notorietà processuale con l’appellativo di ‘*sistema Santa Rita*’ dove la ‘*sistematicità*’ non sarebbe rimasta circoscritta a taluni espedienti fraudolenti, pacifici e documentali, nell’ottenimento dei rimborsi), in un caso che si è detto riconducibile a quelle deprecabilissime pratiche, cosiddette di «*cottimo chirurgico*» – dove a far da guida non è, prioritariamente, il bene e l’interesse dell’ammalato bensì il meccanismo di retribuzione proporzionalmente crescente con l’accrescersi numerico degli interventi effettuati nell’unità di tempo considerata, in ragione del correlativo incremento dei rimborsi corrisposti ad una struttura ospedaliera dalla mano pubblica – ebbene, anche in questi casi, l’esercizio dell’attività sanitaria, in termini di accertamento dell’elemento psichico che sorregge chi la pratica, non è (quasi) mai compatibile con l’omicidio volontario ed il dolo di tal delitto. E non lo è in nessuna delle sue molteplici declinazioni perché l’elemento psichico doloso – anche nella sua forma *eventuale* – si caratterizza pur sempre per la necessaria compresenza di entrambi gli elementi costitutivi del dolo *ex art. 43 c.p.*, vale a dire sia la *rappresentazione* che la *volizione* del fatto tipico.

Se, infatti, la *rappresentazione*, la si rinviene nei medesimi termini anche in capo a chi agisce con colpa aggravata dalla previsione dell’evento, dev’essere per forza la *volizione*, nel suo costituire un requisito positivo del *dolo* ed, al contempo, un elemento negativo della *colpa*, a segnare il discrimine fra i due requisiti soggettivi.

Per affermarne così la sussistenza anche nei casi in esame – ai fini della configurabilità del dolo eventuale – rivestiva decisivo rilievo che si provasse “...*non solo* (la) *rappresentazione del decesso del paziente* [SCHIAVO, DALTO, SCOCCHETTI e

VAILATI: ndr] *come conseguenza della condotta dell'agente priva di reale giustificazione medico-chirurgica e animata dalle motivazioni egoistiche sopra descritte, e non tanto (la) mera accettazione del rischio di verifica del relativo evento...*”, quanto piuttosto che si rintracciassero le prove di un atteggiamento psichico, condiviso da entrambi gli imputati, espressione di una loro scelta razionale, che – rapportata alla morte di ciascuno dei quattro pazienti – avesse implicato ponderata, consapevole, funzionale adesione a ciascuno dei quattro eventi letiferi.

L'attività istruttoria compiuta non ha condotto ad un esito confermativo delle accuse.

Né avrebbe potuto con l'approccio valutativo sin qui adottato.

Ciò che, infatti, il giudice rescindente di legittimità ha inteso affermare è non solo che l'essersi limitati ad enumerare *“l'esistenza, nella condotta degli imputati, di una serie di possibili indicatori dell'animus necandi”* non assolve l'onere motivazionale, essendo sin qui mancata l'essenziale *“...ricerca del tratto volontaristico che contrassegna la colpevolezza dolosa...”* (SS.UU. THYSSEN), ma che **detti indicatori sono comunque insufficienti** a provare quella *“...consapevole presa di posizione di adesione all'evento, che consenta di scorgervi un atteggiamento ragionevolmente assimilabile alla volontà...”* (ancora SS.UU. THYSSEN),

Ne consegue così che quand'anche:

- a) si riesca ad escludere qualsivoglia finalità terapeutica a mezzo di una prova solidamente univoca ed impenetrabile al dubbio ragionevole a sostegno della inutilità degli interventi contestati (con l'avvertenza che il “dubbio scientifico” circa la necessità chirurgica degli stessi non potrebbe non giovare al medico imputato, per l'implicita smentita e confutazione dell'addebito se, quello che gli si muove, è nel senso d'aver operato in assenza di qualsivoglia indicazione chirurgica),
- b) quand'anche, esclusa detta finalità terapeutica, si riesca a provare la diversa finalità perseguita dal medico operatore (in ipotesi di “cottimo chirurgico” quella di lucro, ma anche altre spinte egotistiche: prestigio professionale, successo accademico, carrierismo personale *et similia*),

anche in tal contesto la veste giuridica da privilegiare sarebbe comunque quella dell'omicidio preterintenzionale non già quella dell'omicidio volontario, a meno che, sulla scorta del compendio probatorio disponibile:

- c) si riesca altresì ad affermare, oltre ogni dubbio ragionevole, che entrato in sala operatoria solo per motivi di profitto (o altre motivazioni aliene rispetto all'unica di valore), il chirurgo imputato non si sarebbe trattenuto dall'operare senza finalità terapeutica alcuna (e, dunque, più in generale senza necessità secondo la miglior *ars medicinae*) neanche se fosse stato certo della morte del paziente,
- d) si riesca ad affermare – dopo averlo provato, oltre ogni dubbio ragionevole – che non solo l'operatore abbia previsto ed accettato il rischio di morte in un approccio chirurgico realizzato per motivi solamente egoistici, ma anche che si sia rappresentato il decesso come conseguenza della sua condotta e abbia comunque deciso di entrare in sala operatoria a costo di causare la morte dell'ammalato pur di realizzare il suo fine.

§- La sentenza parzialmente rescindente, che ha qui restituito gli atti, ha ritenuto del tutto elusi dalla motivazione, sia di primo che di secondo grado, i punti c) e d).

Ha, invece, ritenuto immune da censure (di legittimità) l'argomentazione che ha condotto il primo Giudice (ed, in conformità, anche Quello del gravame) alla conclusione circa la «inutilità» degli interventi di che trattasi, benché aspramente contestata dalle Difese, in assenza di una perizia d'ufficio capace davvero di contrastare sul piano scientifico

l'indicazione chirurgica che gli imputati hanno fornito non solo con il loro dire di tecnici ma per il tramite di consulenze redatte da chirurghi di valore e chiara fama.

In sintesi, possono dirsi “in giudicato” i precitati punti *sub a)* e *b)*:
“...Dalla lettura della sentenza d'appello emerge che la Corte distrettuale non ha proceduto ad alcun generalizzato e acritico recepimento delle valutazioni dei consulenti del pubblico ministero, ma si è confrontata in ogni singolo caso esaminato con le diverse prospettazioni e valutazioni della difesa e dei suoi consulenti, **pervenendo alla formulazione del proprio giudizio finale sull'assenza di giustificazione dell'intervento chirurgico, in concreto eseguito, sulla scorta di un apprezzamento e di un vaglio complessivo di tutti gli elementi di prova – di natura dichiarativa, storica e critica – acquisiti, in termini logicamente coerenti che non sono sindacabili dalla Corte di legittimità...**” (testualmente Corte di Cassazione, a pag. 15).

Accertata la «inutilità» e con essa la finalità non eminentemente terapeutica invece esigibile ed ineludibile, la S.C. ha inteso riprendere e far proprio un principio nomofilattico già in passato affermato, sebbene non costantemente ribadito:

vale a dire “...il principio che l'intervento chirurgico, se non è posto in essere con finalità terapeutica, non costituisce più un atto medico, e la condotta operatoria non si differenzia, perciò, in tal caso, da quella di chiunque leda in modo consapevole e volontario l'integrità fisica di una persona, così che l'atto operatorio – il quale non si inserisca quale segmento di una più ampia condotta terapeutica idonea di per sé a legittimarlo ex art. 32 Cost. – riprende la sua autonomia al fine della valutazione della capacità di cagionare una lesione personale rilevante ex art. 582 cod. pen.; la finalità terapeutica, propria dell'attività medico-chirurgica, connota infatti, in maniera determinante, la stessa oggettività dell'atto, prima ancora della sua soggettività, perché è quella che lo rende orientato alla realizzazione di un beneficio per la salute del paziente con l'effetto di rendere lecito l'intervento, mentre – di contro – l'estraneità dell'atto a ogni scelta terapeutica si traduce sempre in una condotta produttiva di una (non consentita) alterazione funzionale dell'organismo del paziente, indipendentemente dalla finalità concretamente perseguita dall'agente...” (testualmente Corte di cassazione, a pag. 17).

È, come si vede, un parziale discostarsi sia dal c.d. «orientamento MASSIMO»⁽³⁾, il più severo (ma comunque “spintosi”, significativamente, non oltre la preterintenzionalità), sia dalle sentenze “VOLTERRANI” e “BARESE”, che il primo orientamento avevano sottoposto ad autocritica⁽⁴⁾, affermando una sorta di incompatibilità

³ secondo cui “il medico chirurgo, il quale, in assenza di necessità ed urgenze terapeutiche, abbia sottoposto il paziente ad un intervento operatorio di più grande entità, rispetto a quello meno cruento e comunque di lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da questi consentito, commetterebbe il reato di lesioni volontarie, **irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta, sicché egli risponderebbe (addirittura) del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni sia derivata la morte...**” (v. in questi termini, Cass. Sezione V, 21 aprile 1992, MASSIMO”).

⁴ sul presupposto che “per configurare l'omicidio preterintenzionale sarebbe pur sempre necessario che il reato di lesioni volontarie sia stato commesso con il dolo diretto intenzionale (“atti diretti a commettere...”): ciò che è francamente insostenibile nei confronti di un sanitario il quale, salve situazioni anomale e distorte, si trova ad agire, magari erroneamente, ma pur sempre con una finalità curativa, che è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni ricostruito nei termini di cui si è detto. In altri e decisivi termini, deve escludersi l'omicidio preterintenzionale proprio perché non è possibile sostenere che il medico, il quale agisca in assenza di consenso espresso del paziente, sia mosso dalla consapevole intenzione di provocare un'alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa e, quindi, dalla consapevole intenzione di porre in essere “atti diretti a” commettere il reato di cui all'articolo 582 c.p.”.

ontologica fra un intervento medico-chirurgico ed un profilo psichico diverso da quello della mera colpa (al più aggravata dalla previsione dell'evento).

Non sembra dunque casuale ma anzi un conformarsi ad esso, la citazione testuale da parte della sentenza rescindente di un proprio precedente arresto, che si vuole qui riprendere non solo nei dettami giuridici ma anche rammentando la casistica che, nello specifico, aveva sollecitato l'affermazione dei principi di diritto che seguono, giacché una comparazione pur sommaria con quelli in esame non può che confermare l'eccezionalità, qui non ravvisabile e in concreto non facilmente immaginabile, di un coefficiente psichico doloso in capo al chirurgo.

Il riferimento è alla sentenza Cass. Sez. IV, 34521 del 23/09/2010:

“Non risponde del delitto preterintenzionale il medico che sottoponga il paziente ad un trattamento non consentito – anche se abbia esito infausto e anche se l'intervento venga effettuato in violazione delle regole dell'arte medica – se comunque sia rinvenibile nella sua condotta una finalità terapeutica o comunque la terapia sia inquadrabile nella categoria degli atti medici. In questi casi la condotta non è diretta a ledere e se l'agente cagiona la morte del paziente risponderà di omicidio colposo se l'evento è da ricondurre alla violazione di una regola cautelare.

Risponderà invece di omicidio preterintenzionale – come si è già accennato ma è opportuno ribadirlo – il medico che sottoponga il paziente ad un intervento (dal quale poi consegua la morte), in mancanza di alcuna finalità terapeutica, per fini estranei alla tutela della salute del paziente come quando provochi coscientemente un'inutile mutilazione o agisca per scopi estranei alla salute del paziente (scopi scientifici o di ricerca scientifica, sperimentazione, scopi dimostrativi, didattici o addirittura esibizionistici, scopi di natura estetica ovviamente non accettati dal paziente). Non è necessario (proprio perché non è richiesto il dolo specifico) che sia individuata la finalità non terapeutica perseguita dal medico (che può anche non voler perseguire uno specifico fine) essendo invece sufficiente l'estraneità dell'intervento ad ogni ipotizzabile scelta terapeutica indipendentemente dalla circostanza che l'agente ne persegua una specifica o che non ne esistano proprio.

Se l'intervento non è posto in essere per una finalità terapeutica non costituisce più un atto medico e in nulla si differenzia dalla condotta di chi lede volontariamente l'integrità fisica di una persona indipendentemente dalle eventuali finalità perseguite.

La conseguenza inevitabile sotto il profilo giuridico è che chi lede senza alcuna giustificazione, nel corpo o nella mente, la persona del paziente realizza il fatto tipico del delitto di lesioni volontarie o addirittura del delitto di omicidio volontario se il medico agisca con atto non terapeutico del quale risulti abbia accettato le conseguenze estreme (in questo caso il reato può infatti essere punito anche a titolo di dolo eventuale)”.

La Suprema Corte dettava gli appena citati principi in casi giudiziari divenuti tali dalla denuncia di un medico (cui erano seguite altre sedici denunce di altrettanti medici) del medesimo nosocomio ove il chirurgo denunciato e poi imputato svolgeva la sua attività, che deferivano al giudizio della A.G. trattamenti chirurgici assolutamente sproporzionati ed inutili, praticati solo per assicurare ai reparti un numero significativo di DCPA (duodenocefalopancreasectomia) e cioè a dire dell'intervento più costoso, tra i più complessi e certamente tra i più demolitori della chirurgia gastroduodenale.

Si riferiva in denuncia che di detti interventi non solo non veniva fornita spiegazione alcuna al paziente, ma si era giunti a falsificare le cartelle cliniche inserendovi diagnosi

per neoplasie (es. adenocarcinomi al pancreas) in realtà insussistenti (a giustificazione di una indicazione chirurgica invece assente).

Si era inoltre accertata la finalità di puro profitto posto che il chirurgo imputato era aduso filmare i propri interventi "...ricavandone videocassette che portava ai convegni e vendeva tramite Internet. Il denunziante riferiva ancora che in sala operatoria era quasi sempre presente un rappresentante della società (omissis) produttrice di costosi strumenti di chirurgia endoscopica di cui l'imputato era fautore...".

I casi incriminati – solo per citarne taluni – riguardavano: a) il caso di una paziente sottoposta a DCPA (con asportazione anche di parte dello stomaco e del fegato) nonostante in sala operatoria fosse pervenuto l'esito dell'esame istologico da cui risultava ch'ella non fosse affetta da alcun tumore alla colecisti; b) il caso di una paziente operata per neoplasia alla testa del pancreas malgrado fosse affetta da calcolosi e nessun adenocarcinoma pancreatico.

"...In entrambi i casi nelle cartelle cliniche era stato falsamente attestato che le pazienti erano affette da neoplasie...". In altri casi, in conseguenza dell'intervento inutilmente demolitore i pazienti avevano perso la vita.

Cionondimeno la discussione processuale riguardante quel chirurgo è rimasta confinata tra il ricorrere della colpa grave ovvero della preterintenzionalità.

Un raffronto speculare e sinottico con quelli che seguono non potrà che servire (viepiù sostenendola) all'opzione, oramai obbligata, che qui ci occupa.

5. I singoli casi in contestazione – la valutazione delle prove disponibili per ciascuno dei casi da esaminare – la loro inadeguatezza a sostenere il prospettato dolo eventuale –

§- L'indagine rimessa a questo giudizio di rinvio non può che essere "probatoria" ed *in fatto* perché *in diritto* tutto è già stato affermato dal Giudice di legittimità.

"...Il problema dell'accertamento del dolo eventuale si sposta dunque sul terreno della prova e richiede, come deve avvenire in tutti i casi di valutazioni indiziarie (per giunta dirette, nella specie, a scrutinare l'atteggiamento psichico della persona, e non un fatto naturalistico), un'indagine approfondita e connotata da un'estrema attenzione all'analisi e alla comprensione dei dettagli, volta esclusivamente alla piena cognizione dei fatti ritenuti indicativi e rilevanti nella ricostruzione probatoria della reale volontà dell'agente, che devono essere vagliati e ponderati criticamente nel loro significato oggettivo, senza forzature e rifuggendo dall'applicazione di meri meccanismi presuntivi incapaci di assicurare un persuasivo giudizio finale in ordine alla sussistenza in concreto, oltre ogni ragionevole dubbio, dell'elemento volontaristico che deve caratterizzare – quale momento essenziale e imprescindibile del riconoscimento della figura del dolo eventuale – la connessione tra l'atteggiamento interiore dell'agente e l'evento che si è verificato..." (così Cass. di parziale annullamento).

La motivazione che ne risulterà, per sottrarsi a nuova censura, dovrà necessariamente essere diversa dalla "...motivazione – compendiata, in particolare, alle pagine 307-311 della sentenza d'appello – che non resiste, sul piano della congruità logica e delle conclusioni alle quali è pervenuta, alle censure di legittimità dei ricorrenti...".

§- L'indagine che ci si accinge a compiere non potrà estendersi al nesso causale, oramai in giudicato, e neppure spingersi a verificare l'assenza oggettiva di giustificazione medico-chirurgica, che già "...verificata dalla sentenza impugnata con riferimento ai sette episodi

per i quali il giudizio di responsabilità penale è stato confermato all'esito del giudizio d'appello, anche sotto il profilo della riconducibilità causale della morte (in quattro di tali casi) dei pazienti, avvenuta durante o immediatamente dopo l'intervento...(...)...senza incorrere in alcuno dei vizi – di motivazione, violazione di legge, o travisamento della prova – dedotti dai ricorrenti...”. (Cass. parzialmente rescindente a pag. 26, § 8).

Di ciò si deve prendere atto, equivalendo ad un giudicato interno parziale.

In tutti e quattro in casi ancora *sub judice*, infatti, la S.C. (cfr. i punti: 8.1; 8.2; 8.3 e 8.4), ha respinto le doglianze sollevate sul punto dagli imputati ricorrenti, talvolta perché proposte con temi di merito (e non di legittimità) ed in termini che “...non si confrontano con la puntuale motivazione della Corte distrettuale, che ha dato conto, sulla scorta delle conclusioni della consulenza Ronchi, della collocazione intraoperatoria della morte del paziente, dovuta alla lacerazione cardiaca causata dai chirurghi durante l'intervento, che aveva determinato un'emorragia massiva e inarrestabile...” (per SCHIAVO Antonio: 8.1); talvolta ancora con argomentazioni e doglianze “...prospettate in modo solo generico e congetturale, destinate a risolversi nella **sollecitazione di una lettura alternativa del fatto** e delle risultanze istruttorie, che non compete alla Corte di legittimità...” (per DALTO Ermenegildo: 8.2); ed ancora, con prospettazioni tese ad “...una lettura alternativa delle emergenze processuali che si risolve essenzialmente in **una censura del merito** della decisione impugnata...” inidonea “...a inficiare la tenuta logica del percorso motivazionale in forza del quale la Corte distrettuale ha individuato nella spirale di progressivo aggravamento della dinamica respiratoria e cardiocircolatoria, già precaria, della vittima, determinata dallo stress chirurgico, **la causa diretta dello scompenso acuto** che aveva provocato la morte a distanza di soli cinque giorni dall'operazione...” (per VAILATI CANTA Giuseppina: 8.3); ed infine con deduzioni non in grado “...di intaccare la congruenza logica del nucleo fondamentale delle conclusioni raggiunte dalla sentenza impugnata, che **ha tratto dalla natura insensata, sotto il profilo medicochirurgico, delle resezioni compiute, improduttive a priori di qualsiasi effetto benefico sulla paziente e animate soltanto dalla volontà di operarla comunque, la prova di una condotta priva di qualsiasi giustificazione terapeutica, destinata a risolversi in un'ordinaria attività lesiva dell'integrità fisica della persona, tale da integrare gli estremi, oggettivi e soggettivi, del reato di cui all'art. 582 cod. pen....”** (per SCOCCHETTI Maria Luisa: 8.4).

§- Il presente giudizio di rinvio può, dunque, ritenersi esentato dall'indagare la causalità. Può, cioè, dare per provato ed affermare in proposito, senza tema di peccare in superficiale semplificazione, che la gravità delle patologie che affliggevano tutti e quattro i pazienti SCHIAVO, VAILATI, SCOCCHETTI e DALTO non lasciava loro soverchie aspettative di vita e ne avrebbe comportato il decesso entro un termine massimo non definibile ma relativamente breve. Cionondimeno la condotta assunta dai dottori BREGA e PRESICCI ha contribuito ad accelerare agli eventi mortali, sì da ritenersi ad essa etiologicamente riconducibile in via concorrente.

Il presente giudizio di rinvio può, altresì, ritenersi esentato dallo scrutinare – e persino dal prendere posizione a fronte di contrastanti pareri scientifici – la finalità terapeutica, diagnostica o palliativa degli atti medici compiuti, che gli imputati hanno strenuamente rivendicato, producendo – e chiedendo di confrontarsi sul piano tecnico – copiosissima letteratura specialistica.

Ciò a cui, però, il presente giudizio di rinvio non può rinunciare è la rivisitazione del dato, oramai processualmente acquisito, della «inutilità/incongruità» degli interventi chirurgici **in una prospettiva esclusivamente “soggettivistica”**.

In altri termini, se, per un verso, non è (più) in discussione che le decisioni assunte e le azioni compiute dai chirurghi BREGA e PRESICCI siano state «dannose» perché prive di finalità terapeutiche, non può non essere tuttora in discussione se lo siano state per gli imputati, allorché essi si determinavano a compierle.

L'acquisita «dannosità» è, infatti, solo il presupposto della *preterintenzione* (non potendosi essa accontentare di un *quid minus*) ma non basta di certo alla colpevolezza dolosa, che richiede un *quid plus*, tanto vero che ciò che *ab origine* si era voluto contestare con l'elevare gli addebiti che si sono elevati non era la (sola) «oggettiva inutilità» bensì la *consapevolezza* di detta *inutilità*, quindi il carattere volutamente *abusivo* degli interventi, perché tutti effettuati in oggettiva assenza di indicazioni chirurgiche e perseguiti per finalità aliena alla cura e al sollievo dell'ammalato.

Se, dunque, con riguardo alla supposta «oggettività» di quest'ultimo punto questa Corte non ha più titolo per interloquire, non può però esimersi dal rivedere **il *fine terapeutico nella sua prospettiva soggettiva***, come realtà psicologica, unitamente alla (eventuale) presenza di atteggiamenti psichici di rimozione o di sottovalutazione del rischio di morte, onde accertare se la fiducia/convincimento nella non verificazione dell'evento da parte di ciascuno dei due imputati fosse davvero così irrealistica – considerando le conoscenze e le capacità in loro possesso nonché le circostanze ad essi note – addivenendosi ad una risposta positiva solo se la prospettiva di «correre» siffatto rischio fosse stata «percepibile» e valutabile da ognuno dei due come un rischio non consentito, dunque “doloso”, la cui assunzione non avrebbe neppure potuto essere presa in considerazione dall' *homo eiusdem professionis et condicionis*.

§- Si vedrà in esito all'esame particolareggiato di ciascun capo di imputazione che il profilo psichico del *dolus eventualis* non è sostenibile, perché non adeguatamente provato da nessuna delle risultanze istruttorie e dibattimentali disponibili: non dalle (molto evocate ma poco scrutinate) intercettazioni telefoniche, del resto intervenute anni dopo, dove l'indicazione chirurgica (in generale e non di questi casi in particolare) viene anzi rivendicata con forza; non dal raffronto delle consulenze tecniche o dal contraddittorio dichiarativo dei consulenti di parte e, men che meno, dalle dichiarazioni rese (da medici e, dunque, tecnici) dagli stessi imputati.

Anzi, di più.

Si vedrà che taluni degli indicatori – in premessa esplicitati dal primo Giudice – non solo non sono replicabili ma taluni di essi, anche a voler prescindere dalla censura di insufficienza *ex se*, ad una più serena rivisitazione delle risultanze dibattimentali, non hanno neppure ricevuto la necessaria conferma nel concreto caso clinico.

Poste, cioè, le premesse teoriche (talune sostenibili anche alla luce degli ‘insegnamenti *Thyssen*’), esse sono risultate contraddette dalla prova del fatto, quantomeno con riguardo al profilo psichico (unico, tuttora, *sub iudicio*) che connotava la decisione interiore degli imputati di operare e, a decisione assunta, che guidava la loro mano di operatori.

Una sola anticipazione esemplificativa ma – si crede di poter dire – emblematica.

Si legge nelle prime pagine della gravata sentenza, in guisa di principio generale e dunque con generale valenza per tutti i casi contestati, anche quelli *de quibus*, che:

«...Occorre ... accertare se, in quello specifico caso, la patologia del paziente, secondo le linee guida, richiedeva quel trattamento, ovvero uno del tutto diverso o comunque meno invasivo e quindi se il bilanciamento costi-benefici rendeva controindicato l'atto chirurgico posto in essere...**L'adozione di un comportamento diverso rispetto a quello suggerito alla luce delle acquisizioni della Comunità scientifica potrà essere attribuito a colpa**

dell'agente ogniqualvolta sia conseguenza di un'erronea valutazione delle condizioni cliniche del paziente, dovuta a negligenza, imprudenza o imperizia, ma non **quando sia frutto di un macroscopico abbandono delle linee guida a priori ed immotivato alla luce della specificità del caso**. Quest'ultimo atteggiamento...rende infatti evidente che il medico non ha avuto di mira l'interesse, il vantaggio del malato, ma rivela già di per sé che il medico stava perseguendo uno scopo diverso. Si nota inoltre che, mentre nel caso di colpa si può trovare una logica spiegazione alla condotta del medico, pur a partire dall'errore che ha condizionato la sua scelta, **nel caso di dolo, l'intervento appare 'ingiustificato/inspiegabile'** o perché anche a priori, guardando alle condizioni specifiche del malato, non si ravvisano i presupposti dell'atto che è stato adottato (...) o perché quel trattamento, pur opportuno in astratto per la cura di quella malattia, risultava però in concreto controindicato per le prevedibili sofferenze che imponeva...» (gravata sentenza pagg. 25, 26).

Orbene, in linea di principio, non si può in effetti misconoscere che un "macroscopico abbandono delle linee guida (compiuto) a priori ed immotivato alla luce della specificità del caso" possa rivestire una connotazione indiziante peculiare, suggestiva della volontarietà di "macroscopica trasgressione", posto che il poter escludere l'opzione chirurgica in concreto intrapresa dal novero di quelle accreditate dalla miglior scienza chirurgica (con argomenti scientifici, ben si intende e, soprattutto, citando le *linee guida* disattese, non evocandole in astratto con formula di stile) può sorreggere e confortare l'accusa di «abusività» dell'atto medico.

Con una sorta di 'benefico effetto domino' quanto ad efficacia e spessore probatorio.

L'accusa di «abusività», infatti, una volta che la si è provata, facilita la prospettazione di una assenza di «consenso informato» del malato – nel suo senso più "vero", ovviamente, non certo inteso come burocratica sottoscrizione di modulistica già predisposta – non potendo razionalmente immaginarsi un 'genotipo' di paziente che vorrebbe essere curato, o anche solo alleviato dalla sofferenza, attraverso pratiche abnormi che la Comunità scientifica più accreditata ed autorevole disconosce e ripudia.

Così, e *a fortiori*, è a dirsi per un consenso "fraudolentemente carpito", mentendo sulla necessità dell'intervento ovvero artatamente ottenendolo per un intervento diverso, meno rischioso e di minima invasività: «...risulta inoltre determinante nella valutazione del dolo o della colpa del medico anche la verifica di come è stato raccolto il consenso del paziente, di come lo stesso è stato informato sulle prospettive dell'intervento e sulle possibili alternative. La centralità del paziente nella scelte delle sue cure impone infatti al medico di dargli una rappresentazione veritiera ed il più possibile completa di tutte le possibili alternative e conseguenze delle scelte terapeutiche propostegli e se questo non avviene, ma al contrario vengono volontariamente taciuti o mistificati alcuni aspetti delle stesse, ciò costituisce un elemento sintomatico della volontà del medico di pretermettere la tutela del malato al proprio diverso scopo, così denunciando il dolo che informa tutta la sua condotta...» (gravata sentenza, pag. 27).

Del resto, solo un trattamento difforme ai dettami della scienza medica, consapevolmente praticato senza effetto benefico alcuno per il paziente, né *quoad vitam*, né *quoad valetudinem* – epperò praticato con il suo sostanziale dissenso (tale dovendo ritenersi un consenso viziato perché prestato sulla scorta di informazioni "distorte" e "fuorvianti") – può dare fondamento alla conclusione adottata dal primo Giudice (confermata dal Giudice dell'appello e non censurata dal Giudice di legittimità) che sia la mera esecuzione dell'atto operatorio in sé, con le 'lesioni' che esso naturalisticamente comporta, ad assumere – o a poter assumere nel concreto assumere – rilevanza penale.

Diversamente, il risultato giudiziario sarebbe di somma ingiustizia oltre che in contrasto con i dettami del diritto penale, giungendosi ad uno stravolgimento dei principi giuridici a detrimento di ogni medico-chirurgo che si trovasse imputato: il reato di lesioni volontarie non più, come dev'essere per tutti, un reato d'evento (dove l'evento, se il paziente sopravvive, è "la malattia nel corpo o nella mente" da provare nel singolo caso clinico divenuto caso giudiziario) bensì un reato di mera condotta, con l'ulteriore eccentricità di una nozione di *malattia* che sarebbe tale solo per la giurisprudenza ma che non avrebbe riscontro alcuno nella scienza medica, l'unica deputata ad elaborarla e a dibattervi con approccio rigorosamente scientifico. E ciò, a tacer d'altro, in aperto contrasto con le SS.UU. della Corte di Cassazione (18/12/2008 n. 2437, rv. 241752), che, giustamente ed ovviamente, hanno fatto propria la nozione 'funzionalistica' di malattia, da tempo accolta dalla scienza medica, in base alla quale malattia non è una qualsiasi alterazione anatomica (*id est*: l'incisione del bisturi sulla cute), ma è un processo morboso, patologico, evolutivo, necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo umano.

Senonché, corrette le predette premesse teoriche, nella loro applicazione al caso concreto neppure il primo Giudice è riuscito ad argomentare sull'aprioristico, immotivato e macroscopico abbandono delle linee-guida che infatti non cita mai quale bibliografia da cui attingere, a differenza – è giusto darne atto – degli imputati che non solo le citano in abbondanza e con pignoleria (mettendo a disposizione della Corte una sterminata letteratura scientifica per invocare una perizia *super partes*) ma hanno cercato di confrontarsi con i risultati ed i progressi raggiunti dalla miglior scienza proprio per scansare la prima e più grave delle accuse mosse loro: l'assenza di ogni indicazione chirurgica.

Il primo Giudice, disattesa detta richiesta istruttoria, è pervenuto ad una conclusione di «abusività», di consenso «fuorviato» e «carpito», di assenza di finalismo terapeutico per altre vie, precisamente quelle indicate alle pagine da 600 a 616.

In sintesi e per riassumere:

- per la **prevedibilità dell'evento infausto** tanto maggiore quanto più intensa era, nei casi di specie, la **gravità del rischio**; in altri termini, l'esito mortale era per tutti e quattro i casi in disamina largamente prevedibile «...per la tipicità delle complicità che hanno causato il decesso ed il rischio del suo realizzarsi era estremamente elevato per VAILATI, SCHIAVO e SCOCCHETTI, pressoché certo con riguardo a DALTO (che addirittura nel corso dell'induzione dell'anestesia aveva avuto uno shock ipovolemico...»;

- per il **rischio non dominabile** che gli imputati sapevano essere tale: «...anche se l'accettazione del rischio è certamente intrinseca a tutte le azioni mediche, nei casi in esame però si trattava di un rischio che già a priori si sapeva non dominabile, visto (recte: viste: ndr) le condizioni estremamente precarie dei pazienti per i quali le complicità inevitabili dell'operazione (quanto alle conseguenze negative degli anestetici sull'equilibrio cardiocircolatorio e dell'intubazione e delle aggressioni ai polmoni sulla dinamica respiratoria) non potevano essere efficacemente contrastate e potevano essere fatali. Gli imputati NON avevano quindi elementi per addivenire alla ragionevole speranza di evitare la morte dei suoi pazienti...» (p. 602);

- per l'**assenza**, in tutti e quattro i casi, dell'**urgenza** di intervenire: «...in assenza di urgenza per i pazienti, la condotta degli imputati si è caratterizzata dunque solo per ingiustificata fretta, fretta che evidentemente era correlata alle esigenze organizzative e remunerative dell'attività del reparto e condizionava anche l'allerta ed il consenso del

paziente dimostrando quindi a sua volta quali erano le motivazioni delle scelte degli imputati...».

“Fretta”, altresì, motivata da spasmodica ricerca di affermazione e prestigio: «...per comprendere...quale fosse stato lo scopo dell’azione degli imputati occorre considerare che se non avessero proceduto in breve all’intervento, avrebbero introdotto delle deroghe inopportune alla loro condotta interventista che doveva assicurare a BREGA la fama di indefesso operatore e la compiacenza della proprietà della clinica che voleva le sale operatorie sempre piene e senza tempi morti, agli altri imputati [qui il plurale è riferibile anche al chirurgo PANSERA Marco, condannato in primo grado ed assolto in secondo grado perché il fatto non costituisce reato, cioè a dire per mancanza di dolo nel caso SCOCCHETTI: ndr] la piena sintonia con il primario che ne stava favorendo le carriere, permettendo loro di sperimentarsi anche in interventi chirurgici che altrimenti non avrebbero potuto fare (così come è confermato da più di una delle intercettazioni telefoniche).

Trattavasi inoltre di interventi di interesse scientifico dal momento che come si è potuto chiaramente evincere dagli articoli scientifici prodotti dalla stessa difesa del dr BREGA, le operazioni toraciche in pazienti ultraottantenni ed in specie l’asportazione del tumore solitario era oggetto di sperimentazione in considerazione dell’innalzamento delle aspettative di vita della popolazione. Parimenti dalla stessa casistica dell’Istituto dei Tumori acquisita su iniziativa delle parti si evince che il talcaggio bilaterale non rappresenta di certo un intervento di routine (in detta casistica infatti ne risulta solo uno) e probabilmente era interesse degli imputati impraticarsi ed abbreviare i tempi di realizzazione che anche per la sig.ra MACCARELLI si erano prolungati oltre le due ore...» (p. 609);

*- per l’**assenza** di **cautele** pur «...vertendosi in situazioni estremamente a rischio...» cosicché «...la reiterazione di queste plurime condotte scorrette nel corso di tutti gli interventi ora in considerazione, appare un indice fattuale pregnante per desumere che anche il rischio di peggiorare la condizione del paziente non aveva trattenuto gli imputati dall’intervenire una volta di più...»;*

*- per una sorta di “**reiterazione qualificata**”: «...i comportamenti scorretti e rischiosi contestati agli imputati nei 4 casi in esame appaiono reiterati sia con riferimento al singolo paziente, sia nella considerazione comparativa della condotta adottata con riguardo a ciascuna delle imputazioni di omicidio e si innestano in una sequela di attività ingiustificatamente dannose ed a rischio poste in essere anche ai danni di altri pazienti, per cui si è pervenuti all’affermazione di responsabilità dei prevenuti per il reato di lesioni volontarie...»;*

*- per il «...**comportamento mistificatorio**...» (inteso come minimizzante e, dunque, fuorviante) «...posto in essere nell’ottenere il consenso del paziente, presupposto di liceità dell’attività terapeutica...» (pag. 606);*

*- per una “**impunità**” su cui far conto: «...né gli imputati avevano da temere la denuncia dei familiari dei pazienti che già erano consapevoli delle condizioni a rischio dei loro cari per via dell’età e delle varie patologie di cui erano portatori e che nessuna obiezione avevano sollevato nel corso del ricovero (senza chiedere un momento di ripensamento, un consulto esterno, affidandosi totalmente ai prevenuti...» (pag. 608).*

§- La prima delle constatazioni è che – eccezion fatta per quest’ultimo elemento circostanziale (da ricondursi, in senso lato, alla c.d. *prima formula di Frank*) – **nessuno dei suindicati rimproveri mossi agli imputati è idoneo a ricondurre l’evento letifero**

nell'alveo dell'elemento volitivo, semmai il contrario: alla luce degli insegnamenti delle SS.UU. (THYSSEN) pressoché tutti (la prevedibilità dell'evento; l'accettazione del rischio di verifica della morte, o accelerazione della morte, del paziente, già defedato dalla malattia, a tacere delle «omesse cautele») attrarrebbero le condotte nel perimetro nozionistico della colpa cosciente, tanto che – secondo la censura mossa dal Giudice rescindente – essi possono sorreggere il dolo (anche *eventuale*) delle lesioni a monte della pratica chirurgica ma “...non possono invece valere di per sé a integrare la prova (anche) della sussistenza dell'elemento psicologico, diverso e ulteriore, del più grave delitto di cui all'art. 575 cod. pen...”.

Elemento psicologico, in effetti, non provato giacché – lo si deve ribadire – insussistente. Come si vedrà, trattando caso per caso.

5.1.

§- **la morte di SCHIAVO Antonio (capo 46)** – paziente di anni 85, affetto da broncopatia cronica, tredici anni prima della sua morte, avvenuta il 21 febbraio del 2006, aveva subito un infarto al miocardio ed era perciò portatore di un duplice *by-pass* aorto-coronarico con arteria mammaria interna.

Sei mesi prima del suo ricovero presso la Clinica Santa Rita, si era sottoposto ad un intervento chirurgico per periartrite calcificascapolo-omerale sinistra (su arto non dominante, quindi).

La circostanza va subito riportata giacché elide in radice ogni disquisizione – che molto ha impegnato il primo dibattimento – sul rischio anestesilogico, grandemente rimarcato nelle imputazione e assai valorizzato dalla gravata sentenza, che, per contro, in tutti e quattro i casi in disamina ma, in special modo quello riguardante il paziente SCHIAVO Antonio, non solo non ha avuto inferenza eziologica alcuna nella sua morte, ma – stante il recente intervento operatorio subito dal paziente – non consente neppure di affermare che la sua classificazione (in ASA III/IV) costituisse una controindicazione pressoché assoluta (con la sola eccezione degli interventi d'urgenza e “salvavita”, tale non potendosi ritenere quello pregresso e precipitato subito già da ultraottuagenario).

SCHIAVO Antonio era stato ricoverato il 12 febbraio 2006 e sottoposto a RX toracica, unitamente a TAC, i cui esiti avevano evidenziato un addensamento parenchimale nodulare di “*natura eteroformativa*”, che il Tecnico Sanitario di Radiologia Medica aveva consigliato di indagare con ago bioptico.

I medesimi esami radiologici facevano, altresì, emergere linfonodi sopra il centimetro in sede paratracheale, nella finestra aorto-polmonare ed in sede precarenale.

Non risultava, per contro, versamento pleurico pericardico.

Nonostante, lo stesso dott. BREGA MASSONE, in data 15 febbraio, a tre giorni dal ricovero, avesse consigliato un approfondimento diagnostico, in data 18 febbraio, il paziente, nel frattempo trasferito in chirurgia toracica, risultava già in lista per una nodulectomia in effetti effettuata il 21 di febbraio, con un rischio anestesilogico classificato, come già detto, ASA III/IV.

SCHIAVO Antonio era deceduto durante l'intervento chirurgico, giacché nel corso di una manovra di lisi del legamento polmonare inferiore per la liberazione del relativo lobo si era verificata una lacerazione cardiaca con una emorragia massiva ed inarrestabile, nonostante il clampaggio da parte dei chirurghi.

Il paziente decedeva nonostante il tentativo di massaggio cardiaco interno e la rianimazione farmacologica.

Si legge nella scheda operatoria:

«...all'apertura del cavo pleurico si repertano tenaci aderenze parietali che vengono lisate con elettrocauterio. Visualizzazione del nodulo polmonare a carico del lobo sup. sx. in sede ilare, asportabile unicamente mediante lobectomia superiore.

Si procede, quindi, a lisi del ligamento polmonare inferiore, per liberazione del lobo inferiore.

Durante tale manovra, in altra sede, si evidenzia emorragia ingravescente a livello parasternale ed in prossimità della parte inferiore della toracotomia, a partenza da lacerazione imprevedibile del miocardio. Si eseguono manovre di clampaggio della breccia miocardica, in presenza di emorragia profusa che viene arrestata. Immediata sutura della breccia miocardica a punti staccati e running. Tuttavia la grave ed improvvisa instabilità emodinamica del paziente nonostante le manovre rianimatorie, porta ad asistolia...».

§- L'imputazione contesta (*ut supra*) un intervento inutile ed inspiegabile nonché ingiustificato ed ingiustificabile.

Sembrava trovare sostegno, ancorché sotto il profilo della colpa grave e non del dolo, nelle iniziali consulenze SQUICCIARINI e SARTORI, ove si legge:

-nella prima: "...non effettuata l'autopsia, in cartella non risulta eseguita l'ago-biopsia della lesione polmonare, come indicato dal radiologo che ha eseguito la tac torace, per cui non si hanno informazioni sulla natura della lesione polmonare e sulla **reale necessità** dell'intervento in un paziente a rischio operatorio elevato...";

-nella seconda: "...nonostante l'età, un precedente by-pass aorto-coronarico e la situazione cardiaca tutt'altro che brillante, si decide di operarlo senza esame istologico. E già questo è grave. Durante l'intervento, in toracotomia laterale destra [in realtà è sinistra: ndr], mentre si procede a lisi di aderenze, si verifica una lacerazione del cuore con emorragia inarrestabile seguita da decesso. Il chirurgo sostiene la tesi, assai improbabile di rottura spontanea del cuore ma non richiede l'autopsia. **Del sospetto tumore, che ha portato all'intervento, non c'è traccia. È un caso, a mio giudizio, di gravità estrema...**".

L'espletato dibattito ed il confronto fra specialisti non consente più di affermare né, per vero, lo consentiva l'esito del giudizio di prime cure, che "del sospetto tumore" non vi fosse traccia.

La formazione neoplastica c'era ed il confronto dibattimentale lo ha provato con empirica certezza scientifica.

Gli imputati hanno ribadito – dopo aver evidenziato una difformità di localizzazione del "addensamento etero formativo" tra il referto del radiologo e la visione diretta dell'immagine/TAC (mai effettuata dai Consulenti della Pubblica Accusa) – che l'approccio chirurgico non era affatto eccentrico o "inspiegabile", giacché il sospetto diagnostico era quello di un nodulo solitario al polmone, al quale la letteratura scientifica assegna una percentuale di malignità oscillante fra l'84 e il 90%.

Sebbene, infatti, i noduli polmonari solitari possano avere diverse eziologie, nella concreta specie, i dati di anamnesi del sig. SCHIAVO marcatamente orientavano nel senso sospettato per plurimi indicatori, quali:

1) il passato di fumatore del paziente; 2) il livello elevato del CEA (Antigene carcinoembrionario) pari a 19,98 a fronte di un parametro di normalità inferiore a 3,40; 3) lo stesso reperto TAC che evidenziava una neoformazione (a ciò sembra riferirsi l'improprio: "addensamento di natura etero-formativa") delle dimensioni di cm. 3,5, quando "...le dimensioni sono anche un ottimo indicatore di malignità. La stragrande maggioranza dei noduli superiori ai 2 cm è a carattere maligno, mentre il 50% è la percentuale dei noduli maligni con diametro inferiore ai 2 cm. se superiore a 3 cm l'incidenza di malignità è tale

da giustificare l'asportazione di queste lesioni senza alcuna controindicazione..." (CHEST, 2003, vol. 123).

Tutti i consulenti – anche e, soprattutto, chi, tra gli specialisti, prendeva per la prima volta visione in dibattimento ed in contraddittorio della TAC – ne hanno dovuto convenire ed anche se il decesso intraoperatorio del paziente non ha consentito la diagnosi certa, attraverso l'esame istologico della neoformazione, non essendo stato prelevato il nodulo né un suo frammento, più voci processuali hanno considerato il referto suggestivo di un (pressoché certo) carcinoma polmonare:

MARTELLI (Difesa/BREGA) – *...allora innanzitutto bisogna fare un'analisi della tac; bisogna guardare la tac, e la tac dimostra che in campo polmonare nel lobo superiore, ma in campo medio polmonare, esiste una neo formazione che è di chiaro aspetto neoplastico. Non ci sono dubbi...tenendo conto degli anno e che gli oncologi – loro dicono – “no, noi superati gli ottant'anni non facciamo più chemioterapia...(...)...se il paziente sta bene, io propongo l'intervento...(...)...quell'immagine è un'immagine fortemente sospetta per un tumore. È ovvio, è ovvio che noi andiamo all'intervento il più delle volte con la diagnosi di presunzione, io presumo che noi andiamo all'intervento il più delle volte con la diagnosi di presunzione: io presumo che questa sia una neoplasia polmonare, perché sennò diventa una cosa veramente folle!...*

AVATO (Difesa/BREGA) – *...se posso giungere qualcosa a sintesi, l'indicazione all'intervento in questo caso deriva da due tipi di considerazioni. Uno di tipo morfologico, l'immagine che noi vediamo è l'immagine di una massa piuttosto importante, frastagliata a contenuto non omogeneo, quindi altamente sospetta...*

CALATI (Difesa/PRESICCI) – *...nella totalità dei casi questa è una lesione di natura tumorale, secondo i dati TAC...(...)...le immagini radiografiche, prima radiografica e poi tac, con una immagine, guardando la tac, certa direi per neoplasia polmonare...*

DIFESA (avv. MAZZOCCHI) – *senta anche la descrizione che il radiologo fa alla tac ci descrive una neoplasia polmonare, cioè un altissimo sospetto di neoplasia polmonare?*

CALATI (Difesa/PRESICCI) – *sì.*

DIFESA (avv. MAZZOCCHI) – *perché?*

CALATI (Difesa/PRESICCI) – *perché tutte le caratteristiche radiografiche, la forma, le dimensioni, il tipo di margini, i rapporti con le strutture polmonari depongono per un tumore maligno, cioè per un cancro al polmone, cioè per un tumore nato nel polmone...*

PISANO (C.T. del Resp. Civ.) – *...la prima cosa che entra indubbiamente in discussione per le caratteristiche del nodulo, per la disomogeneità, per la sua forma irregolare, per il fatto che assume mezzo di contrasto, la prima diagnosi differenziale è una: di un tumore del polmone. Dopodiché possono entrare in discussione altre ipotesi, tipo quella di un vecchio focolaio di addensamento in fase di consolidamento, di un addensamento polmonare, però sono tutte...generalmente, ecco, non hanno questa caratteristiche...(...)..., allora io qui cosa vedo? Vedo indubbiamente un tumore del lobo superiore del polmone sinistro, certamente non un tumore in sede apicale, ma un tumore profondamente localizzato dentro il lobo superiore del polmone sinistro, in una posizione molto prossima ai grossi vasi, cioè è un nodulo – io lo dico in tutta coscienza e in tutta onestà – fortemente suggestivo per un cancro al polmone. Poi la certezza me la dà soltanto un esame istologico, ma io di fronte ad un reperto di questo genere qui, io mi sarei sentito di porre indicazione all'intervento...avrei posto indicazione all'intervento chirurgico...per un cancro al polmone...*

MARENGHI (C.T. del P.M.) – ...*sì quella cosa grossa lì è il tumore, quindi bello grosso, bello anche posteriore...*

DIFESA (avv. BELLANI) – *nella sua valutazione, questa immagine che lei ha visto la può descrivere?, cioè: dal suo punto di vista, è una immagine sospetta?, altamente sospetta?, nella sua esperienza, eh...*

MARENGHI (C.T. del P.M.) – ...*sì, è una immagine sospetta, sicuramente...*

RONCHI (C.T. del P.M.) – (che al pari di tutti i Consulenti della Pubblica Accusa ha preso visione solo in aula dibattimentale delle immagini TAC, constatando la fondatezza del rilievo difensivo circa l'imprecisione del referto stilato dal radiologo, non puntualmente descrittivo delle immagini quanto alla localizzazione del nodulo polmonare) – ...*effettivamente c'è una discrepanza diagnostica tra il referto del radiologo che indica che c'è una neoplasia, un tumore apicale...(...)...e invece il referto descrittivo del chirurgo che parla di un tumore che è presente in sede ilare (...). Comunque non è sicuramente apicale e quindi c'è una discordanza di valutazione...*

§ - *l'elemento psichico doloso, secondo la motivazione del primo Giudice* (alle pagine 813, 814, 815, 816) –

«l'analisi del complessivo comportamento degli imputati denota chiaramente che gli stessi avevano deciso di sottoporre il sig. SCHIAVO, di 83 anni, portatore di by pass, ad un intervento di chirurgia maggiore radicale come la lobectomia, a prescindere, anche in questo caso, dalle stesse indicazioni del radiologo che aveva effettuato la tac, senza limitarsi nemmeno ad una biopsia in VATS, essendo pienamente consapevoli, come loro stessi hanno riconosciuto, della possibile presenza di aderenze laddove era stato realizzato il bypass e della possibilità che non fosse stata realizzata una ricostruzione del pericardio. Gli imputati avevano quindi accettato, insieme ai rischi più generali che un paziente definito ASA III/IV comunque affronta all'esito di un intervento fortemente afflittivo come una lobectomia, anche il rischio del prodursi dello specifico evento che ha portato alla morte il paziente da individuarsi in una lacerazione del muscolo cardiaco in zona retrosternale...».

Detta consapevolezza nell'accettare “il rischio del prodursi dello specifico evento” sarebbe provata:

- dal fatto che entrambi gli imputati *«...si fossero determinati ad un intervento radicale come la lobectomia in forza di un sospetto diagnostico non dovutamente approfondito...»*,
- dal fatto che per *«...assicurarsi il consenso del paziente la diagnosi e l'intervento gli sono stati prospettati come sicuri e banali, mistificando volontariamente la realtà...»*,
- dal fatto di *«...essere pervenuti alla decisione di intervenire chirurgicamente non solo ignorando le linee guida dell'ars medica, ma addirittura discostandosi dall'indicazione del radiologo che aveva effettuato la tac (e) che aveva suggerito di procedere ad un'agobiopsia...»*,
- dalla *«...scelta di operare ad ogni costo...»* desumibile *«...dal fatto che gli imputati non avessero atteso nemmeno il risultato dell'esame citologico (pervenuto il giorno dopo l'atto operatorio), nonostante mancassero di una diagnosi precisa...»*,
- dall'elevato rischio operatorio (*«...esagerato per un intervento non necessario ad un giudizio quo ante...»*), dipendente dall'età anagrafica e dalle condizioni generali di salute, materializzatosi con la constatazione delle difficoltà a procedere che pure non li ha fatti desistere: *«...gli imputati, poi, quando, avendo riscontrato tenaci aderenze parietali, ancora erano in tempo a soprassedere alla lobectomia...sono andati avanti nel programma*

originario senza neanche a questo punto fermarsi almeno a verificare la situazione del muscolo cardiaco.

Hanno proseguito quindi nello stesso modo incauto che aveva caratterizzato prima il loro processo decisorio...»,

- dal fatto che «...nessuno avrebbe controllato l'appropriatezza del loro operare, non la clinica Santa Rita e nemmeno i familiari del paziente...».

5.1.1. La presente decisione (sul caso SCHIAVO, capo 46) –

È questo, tra i quattro in esame, l'unico caso in cui il Procuratore Generale nel corso del precedente giudizio di secondo grado aveva chiesto la riqualificazione giuridica del fatto di reato, da *omicidio volontario* (ex art. 575 c.p.) in *omicidio preterintenzionale* (ex art. 584 c.p.) giacché – pur provato il “consueto” atteggiarsi psichico degli imputati (operare ad ogni costo, senza finalità terapeutiche ma di mero profitto, accettando il decesso del paziente quale esito largamente prevedibile per l'elevato rischio operatorio) – nel caso di specie il decesso del paziente non era derivato da un peggioramento delle sue condizioni iniziali ma da un'errata manovra chirurgica che, da un lato, integrava, sì, un rischio largamente prevedibile ma, dall'altro lato – nella prospettiva mentale dei due chirurghi – un rischio dominabile, operando con abilità e perizia.

In altri termini – asseriva in allora la Pubblica Accusa – poiché l'evento letifero risulta essersi verificato per cause diverse da quelle preventivamente accettate dagli imputati si doveva constatare un difetto di prova, da valutarsi necessariamente in *favor rei*, in ordine ad un profilo invece necessario ad integrare l'elemento psichico del *dolo eventuale* involgente l'accettazione dell'evento.

Tuttavia, in questo giudizio di rinvio, *melius re perpensa*, la Pubblica Accusa – fermi restando i presupposti fattuali – ha ritenuto più aderente ai fatti di causa l'originaria qualificazione giuridica di *omicidio doloso*, ricorrendo nel caso di specie l'ipotesi di costruzione dogmatica dell'*aberratio causae* o *itineris causarum*.

§- Questa Corte deve necessariamente dissentire da quest'ultima prospettazione che reputa non evocabile nella specie, sia perché essa si configura quando il processo causale avuto di mira dall'autore di un reato si sia svolto, per un errore nella sua esecuzione, in maniera diversa da quella voluta – ed è semmai compatibile con il dolo diretto, qui escluso *ad origine* financo dal primo Giudice (v. pag. 587: “...la condotta in addebito ai chirurghi...non può certo dirsi diretta intenzionalmente a provocare il decesso dei pazienti...”) – sia perché l'*aberratio causae*, nella specie, finirebbe per risolversi in un *modus discensus* per eludere l'imputazione soggettiva: vero che, una volta provata la volontà, diviene indifferente la diversità della causa ai fini della qualificazione giuridica, ma nella specie è proprio il momento *volitivo* ad essere il *punctum dolens* (probatorio e motivazionale).

Ed allora non può che prendersi atto del fatto che la motivazione del dolo offerta dalla gravata sentenza non può essere convalidata in questa sede di rinvio del gravame giacché non solo in contrasto coi principi dettati dalle SS.UU. (che ha inesorabilmente cassato, per ora senza soverchie speranze di riesumazione, la *teoria della rappresentazione* e dell'*accettazione del rischio*), non solo perché (già) sanzionata dal Giudice di legittimità rescindente ma, principalmente, perché ancorata ad elementi positivi più adatti a motivare la colpa (*id est*: la fretta di procedere; il procedere senza cautele; il procedere senza *step intermedi et similia*) ed affermata in forza di presunti dati circostanziali (*id est*: il consenso

carpito mistificando, la diagnosi di neoplasia incerta e propinata quale alibi per procedere ad ogni costo) che non trovano riscontro agli atti ed anzi da questi sembrerebbero smentiti.

Ed invero:

- L'incertezza della diagnosi tumorale era comprensibile ipotesi accusatoria iniziale (alla luce di quell'epigrammatico accenno del prof. SARTORI: "*del tumore non c'è traccia*") ma al primo approccio dibattimentale è risultato palese che detta incertezza dipendeva non dal dubbio che la neoplasia potesse non esservi bensì da una non piena cognizione del caso clinico da parte dei consulenti della Pubblica Accusa: lo si è visto più sopra. Tutti i medici ascoltati in contraddittorio non hanno poi avuto dubbi e si sono espressi univocamente.

Se, dunque, i dottori BREGA e PRESICCI – avendo visionato non solo il referto del radiologo ma preso diretta visione delle immagini, com'era del resto doverosamente esigibile – si fossero espressi con il paziente ed i suoi congiunti nel senso di una (ragionevole) certezza circa la presenza di una neoformazione tumorale, essi non solo non avrebbero mentito o strumentalmente enfatizzato la patologia ma non si sarebbero neppure sbagliati: e dalla verità non si possono trarre spunti suggestivi di dolo, perché la replica difensiva – di avere operato nel ragionevole convincimento di poter asportare una neoformazione maligna – non è superabile, risultando così neutralizzata l'accusa di aver effettuato una "*...operazione estremamente invasiva come una lobectomia in toracotomia su di una persona di oltre 85 anni senza una diagnosi a motivare l'opzione chirurgica...*" (pag. 801 e ss.).

- L'omissione (peraltro senza poterla connotare di volontarietà) dello *step* intermedio (dell'agobiopsia) – a corollario della "inutilità" dell'intervento – non può essere affidata al parere del C.T. di Parte Civile (comprensibilmente definito vago e poco professionale dalla Difesa/PRESICCI) del seguente tenore: «*...se è stato consigliato, penso di sì...io non sono chirurgo toracico, però se un radiologo consiglia, lui ha visto l'immagine, io ho visto solo le carte...no, l'immagine non l'ho vista...*».

Si deve, inoltre, osservare come – ascritto dall'imputazione quale intervento inutilmente aggressivo ed "inspiegabile" – all'esito del dibattimento, lo si è sanzionato non già come "abnorme" ma solo come frettoloso giacché non preceduto da agobiopsia, sull'ovvio, tacito, presupposto che quest'ultima avrebbe confermato con *certezza* trattarsi di carcinoma polmonare:

«*...Si osserva...che i consulenti del P.M. che pure non hanno negato che la morfologia del nodulo dava conto di un forte sospetto oncologico, hanno altresì illustrato perché questo "sospetto" non era sufficiente a giustificare un intervento chirurgico maggiore. Infatti...(...)...i rischi dell'agobiopsia erano certamente inferiori a quelli dell'intervento chirurgico e la ripetizione di questo esame avrebbe potuto assicurare la sicurezza ed accuratezza diagnostica che sola avrebbe potuto sostenere la decisione di procedere ad un intervento grave come una lobectomia in un paziente che aveva comunque un rischio operatorio elevato (valutato ASA III/IV dall'anestesista...)*» (pag. 802 della gravata sentenza): il che è solo un diverso modo di affermare che l'intervento non era *ex se* "inspiegabile" ed "incomprensibile" ma che sarebbe divenuto spiegabile e comprensibile se solo si fossero attesi gli esiti della meno rischiosa agobiopsia. Conclusione che – a prescindere dal diverso opinare scientifico dei CC.TT. delle Difese (che in questa sede di rinvio si è costretti a ignorare) – attrae il caso nell'alveo, diremmo scolastico, della *colpa medica*.

- Ha ritenuto, ancora, il primo Giudice «*...evidente...*» che «*...il consenso del paziente è stato carpito tramite delle false rassicurazioni e senza la prospettazione di alcuna*

alternativa diagnostica e terapeutica...» (pag. 808) giacché «...l'audizione della figlia e del nipote del paziente ha fatto emergere come il consenso del paziente fosse stato illecitamente carpito sull'affermazione di una diagnosi sicura che invece non era stata ancora acquisita, sulla pretesa di una urgenza in realtà insussistente e dell'assenza di rischi operatori...» (sentenza di primo grado, pag. 805).

La sostanziale certezza della neoplasia polmonare maligna su cui – come si è appena visto – si sono espressi concordemente tutti i consulenti, consente di concentrarsi solo sulla “illiceità del consenso” per via della (supposta) maliziosa minimizzazione dei rischi, deliberatamente celati al fine di ottenerlo.

Sul punto, questa Corte deve rilevare che detta “minimizzazione” sembra porsi in contrasto logico con la testimonianza del nipote del paziente (OCCHIUZZI Simone: ud. del 23/09/2013, p. 50) il quale ha riferito non solo della iniziale preoccupazione del nonno ma, significativamente, di non aver voluto sostituirsi a lui nella sottoscrizione della relativa scheda informativa: stati d'animo e comportamenti “concludenti” compatibili con rischi fatti palesi più che con rischi “occultati”:

«...all'inizio anche lui era un po' preoccupato...» e discutendone con il nonno, OCCHIUZZI Simone aveva commentato *«...“per me se i medici dicono così, io mi fido, quindi operati”, però gli ho detto: “io non me la sento di firmarti il consenso, anche perché hai 85 anni, hai avuto due bypass, è una scelta che devi fare te”. E così poi ha fatto perché il consenso io non l'ho firmato e neanche mia madre...»*.

Al teste è stato, a tal proposito, richiesto di precisare (in particolar modo dal Presidente del collegio d'Assise) se il nonno fosse lucido ed egli ha risposto affermativamente.

Non si vede, dunque, da quale prova né indizio trarre convincimento di un consenso “dolosamente estorto”.

- La gravata sentenza – in questo e negli altri casi – delinea un “rischio” di morte prevedibile ed anzi previsto.

Insufficiente detta *prevedibilità* per tutti i casi, per il caso SCHIAVO non sembrerebbe essere neppure così, almeno stando ai pareri tecnici dei Consulenti del Pubblico Ministero (quelli delle Difese li si vogliono ancora una volta pretermettere, non perché meno autorevoli od affidabili ma sol perché circoscritto è il mandato che qui si deve svolgere).

A mente della causa della morte, si constata cioè che neppure le prove d'accusa riescono a confortare – e per vero neppure adombrare – un profilo psichico doloso.

Il prof. SARTORI (chirurgo toracico C.T. della Pubblica Accusa) – pur liquidando come improbabile che la breccia miocardica sia stata “spontanea” – si esprime nel senso di un “incidente” non prevedibile:

“...è molto probabile l'incidente sia avvenuto proprio in questa fase, quando si tentava di separare il lobo superiore sinistro, che era quello che si voleva asportare, dal cuore e l'emorragia si è verificata in questo frangente...” (ud. 10 giugno 2013, pag. 36).

P.M. – ...un chirurgo che opera un soggetto che ha già avuto una operazione di by pass aortocoronarico...nei rischi che accetta di correre mette anche la certezza di dover tagliare delle aderenze?

SARTORI – *non credo, perché intanto deve saperlo. Non è certo che capiti tutti i giorni di operare un paziente a sinistra di lobectomia superiore sx che ha fatto un by pass aortocoronarico non è un'evenienza così frequente, quindi immaginarla prima dell'intervento può esser anche difficile. Se uno ha una grossa esperienza, sì, ma se uno ha una esperienza limitata, no...*

Nello stesso senso – di “incidente intraoperatorio” – si esprime anche il prof. RONCHI (medico legale e C.T. della Pubblica Accusa):

“...Il chirurgo che operava ben sapeva che avrebbe potuto andare incontro a delle complicanze mortali, ma quali? Dobbiamo porci questa domanda. Quelle che sono tipiche di una persona che versa in una condizione di assai labile compenso e quindi insufficienza cardiorespiratoria, in primis. In realtà poi il signor SCHIAVO non viene a morte per nessuna di queste complicanze che erano ampiamente prevedibili dal chirurgo operatore, ma viene a morte per causa completamente diversa, per quello che potremmo definire un incidente intraoperatorio...(...)...

...sul perché, sul per come, quale sia la sede esatta della lacerazione del cuore si possono dire molte cose, probabilmente il Prof. SARTORI potrà essere anche più preciso. Se si sia lacerato l'atrio sinistro, piuttosto che l'atrio destro o un ventricolo, credo più difficilmente, se tutto ciò sia legato ad un'azione diretta dello strumento chirurgico piuttosto che ad una lacerazione nel tentativo di liberare aderenze a fronte di un tessuto miocardico fragile come può essere l'atrio, tutto sommato credo sia cosa forse utile a titolo di completezza dello studio del caso, ma forse non particolarmente utile sotto il profilo del nesso causale...” (ibidem pagg. 37 e 38),

e più oltre, a pagg. 42 e 43: *“...ribadisco che ho usato questo termine, questa espressione, cioè ho parlato di incidente intraoperatorio nel senso che il chirurgo operando, liberandosi dalle aderenze, cercando di liberarsi dalle aderenze, molto probabilmente in questa fase e non per una diretta azione dello strumento chirurgico utilizzato impropriamente, in questa fase, molto probabilmente ebbe a cagionare una lacerazione del tessuto cardiaco provocando di conseguenza la grave emorragia...”*;
“...non dimentichiamoci che il chirurgo ebbe ad incorrere in un colpevole errore – scusate se mi permetto – che configurerebbe l'omicidio colposo...comunque si configurare un colpevole errore per aver lacerato il cuore in corso d'intervento chirurgico e così cagionando la morte. Ma più chiaro di così non capisco, al di là di questo la breccia mioacardica, la rottura di cuore cagionata non era un fatto assolutamente prevedibile da parte del chirurgo, è stato un imprevisto che costituisce comunque un addebito a suo carico perché espressione di un colpevole errore...”;

a pagg. 46, 47: *“...io capisco soltanto che ad un certo punto dell'intervento, tutto sommato compatibilmente anche con un'ora dopo, ad un certo punto il chirurgo si rende conto di aver lacerato il cuore e questo cagiona la morte. Per il resto io non sono in grado di dare altre risposte...”*.

Sono affermazioni – portate dal consulente dell'Accusa – che non solo non sorreggono l'imputazione di dolo ma che, riconducendo il fatto nell'ambito dell'errore di manualità chirurgica, escludono che l'intervenuta lacerazione del miocardio possa essere definita una conseguenza tipica ed altamente prevedibile dell'evento: il che – laddove non vi fosse l'obbligo di dualità nella qualificazione giuridica di cui si è abbondantemente detto in premessa – escluderebbe persino la sussistenza della colpa cosciente, lasciando spazio alla sola colpa incosciente.

Come riconosce – senza alcun fraintendimento – la stessa gravata sentenza, salvo poi – per le ragioni più sopra esplicitate – propendere per la fattispecie dolosa: *“...il prof. RONCHI, anche se si esprimeva con riprovazione rispetto alla condotta dell'imputato, affermava a sua volta che la breccia miocardica da cui si era sviluppata l'emorragia fatale non era una evenienza prevedibile...” (pag. 790).*

- il rischio “non dominabile” –

il primo Giudice lo ha ritenuto sussistente e valutato come indizio di coscienza e volontà perché gli imputati – essendone consapevoli – lo hanno cionondimeno affrontato, non avendo «...*elementi per addivenire alla ragionevole speranza di evitare la morte dei suoi pazienti...*»: «...*anche se l'accettazione di un rischio è certamente intrinseca a tutte le azioni mediche, nei casi in esame però si trattava di un rischio che già a priori si sapeva non dominabile...*».

Il prof. SARTORI ha sottolineato la notevole difficoltà dell'intervento (essenzialmente per la presenza di aderenze e l'assenza del pericardio), soprattutto per il chirurgo senza sufficiente esperienza.

Il dott. BREGA, per contro, nel ribadire l'imprevedibilità dell'incidente intraoperatorio si è espresso con la sicurezza di chi, in altri frangenti, avrebbe potuto benissimo padroneggiarlo, trattandosi di un «...*intervento partito fondamentalmente come un intervento di routine. Cioè se io avessi avuto un problema di questo tipo in una pleuropneumonectomia poteva succedere perché sono interventi molto più complessi; in una lobectomia sicuramente nessuno di noi avrebbe mai ipotizzato che potesse succedere una cosa del genere...*» (ud. 27/11/2013, pag. 97).

È lo stesso atteggiamento mentale che si ritroverà nel caso di Maria Luisa SCOCCHETTI (v. *infra*) ed è concludente, a giudizio di questa Corte, della presunzione (nell'intimo sentire del chirurgo agente) di un rischio niente affatto ingovernabile, anzi, semmai, il contrario: di un eccesso di sicurezza nelle proprie abilità, del resto in perfetta sintonia con l'altissima opinione che il dott. BREGA aveva di sé.

Il che potrà giustificare una censura per sicumera e pretenziosità non certo di callida accettazione dell'evento-morte, che non dovrebbe essersi neppure affacciato alla mente di chi nel corso dei numerosi processi subiti si è visto rimproverare l'ossessiva, plateale, sfacciata esternazione delle proprie competenze chirurgiche.

Se quest'ultimo biasimo ha mai avuto un fondamento per l'odierno giudicabile, allora si deve logicamente e per coerenza riconoscere che modo di porgersi più lontano dall'elemento volitivo non potrebbe esservi, tanto da essere affrontato in giurisprudenza quale tipico atteggiamento interiore nell'ambito della c.d. «colpa per assunzione» ravvisabile, per solito, a carico di chi cagiona un evento dannoso, essendosi assunto un compito troppo ardimentoso per sé, che non è in grado di svolgere secondo il livello di diligenza richiesto all'agente modello di riferimento.

In ambito sanitario, è il tipico addebito mosso al medico specializzando. Nulla a che vedere con ciò che si è ascritto ai dottori BREGA e PRESICCI.

«...*Addirittura, la Corte d'Assise, con un eloquente lapsus, parla di un "proseguire [l'intervento] nello stesso modo incauto che aveva caratterizzato prima il loro processo decisorio". Ma assenza di cautela vuol dire colpa, che è proprio l'atteggiamento che, tutt'al più, potrebbe essere ravvisato nel caso in questione, sotto il profilo di quella sopravvalutazione delle proprie capacità che la stessa accusa ha addebitato più volte al dott. BREGA e che è tipica della colpa cosciente (...).*

Né, ovviamente, il dolo di morte del sig. SCHIAVO può essere ravvisato, in nessuna accezione del dolo eventuale e neppure operando le più ardite acrobazie logiche, con riferimento alle modalità di redazione della cartella clinica o addirittura alla "contraddittoria descrizione della causa della morte, laconicamente riferita ai familiari del sig. SCHIAVO..." (Motivi aggiunti nell'interesse dell'imputato BREGA MASSONE, a pag. 39).

Questa Corte ne conviene.

Il dolo eventuale non può essere provato esclusivamente sulla base di un rischio operatorio che si assume elevato o “eccessivo”, neppure – ed anzi soprattutto – se quest’ultimo è messo in relazione alle classi ASA, che riguardano altro (*id est*: il rischio anestesiológico = sopravvivenza all’intervento).

Il dolo eventuale non può essere affermato se non v’è alcuna incomprensibile deviazione dalle linee guida, che si assumono violate ma le (rare) volte in cui le si citano sembrano più sostenere la versione difensiva (dell’indicazione chirurgica) che non quella accusatoria (della gradualità degli *steps*): “...anche in pazienti con funzionalità cardiaca e respiratoria limitata, in caso di elevato sospetto di malignità [e quello del signor SCHIAVO raggiungere il 92,6%: ndr], l’opzione chirurgica è ammissibile nonostante che una resezione limitata sia associata a una maggiore percentuale di recidiva e una tendenza a una sopravvivenza minore...” (dall’inglese, pag. 1178, ACCP, 2007; *idem* linee-guida del CNR, 2002, citate dal C.T. SQUICCIARINI).

Il dolo eventuale non può essere ribadito se – dopo aver, in via teorica, affermato che «...la lesione è immediatamente riscontrabile nell’atto operatorio in sé “...con riferimento ai casi nei quali l’intervento chirurgico non è neppure contemplato fra le prestazioni somministrabili in relazione alla patologia...” riscontrabile in concreto...» (gravata sentenza, pag. 33 con citazione testuale di Cass. V, 13/06/2013 nel processo “gemello”: n. 18228/07); se – dopo aver premesso, del tutto condivisibilmente che «...la non adesione alle linee guida deve quindi essere giustificata in forza del sapere scientifica accreditato, e non in modo autoreferenziale, e deve essere declinata in modo aderente alla situazione clinica affrontata...» (gravata sentenza, pag. 22) – si scoprono atti processuali disseminati da pubblicazioni scientifiche, stralci di letteratura specialistica, interventi in convegni, copie di riviste prestigiose, tutti richiamati dagli imputati per non essere *autoreferenziali* e dimostrare che – almeno soggettivamente – *l’intervento chirurgico era, sì, contemplato fra le prestazioni somministrabili in relazione alla patologia.*

Non solo. Secondo le c.d. ACCP – elaborate dall’*American College of Chest Physicians* – in presenza di taluni presupposti clinici ed anamnestici l’approccio chirurgico (nel caso SCHIAVO, curativo e non meramente diagnostico) deve considerarsi quello di elezione, in deroga alla affermata necessità (affermata dal Consulente SQUICCIARINI e fatta propria dall’impugnata sentenza) della gradualità negli *steps* diagnostico-terapeutici (prima i c.d. mezzi poco invasivi e l’intervento chirurgico solo *come extrema ratio*).

Non può dunque essere superato – ragionevolmente – il dubbio che, soggettivamente, entrambi gli imputati ritenessero il caso clinico-SCHIAVO sussumibile nelle previsioni della suddetta fonte scientifica.

Il fatto di reato va pertanto riqualificato nel suo *nomen juris*, come già implicitamente evidenziato dalla Corte di legittimità.

5.2.

-la morte di VAILATI CANTA Giuseppina (capo 47) –

Paziente di anni 83, si presentava in Pronto Soccorso in data 15 marzo 2006 lamentando (da circa tre mesi, secondo le sue stesse indicazioni) una tumefazione sovraclaveare sinistra di sospetta natura tumorale, un edema all’arto inferiore sinistro, algia all’arto superiore sinistro ed un significativo calo ponderale (avendo perso circa 11 chili in sei mesi).

All’atto del ricovero la signora appariva lucida ed orientata.

Nel riferire i suoi dati anamnestici, ella indicava un episodio di scompenso cardiaco risalente a circa cinque anni prima, una non meglio precisata “cardiopatia congestizia” (5) e una ipertensione in trattamento farmacologico.

L'esame obiettivo rivelava la presenza di una lieve dispnea, tachicardia e una evidente adenopatia sovraclaveare sx che – a seguito di ecografia collo addome – veniva descritta come “...sostenuta dalla presenza di un pacchetto di noduli ovalari ipoecogeni coalescenti e conglobati del calibro singolo che supera i 4 cm disposti a formare una massa del calibro di 12-14 cm di verosimile natura adenopatica...Una voluminosa massa polilobata solida ipoecogena formata da nodulazioni conglobate si localizza a livello della regione celiaco mesenterica causando impronta e dislocazione del peduncolo epatico dell'asse portale e del pancreas, caratteri macroscopici di tipo adenopatico, sparse altre tumefazioni della stessa natura anche in sedi lombo-aortiche ed iliaca superiore...”.

Veniva chiamato il dott. PRESICCI che poneva l'indicazione per una biopsia chirurgica a scopo diagnostico.

Egli in particolare scriveva: “Tumefazione dura e fissa alla palpazione, di verosimile pertinenza linfonodale non pulsante, con ulteriori adenopatie mediastiniche. **Utile ricovero onde eseguire biopsia chirurgica a scopo diagnostico. Si ricovera in chirurgia toracica**”.

Necessario precisare da subito che l'intervento proposto dal dott. PRESICCI, odierno imputato, è un intervento diverso dalla VATS, sia da un punto di vista clinico che – per quanto dovrà dirsi poi – da un punto di vista economico.

Accadeva, tuttavia, che il giorno successivo (16/03/2006), prendendo diretta visione della radiografia effettuata dalla signora VAILATI all'atto del suo ingresso in PS, il dott. PRESICCI notava ciò che il radiologo non aveva segnalato nel referto e ad ore 12,00 annotandolo in cartella richiedeva “TC torace-addome con mdc per **valutazione di sospetto versamento pleurico, adenopatie mediastiniche e epatiche**” ed in effetti la TC collo-torace-addome metterà in evidenza: “Grossolane adenomegalie a carattere patologico, soprattutto in sede latero-cervicale sinistra e in corrispondenza dello stretto toracico superiore. Tali adenomegalie superano i 3-4 cm e sono assai disomogenee per aree necrotiche centrali...(...)...**Da segnalare, inoltre, versamento pleurico bilaterale con atelectasia compressiva dei parenchimi adiacenti...**”.

Il 17/03/2006, alle ore 14.00 circa, la paziente entrava in sala operatoria per subire una VATS destra per intalciamento pleurico così descritta in atti:

“...I TEMPO: drenati 900 cc (esame citologico negativo per neoplasia), resezione di un frammento del lobo polmonare superiore, biopsie multiple della pleura. Talcaggio e posizionato drenaggio.

II TEMPO: incisione sovraclaveare sinistra, si procede a liberazione parziale della massa che appare vascolarizzata...”.

La paziente rientrava in reparto alle ore 17.00.

Le sue condizioni erano discrete e stabili. L'EGA riscontrava una buona saturazione (93%) e una pressione sanguigna di 130/80.

Alle ore 20.00 si registrava una lieve dispnea con SO₂ 86% e una disfagia ai cibi solidi (cioè una difficoltà ad ingerire detti alimenti).

5 «...Non esiste la cardiopatia congestizia...(...)...esiste lo scompenso cardiaco congestizio che in linea generale è correlabile ad una miocardiopatia sclero ipertensiva, cioè che si verifica in quei soggetti che hanno un aumento della pressione arteriosa, che può determinare una ipertrofia del ventricolo sinistro fino allo sfiancamento e quindi una situazione di edema polmonare, che configura l'edema congestizio...» (C.T. Difesa, ORSETTI).

Il 18/03/2006, ad ore 12,00 si constatava un improvviso aggravamento delle condizioni della signora, con dispnea, difficoltà respiratorie, un peggioramento della saturazione, un calo della pressione sanguigna, iperglicemia ed anuria.

Nel diario clinico si annotava: sudorazione abbondante, diffusa marezza cutanea, oscillazioni nella frequenza cardiaca, *shock*.

Veniva disposto un consulto tra chirurghi ed anestesisti che concordemente decidevano di non procedere ad interventi di rianimazione (intubazione).

Trascorrevano altri due giorni in condizioni gravissime ma stabili.

Nella notte tra il 21 ed il 22 marzo 2006, VAILATI CANTA Giuseppina entrava in fase terminale: diveniva dispnoica, difficilmente contattabile, peggiorava la funzionalità renale e tutte le funzioni vitali.

Alle ore 2.20 ne veniva constatato l'*exitus*.

Le ragioni della ritenuta *inutilità dell'intervento* possono essere lette da pagina 677 della gravata sentenza in avanti. Ciò, in questa sede, non può essere più posto in discussione. Deve esserlo però con riguardo al profilo soggettivo.

Se "oggettivamente" «inutile e dannoso» per giudicato, "soggettivamente" è tutto ancora in discussione, dovendosi decidere se l'intervento praticato non poteva rappresentare agli occhi degli operatori una soluzione plausibile, razionale, con fondamento scientifico rispetto non solo e non tanto ad esigenze diagnostiche quanto piuttosto per il controllo e il contenimento dei versamenti pleurici a fini di palliazione.

Tanto più avendo riguardo – sia pure in un visione retrospettiva operata con gli attuali strumenti di conoscenza processuale – alla causa di morte che gli imputati – e con loro le consulenze mediche in atti – hanno segnalato come altamente probabile: una sopravvenuta embolia polmonare nonostante i presidi impostati (dal dott. PRESICCI, nello specifico) per scongiurarla.

§ - l'elemento psichico doloso, secondo la motivazione del primo Giudice (alle pagine 711, 712, 713, 714) –

«...L'elemento soggettivo caratterizzante il comportamento degli imputati in esame emerge in primo luogo dall'assenza del consenso informato della paziente, mancanza che...ha riguardato...gli elementi fondamentali dello stesso quali il rischio che affrontava e le stesse manovre operatorie più invasive che andava a subire...».

Il primo Giudice – che ha dedotto la mancanza di consenso informato dalle "scarne notizie" riportate sul relativo documento – ha escluso mera sciatteria e superficialità nella compilazione traendone il convincimento di un "doloso silenzio" (*«...il consenso della paziente risulta infatti esserle stato "carpito", dal momento che non solo non le erano neanche state prospettate le azioni chirurgiche che si andavano a compiere, ma nemmeno i rischi gravi a cui veniva esposta...»*): *«...E non si è trattato di certo di una mera trascuratezza nella redazione delle schede del consenso. Infatti l'assenza stessa di una precisa diagnosi preoperatoria e pure l'impossibilità di giustificare un talcaggio "in prevenzione", dal momento che mancava una sintomatologia attuale che lo potesse motivare, spiegano il perché all'intervento si fosse potuti pervenire solo spiegando in modo approssimativo e per difetto a cosa la paziente andava incontro, fatto ancor più grave trattandosi di una malata qualificata a rischio operatorio ASA/III addirittura IV...».*

Ancora ha desunto il più grave dei coefficienti psichici da:

– l'assenza di uno scopo terapeutico, emergente *«...in concreto sia dalla fretta di operare (a meno di 48 ore dal ricovero, con un'indagine ed un supporto del tutto carente delle sue*

condizioni), sia dallo stesso iter esecutivo dell'intervento che ha avuto di mira dapprima delle biopsie pleuriche, la wedge (che qualificava dal punto di vista economico l'intervento) ed il talcaggio (senza che nemmeno l'esame al congelatore avesse fornito una risposta diagnostica) e solo in un secondo tempo la biopsia alla massa sovraclaveare che era stata l'unica finalità prospettata alla paziente...»;

– la “frettolosità” escludente l'errore e rivelatrice di altro: «...è evidente dunque che non sono stati gli errori di valutazione a determinare le scelte degli imputati, ma la volontà di procedere ad un intervento a prescindere da tutto...»;

«...l'accettazione del rischio del suo decesso proprio perché estremamente elevate e note erano le probabilità che la signora andasse incontro ad uno scompenso delle sue competenze cardiologiche e respiratorie che già erano critiche e su cui avrebbe inevitabilmente inciso in senso peggiorativo un atto operatorio non certo minimale, ma complesso...»;

– l'assenza di cautele: «...gli imputati hanno **agito senza adottare nessuna possibile cautela** ma sono passati ad operare la paziente dopo neanche 48 ore dal suo accesso al reparto, senza nemmeno una diagnosi precisa, nonostante nello stesso referto tac fosse stata indicata la possibilità di procedere ad una biopsia in endoscopia...(...)...Nemmeno è stato consultato il medico di famiglia della signora ovvero un oncologo per verificare se non si poteva evitare alla signora un intervento rischioso sia sotto il profilo delle conseguenze letali che lo stress chirurgico poteva attivare...»;

– un agito chirurgico senza che ricorresse l'urgenza «...ed anche il fatto che avessero saltato tutti gli steps diagnostici e palliativi previsti dalle linee guida...»;

– le modalità operative, denotanti una sorta di abitudine e reiterazione: «...il comportamento adottato nel caso di specie dagli imputati **non risulta un fatto isolato** ma ripropone un modus operandi che si è accertato essere stato utilizzato anche in vari altri casi proprio secondo lo stesso copione: fretta ad agire, nessuno step diagnostico e terapeutico per arrivare subito all'atto operatorio a prescindere sia dalla considerazione delle condizioni generali del paziente e del concreto beneficio che avrebbero potuto apportarle, sia dal suo consenso...»;

– la certezza di impunità per via del «...concorrente interesse della clinica in cui gli imputati operavano all'aspetto remunerativo della loro attività e non già alla qualità ed appropriatezza delle loro scelte terapeutiche (che) avevano sempre assicurato BREGA e PRESICCI dell'**assenza di controlli** sotto questi ultimi profili...».

In sintesi, l'elemento psichico ritenuto risulterebbe provato dalla esigibile condotta contraria che – nella gravata sentenza – viene individuata nel non agire affatto:

«...gli imputati non avevano dunque alcun elemento su cui fondare la ragionevole convinzione di potere evitare l'evento infausto verificatosi, che proprio per come si è manifestato era largamente prevedibile e che proprio per le condizioni precarie della signora sarebbe stato ingovernabile, ragione per cui l'unica cautela da adottare era quella di evitare l'intervento chirurgico, così come tutte le altre manovre non necessarie...».

5.2.1. La presente decisione (sul caso VAILATI CANTA, capo 47) –

Non può essere conforme a quella adottata in prime cure.

A partire dal “dissenso” per “sviamento della volontà” della paziente dedotto dai primi Giudici dalla mera laconicità della modulistica (“...nessuna attenzione era stata prestata alla volontà della paziente ed anzi...la sua decisione era stata fuorviata...”) che, però, non ha alcun riscontro probatorio positivo (silenti sul punto gli atti e in contrasto con la prova logica giacché il superare a tal punto la volontà del malato presuppone un grado di malizia e

callidità da far preordinare il contrario: un consenso-scritto inappuntabile nella forma e rimasto incompreso dal paziente nella sostanza), tutto ciò che si è argomentato a sostegno del profilo psichico doloso non vale a provarlo. Neppure se SS.UU. THYSSEN fosse mai intervenuta perché un'azione sbrigativa, precipitosa, non approfondita e superficiale, caratterizzata da trascuratezza, neghittosità ed assenza di cautele – questo è in sostanza ciò che, in fine dei conti, è rimasto dell'addebito di omicidio doloso – è un esempio, diremmo scolastico, di condotta colposa, di grado più o meno elevato.

Basti, per convincersene, il riferimento alla deposizione del prof. SARTORI, il cui parere scientifico moltissimo ha pesato nel convincimento del primo Giudice, all'evidenza soverchiando quelli dei Consulenti delle Difese, pur di pari, certamente non inferiore, competenza ed autorevolezza.

Ha così precitato il prof. SARTORI che, nel caso clinico in esame, per ottenere una diagnosi di una massa tumorale così voluminosa sarebbe bastata una ripetuta agobiopsia che avrebbe garantito maggiori «...possibilità di ritrovare cellule neoplastiche che non un'incisione chirurgica superficiale...» (ud. 10/06/2013, pag. 48).

Vero che – ha aggiunto il professore – le possibilità di insuccesso sarebbero state significative ma bastava reiterarla, giacché solo se la neoplasia è completamente necrotizzata allora lo scopo diagnostico è frustrato:

«...la diagnosi si poteva e si doveva raggiungere con l'agobiopsia in sede sovraclaveare destra, perché c'era una grossa massa e quindi se non riusciva il primo tentativo sarebbe riuscito il secondo o il terzo, il quarto o il quinto, insomma si doveva continuare a pungere fin quando non si otteneva la diagnosi...» (ud. 10/06/2013, pag. 53).

«...fare una biopsia con un ago, come si fa normalmente con un ago deputato alle biopsie, può venire tranquillamente una biopsia positiva come può venire una biopsia negativa. Se viene negativa la biopsia si ripete fino a quando diventa positiva, a meno che la massa non sia tutta necrotica nel senso che del tumore sono rimaste poche cellule, la gran parte sia materiale necrotico sul quale non si riesce a fare la diagnosi...» (ibidem, pag. 46).

Quanto poi al risultato negativo della biopsia chirurgica prodotto nella specie, nonostante fosse certa la vastità della malattia neoplastica che affliggeva la paziente, il teste è stato lapidario nell'indicare mera imperizia:

«...è molto più facile fare diagnosi con una biopsia transparietale che non con una biopsia chirurgica, soprattutto se questa viene fatta con bisturi elettrico, che può bruciare quelle poche cellule neoplastiche che ci sono, parliamo dei linfonodi sovraclaveari. Quindi il fatto che sia venuta negativa con la diagnosi a cielo aperto vuol dire semplicemente che il chirurgo che ha fatto quell'esame non lo sapeva fare...» (ibidem, pag. 47).

Orbene, se neppure l'implacabile e severo teste d'accusa riesce ad andare oltre l'errore procedurale (*id est*: non aver raggiunto una diagnosi con l'esecuzione di una biopsia a cielo aperto per avere usato il bisturi elettrico, che ha “bruciato” le cellule tumorali, per avere prelevato materiale biologico insufficiente e così via), non vi è chi non veda come nessun'altra delle prove disponibili potrà mai confortare e sostenere la tesi accusatoria di un intervento chirurgico consapevolmente abusivo.

Neppure l'omissione che la Corte di *prime cure* addebita all'imputato PRESICCI in particolare e ad entrambi gli imputati in generale, fa trasmodare il rimprovero nell'alveo doloso, e cioè a dire il non avere essi fornito “...nessuna esaustiva spiegazione (...) con riferimento al fatto che non fosse stata verificata la patologia della paziente attraverso un'agobiopsia delle adenomegalie più facilmente raggiungibili, come per esempio quelle ascellari, che fra l'altro, non essendo vascolarizzate e vicine a vasi sanguigni importanti

avrebbero dato meno problemi nel prelievo e meno rischi di complicanze...” (gravata sentenza pag. 704).

A parte, invero, il fatto che sullo specifico punto, gli imputati potrebbero non aver fornito spiegazione perché argomento mai posto in contraddittorio su cui, pertanto, nessuno dei consulenti è stato chiamato a pronunciarsi, ma a parte ciò ove mai il relativo addebito potesse per davvero essere mosso si tratterebbe pur sempre di una (pretesa) omissione di un comportamento (asseritamente) esigibile: ancora una volta nulla di probatoriamente significativo, quanto al dolo.

Né maggior fortuna si ha valorizzando una presunta, inutile aggressione al parenchima polmonare (“...dal momento che non erano stati segnalati aspetti di patologia a carico della pleura viscerale o del polmone che legittimassero questa asportazione...(...)...non vi era alcuna necessità di procedere alla precision resection ed alle biopsie pleuriche...”: pag. 705); quest’ultima è, infatti, conclusione fondata sul travisamento di una delle prove (come meglio si illustrerà più oltre, *sub* 6 in merito alla, inesistente, a parere di questa Corte giudicante, aggravante teleologica).

L’indicazione fornita dagli imputati – sempre riguardata secondo una analisi introspettiva – è stata avallata (all’udienza del 3/02/2014) dai CC.TT. della Difesa (di entrambi gli imputati) e non smentita dai CC.TT. della Pubblica Accusa, che hanno, quantomeno, riconosciuto l’origine neoplastica del versamento pleurico (“...era un cancro broncopolmonare, insomma...”: prof. RONCHI) e, dunque, hanno indirettamente confermato la prevedibilità della recidiva, prevedibilità che, secondo la prospettazione difensiva, rendeva inutile la toracentesi e faceva loro prediligere la VATS:

«...l’indicazione non è data dal fare una diagnosi, ma è data dal versamento pleurico bilaterale. Allora senoi guardiamo questa TAC, vi prego di guardarla tutti quanti, vi spiego subito che al 90%, senza una certezza assoluta ma almeno al 90%, si tratta di un linfoma, perché occupa il mediastino, tutto il mediastino superiore e peraltro a livello nominale ci sono dei linfonodi...(...)...Ho spiegato perché la toracentesi non va, perché lo sappiamo tutti, tutti! Chi ha esperienza in chirurgia toracica sa benissimo che il versamento che si riforma è un versamento che incarcera il polmone. La parola “trapped lung”, che basta aprire Google, polmone incarcerato, lo sanno tutti che cos’è.

Il versamento recidivante il versamento che si ripete, che viene sottoposto a toracentesi ripetute, permette e fa sì che il polmone venga incarcerato e lì nessun toracosopia o videtoroscopia o toracotomia può riportare il polmone a parete. Ecco perché io vi invito, anche in ospedale da me invitavo i miei oncologi: “ragazzi, il versamento pleurico va tenuto sotto stretta osservazione, perché rapidissimamente diventa un versamento massivo, non dopo sei mesi, dopo quaranta giorni ti ha bloccato il polmone”...l’indicazione ancora una volta, lo ripeto, è soltanto a favore del paziente perché possa avere quella quantità di vita che sicuramente un polmone incarcerato non gli potrà mai più dare. Vi assicuro che morire per mancanza di fiato è una cosa bruttissima...» (prof. MARTELLI, per la Difesa, 3/02/2014, da pag. 125 e oltre).

“Palliare” – ha spiegato sempre il prof. MARTELLI – significa *«...dare al paziente la qualità della vita...»* ed il *«...versamento pleurico fatto precocemente senza aspettare troppo che il polmone non si riespanda più ha una sua valenza...»* (3/02/2014, pag. 89).

Il Giudice rescindente di legittimità ha tracciato il perimetro entro il quale mantenersi: *“...l’indagine tesa a riscontrare la presenza, nell’animo dell’agente, dell’elemento psichico del dolo eventuale esige una speciale cautela, che si traduce sul piano degli esiti processuali – come puntualmente osservato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 38343 del 2014 – nella (consueta) conseguenza per cui, in tutte le situazioni probatorie che*

permangono incerte o irrisolte alla stregua della fondamentale regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, codificata nell'art. 533 comma 1 cod. proc. pen., il giudice deve attenersi al principio del favor rei, ed escludere quindi l'imputazione soggettiva più grave in favore di quella meno grave (costituita, nel caso di specie, da quella preterintenzionale)...".

L'indagine compiuta in questa sede di rinvio ha messo seriamente in discussione la radicale drasticità dell'asserzione conclusiva che ha portato alla più severa delle condanne ("...Non c'erano i presupposti per procedere all'intervento di talcaggio realizzato dagli imputati, non la precisazione diagnostica, non l'osservazione clinica, non l'attualità della sintomatologia invalidante per la paziente, non la verifica di metodologie meno invasive come toracentesi e cure farmacologiche...": sentenza, pag. 704).

La conclusione opposta è, quindi, doverosa, oltre che maggiormente aderente al compendio probatorio disponibile.

La "terza via", autonomamente proposta dai primi Giudici – evidentemente in veste di *periti peritorum* giacché non è dato di rinvenire accenni in tal senso da parte di alcuno dei Consulenti escussi, né dell'Accusa, né della Difesa, né delle altre Parti processuali – e cioè a dire il non aver percorso la strada di una "...*biopsia dei linfonodi del comparto paratracheale, ascellare o addominale...*" non è risolutiva al fine qui d'interesse che è, e rimane, uno soltanto: dimostrare che gli odierni imputati avevano un tale interesse ad effettuare il talcaggio in VATS sulla signora VAILATI e al relativo profitto che la rappresentazione anticipata della morte della paziente, pur percepita come evento ingiusto (anche) per l'evidente fragilità dell'ammalata, non li distolse dal proposito di procedere comunque all'intervento, avendo deciso, in forza di una scelta *razionale*, di dar spazio al proprio egoistico interesse patrimoniale ed aderire "*ponderatamente*" e "*consapevolmente*" (come esige il Giudice di legittimità, facendo uso degli avverbi *de quibus* l'uno rafforzativo dell'altro) alla sua (probabilissima) morte.

La dimostrazione non è però riuscita.

Il fatto di reato deve essere giuridicamente riqualificato nella fattispecie non dolosa.

5.3.

-la morte di SCOCCHETTI Maria Luisa (capo 48) –

Paziente di anni 65, nell'anno 2001 le veniva diagnosticato un carcinoma mammario (duttale infiltrante) alla mammella sinistra.

Ella era stata in cura, prima, presso l'ospedale di Lodi, poi, di Casalpusterlengo, ove nel febbraio del 2001 le veniva praticata una mastectomia radicale sinistra. Aveva subito dieci cicli di chemioterapia. Nel novembre del 2002 la malattia si era propagata a livello polmonare e, nel 2004, anche a livello epatico (con sospetta localizzazione ossea).

Cionondimeno, il costante supporto farmacologico aveva consentito alla paziente di conseguire "...*una buona risposta di malattia...*", di mantenere "...*buone condizioni cliniche generali...*" e tollerare "...*abbastanza bene la CT in atto...*" (dall'anamnesi oncologica, 5/01/2006, dott. Giuseppe TANSINI, cartella clinica, Ospedale di Casalpusterlengo).

La medesima cartella – mai visionata dai Consulenti della Pubblica Accusa – registrava, in data 22/03/2006, un versamento pleurico sinistro sensibile alla somministrazione della terapia chemioterapica tanto da essere descritto in via di "riduzione" (ancorché fosse, probabilmente, già recidivante visto l'esito di una Rx al torace del 9/11/2005 del seguente tenore: "...*si apprezza piccolo addensamento parenchimale in sede medio-laterale di destra*

a cui si associa riscontro di obliterazione del seno costodiaframmatico sinistro, da riferire verosimilmente a versamento pleurico contestuale in fase di organizzazione...”).

Negli ultimi tempi, la signora lamentava cefalee, con dolori alla fronte, sicché si sospettava una estensione tumorale anche cerebellare.

In data 27 luglio 2006, un'altra Rx al torace evidenziava la “presenza di versamenti pleurici alle basi (sx e dx), cui seguiva una prima toracentesi eseguita in data 2 agosto 2006.

A partire da questo momento la patologia – estesasi alla pleura – diveniva sintomatica tanto che la paziente viene, con sempre maggior frequenza, descritta come dispnoica in condizioni di sforzo. Anche banali, del vivere quotidiano:

BREGA – *dunque...arriva innanzitutto con mezzi propri, però basta che la paziente scenda dalla macchina e vada al Pronto Soccorso che ha già una saturazione dell'88% e quindi questo già dimostra che la paziente ha difficoltà respiratorie...*

In data 11 agosto 2006, SCOCCHETTI Maria Luisa si sottoponeva ad una ecografia del torace che registrava conclamata recidiva del versamento pleurico (“*Eco torace: nuovo versamento pleurico, maggiore a destra, si fanno le toracentesi*”) che sarà nuovamente presente in data 16 agosto 2006 (con nuova evacuazione a mezzo di toracentesi), ed ancora in data 21 agosto 2006, ed infine in data 15/09/2006.

Medio tempore, in data 29 agosto 2006, la signora lamentava dispnea da sforzo (“*soggettivamente riferisce ancora dispnea da sforzo*”).

In data 22/09/2006 nella cartella clinica veniva annotata una dispnea ingravescente. Più precisamente: “*da qualche giorno accentuazione della dispnea e tosse piuttosto secca, insistente...RX torace: opacità (alle) entrambe le basi, a dx estesa...per versamento pleurico*”.

In data 2 ottobre 2006, in cartella si poteva leggere: “*pz dispnoica...toracentesi evacuativa: aspirati 1050 cc di liquido ematico*”.

In data 2 ottobre 2006, l'oncologo curante (dott. Giuseppe TANSINI) – constatate le ripetute, inefficaci toracentesi – scriveva di suo pugno l'indicazione di una “VATS con talcaggio” ed indirizzava la paziente al Reparto di Chirurgia Toracica della Clinica Santa Rita.

Sentito in qualità di teste all'udienza dell'8/01/2014, il dott. TANSINI precisava, fra l'altro, che – seguita da anni per un tumore alla mammella “*...che ad un certo punto è andato in progressione a livello epatico e polmonare...*” – “*...ad un certo punto della sua storia clinica, la paziente ha cominciato a manifestare la comparsa di questo versamento pleurico...(...)... Io ricordo che abbiamo fatto noi una toracentesi perché la signora non respirava bene, cosa che si fa, abbiamo tolto una certa quantità di liquido...(...)...*

Successe che in pratica, se non ricordo male, nel giro di una settimana il versamento...si era riformato. A questo punto collegialmente ci si era riuniti e si era valutata l'opportunità di non procedere (...)...cioè se era possibile fare quello che è definito un talcaggio...(...)...

Noi siamo oncologi, al massimo noi facciamo una toracentesi, ma una valutazione da parte del pneumologo, del chirurgo toracico per sapere se era possibile fare questo talcaggio, cioè questo piccolo intervento in cui dopo aver drenato il liquido, loro immettono una sostanza che crea una specie di cicatrice sulla pleura per evitare che si formi il versamento. Sempre con l'intenzione di fare star meglio la paziente, farla respirare meglio, evitare di farle avere altri versamenti e non continuare a bucarla, cioè non continuare a prelevare con la toracentesi...”.

L'indicazione alla VATS proveniva, dunque, da un consulto di oncologi a conoscenza della storia clinica della paziente, che avevano constatato l'impraticabilità (per accertata inutilità)

di una ennesima toracentesi e che consideravano il talcaggio a mezzo di videotorascopia una alternativa utile o comunque doverosamente esplorabile:

TANSINI – *“...essendosi riformato il versamento che cosa si poteva fare per evitare di continuare a fare queste toracentesi? Siccome nel nostro campo sappiamo che il ricorso ad un possibile talcaggio può essere valutato, si era deciso di valutare questa possibilità...”*.

Il primo a ritenere che ci fossero i presupposti per un proficuo talcaggio non fu il dott. BREGA bensì l'oncologo di fiducia della paziente che – in difformità a quanto hanno reputato i CC.TT. della Pubblica Accusa – non considerava affatto l'ammalata in una condizione pre-terminale sicché oramai insuscettibile di un trattamento attivo in senso oncologico:

P.M. – *...il talcaggio ha delle controindicazioni rispetto alla prospettiva di vita della paziente...?*

TANSINI – *...è chiaro che se la prognosi di una paziente può essere calcolata a quindici giorni, a un mese, non ha molto senso. Non era il caso della signora SCOCCHETTI. La prognosi era di diversi mesi ancora...la signora fino a quindici giorni prima stava ancora facendo una terapia attiva e quindi non l'avevamo giudicata in uno stadio preterminale o terminale, perché altrimenti non avremmo scelto di fare una chemioterapia...*

In data 10/10/2006, la signora SCOCCHETTI faceva, dunque, ingresso al Pronto Soccorso dove il medico di turno accettante ne disponeva il ricovero: *“Giunge in PS per versamento pleurico bilaterale recidivo e viene immediatamente trasferita presso il Reparto di Chirurgia Toracica”*.

In quest'ultimo reparto veniva accolta dal dott. PRESICCI, odierno imputato ma non per il caso in disamina, che ne raccoglieva il c.d. consenso informato.

Il che è stato stigmatizzato dai primi Giudici:

“...il consenso non viene nemmeno raccolto da BREGA, ovvero dal chirurgo che avrebbe operato e, soprattutto, che aveva parlato con il Dottor TANSINI, ma da PRESICCI, che non aveva nemmeno avuto modo di conoscere direttamente il caso...” (sentenza di primo grado, pag. 762).

Quello stesso 10 di ottobre la paziente veniva sottoposta a «TAC addome completo» e a «TAC torace» che documentava l'iniziale diagnosi: *“versamento pleurico bilaterale, il destro con estensione apico-basale, il secondo di minore entità...Stasi del piccolo circolo con sospetto di piccola nodulazione alla base destra. Marcata atelectasia compressiva bilateralmente alle basi”*.

Effettuava, altresì, il colloquio con l'anestesista che, all'esito dell'osservazione, redigeva la scheda pre-operatoria, assegnandole un rischio anestesiologicalo ASA III.

È una scheda che omette aspetti clinici anche significativi: non fa menzione della dispnea da sforzo lamentata dalla paziente: non si menzionano le plurimetastasi di cui la malata era portatrice (limitandosi ad una *“lieve epatomegalia”*, quando gli esami di laboratorio aveva accertato un *“fegato aumentato di volume, steatosico, e disseminato di lesioni iperdense e ipodense soprattutto il VI segmento, una delle quali di sicuro significato secondario ad aree di rigenerazione”*); vengono omesse le indicazioni farmacologiche complete (si parla di chemioterapia genericamente senza indicare quali farmaci chemioterapici la paziente aveva assunto); si specifica di non aver preso visione (*“...in attesa visione...”*) né della TAC torace né della TAC encefalo. Negligenze, non v'è dubbio, ed anche trascuratezze ma ascrivibili all'anestesista non ai chirurghi.

Il giorno successivo, 11 ottobre 2006, alle ore 11,15 SCOCCHETTI Maria Luisa veniva sottoposta a VATS bilaterale con talcaggio avente non già funzione curativa, impossibile

nel suo caso in ragione della patologia oncologica irreversibile, bensì con funzione palliativa.

Questo è ciò che il dott. BREGA MASSONE – e con lui il dott. Marco PRESICCI (condannato in prime cure ed assolto in secondo grado) – hanno sempre strenuamente sostenuto giungendo ad affermare (si rimanda alla copiosissima letteratura scientifica, chiamata a testimonianza) che non solo la procedura di videotoracosopia, mono e bilaterale, con pleurodesi chimica, nei pazienti oncologici è intervento d'elezione ma che (avendo l'intalcamento la funzione di eliminare il sintomo, cioè la dispnea, e a prevenirne la recidiva invalidante) la condizione patologica in cui si trovava la signora SCOCCHETTI ne faceva la "candidata modello": *"...i pazienti con diagnosi di malignità del versamento pleurico possono essere sottoposti a pleurodesi mediante talco in VATS se rispondono ai seguenti requisiti: *fallimento o inefficacia dei trattamenti sistemici (chemioterapia, radioterapia...), *dispnea ingravescente, dopo breve tempo dalla toracentesi evacuativa...per rapido riformarsi del versamento, *assenza di polmone intrappolato..."* (tratto da: *Chirurgia toracica e videoassistita. Principi indicazioni tecniche*, a cura di vari AA., Trento, 2006, Cap: "Versamento pleurico", una sola delle molteplici citazioni bibliografiche di cui l'imponente mole degli atti processuali è disseminata).

Cionondimeno, il primo Giudice ha ritenuto che:

"...Per la signora SCOCCHETTI era del tutto palese che mancavano i presupposti per l'intervento dal momento che all'atto operatorio si procedeva senza una previa precisa considerazione della sua patologia tumorale (la TAC toracica non era stata valutata dall'anestesista, quella all'encefalo era stata effettuata solo nel mattino dell'intervento chirurgico, senza che si procedesse alle indagini ulteriori ivi suggerite), senza la verifica dei tempi di recidiva del versamento a sinistra, nonostante il ricovero in Pronto Soccorso fosse stato effettuato espressamente per "versamento pleurico recidivo a destra" con un consenso espresso chiaramente solo per la VATS di destra, con l'eventualità di procedere anche a sinistra se vi fossero state condizioni favorevoli..." (gravata sentenza, pag. 614).

Ha ritenuto, altresì, che l'intervento non avesse alcuno **scopo diagnostico** *"...dal momento che la paziente era seguita da un oncologo con una chemioterapia ancora attiva, aveva già subito numerose toracentesi ed aveva ancora un versamento cospicuo, quindi la sua condizione patologica era già conosciuta e comunque per accertarne l'evoluzione si poteva procedere all'esame del liquido pleurico e solo nel caso di un'esplicita richiesta del dr TANSINI si doveva procedere a dei prelievi istologici, limitati comunque a delle biopsie e non estesi come una precision resection..."* (pag. 726).

Ha ritenuto che non avesse neppure uno **scopo palliativo** essendo *"...comunque possibile evitare un intervento chirurgico ed optare per "l'inserimento in permanenza del catetere" per il drenaggio..."* ed anche se il Consulente della Pubblica Accusa aveva riconosciuto che *"...il talco in questo caso aveva un senso, perché c'erano anche metastasi pleuriche...e in questo caso poteva mirare a far sì che il versamento non si presentasse più..."* rimaneva significativa ed assorbente la sua conclusione: *"...certo in una paziente così il buon senso suggeriva l'inserzione di un catetere che evacuasse il liquido e basta. Però di suo l'intervento aveva una logica, quello che non ha nessuna logica è di farlo contemporaneamente dalle due parti..."*. Invero, *"...la VATS bilaterale ha messo fuori uso entrambe le pareti toraciche contemporaneamente e probabilmente se la VATS fosse stata fatta da una parte sola non ci sarebbe stato l'esito infausto..."*.

Insomma si è trattato di *"...un intervento ad alto grado di complessità che notoriamente comporta importanti alterazioni peggiorative della funzione respiratoria che persiste per giorni. Complessivamente si delineava nella fattispecie, un intervento gravato di rischi*

elevati per complicità mortali soprattutto nel postoperatorio....qui si è in presenza di una **imprudenza macroscopica** al di là di ogni limite di ragionevolezza...un intervento chirurgico consapevolmente rischioso si giustifica solo a fronte di un imminente pericolo di vita...» (relazione Collegio-RONCHI, CC.TT. del Pubblico Ministero).

Inde, la conclusione dei primi Giudici:

«...alla luce di quanto sopra riportato, esaminate con attenzione anche le osservazioni dei consulenti indicati dagli imputati e quanto da questi ultimi dichiarato, la Corte ritiene che l'intervento cui è stata sottoposta la Signora SCOCCHETTI, per come realizzato dagli imputati, non risultasse giustificato dal punto di vista terapeutico e non fosse nemmeno supportato da un valido consenso della paziente, tale da legittimare l'assunzione di rischi addirittura maggiori rispetto ai benefici a priori prospettabili...Anche le modalità dell'intervento con riguardo alla realizzazione contestuale di un talcaggio bilaterale, sono risultate del tutto ingiustificate attese le condizioni cliniche della paziente...».

Sono state conclusioni aspramente contestate dalla Difesa e dall'imputato personalmente.

La sentenza di prime cure ha recepito integralmente le considerazioni medico-legali effettuate dal Collegio/Ronchi (composto da CC.TT. del Pubblico Ministero: dott.ri RONCHI, CAMPARI, LOCATELLI, MARENGHI): «...data la natura tipicamente recidivante del versamento pleurico del paziente neoplastico, è possibile optare per l'inserimento a permanenza di un catetere...».

Sul punto, le Parti si sono lungamente confrontate contrastandosi con obiezioni logiche e scientifiche ma a questa Corte è inibito oggi prendere posizione in ragione dell'ormai intervenuto «giudicato oggettivo», potendo – e dovendo – dedicarsi al solo profilo soggettivo, non prima d'aver premesso, in sintesi, le ragioni che hanno condotto la gravata sentenza a ritenere integrata la fattispecie di maggior gravità.

§ - **l'elemento psichico doloso, secondo la motivazione del primo Giudice** (alle pagine 769, 770, 771, 772, 773) –

«La decisione di BREGA di intervenire chirurgicamente sulla sig.ra SCOCCHETTI con le specifiche modalità adottate appare caratterizzata dall'**accettazione** del rischio di morte della paziente, che erano del tutto note all'imputato, sia del tipo di intervento prescelto.

BREGA era altresì cosciente di non poter governare i processi indotti dalle difficoltà respiratorie conseguenti all'intervento. Sapeva infatti che seppure un miglioramento poteva attendersi, questo sarebbe avvenuto solo dopo vari giorni e che nel frattempo le condizioni generali della paziente, già instabili, sarebbero peggiorate...Lui stesso ha in sostanza riconosciuto di averlo previsto e non ha indicato alcun dato concreto in forza del quale poteva dirsi ragionevolmente convinto di poterlo evitare.

Ed il *modus operandi* di BREGA appare caratterizzato da tutti quei **fattori indicativi** che denotano la sussistenza del dolo eventuale perché dimostrano che la decisione che ha sorretto la condotta illecita è stata caratterizzata da una volontaria pretermissione del rischio del prodursi dell'evento fatale pur non direttamente voluto, in assenza di ragionevoli elementi su cui fondare la convinzione di poterlo scongiurare...».

I predetti fattori indicativi sarebbero integrati:

- da un «...**consenso...carpito** senza prospettare, oltre che le alternative meno invasive possibili, proprio l'estremo rischio di insuccesso e persino di un esito infausto che pure l'imputato ha riconosciuto gravare sull'intervento...», anzi «...ai fini di raccogliere il consenso della paziente, lo aveva descritto come un "**piccolo intervento**"...»,

- dal fatto che l'imputato «...risulta aver agito senza aver adottato tutte le **possibili cautele**...», visto che «...l'opzione di un talcaggio bilaterale è stata esposta già

all'ingresso della paziente presso il Santa Rita ed è stata mantenuta senza nemmeno aspettare di vedere i risultati di tutti gli esami e soprattutto acquisendo la valutazione preanestesiologica senza che nemmeno l'anestesista li avesse visti...»,

- dal finalismo economico: «...l'imputato ha aggiunto anche degli ingiustificati insulti con delle biopsie (su entrambi i lati) e pure una wedge resection (...) che nessuna altra ragione aveva se non aumentare il DRG...»,

- dall'assenza dell'intervento d'urgenza: la «...paziente aveva ancora degli scambi respiratori discreti, non lamentava algia al ricovero...», sostituita dalla "fretta d'intervenire" con il seguente, ipotetico, movente: «...era possibile, peraltro, che questa attesa, oltre ad essere onerosa per la Clinica Santa Rita, avrebbe potuto portare la paziente a rendersi conto meglio del rischio e delle sofferenze (anche solo con riguardo ai tempi di ricovero) che concordava di affrontare con l'operazione ed avrebbe potuto indurla a desistere e questo rischio risulta proprio quello che BREGA voleva evitare...»,

- da «...ultimo occorre ancora ricordare che gli imputati potevano contare sull'assenza di censure da parte dei pazienti e dei loro familiari...»

5.3.1. La presente decisione (sul caso SCOCCHETTI, capo 48) –

Questa Corte decidente non può convenire con le valutazioni sopra sintetizzate giacché alla premessa della sussistenza di tutti quei **fattori indicativi** che denotano la sussistenza del **dolo eventuale**, segue una motivazione che esalta e stigmatizza circostanze che non solo non lo sorreggono ma che, alla luce delle risultanze dibattimentali, trovano quel "potenziale segno contrario" e quella "possibile lettura alternativa" con il quale il Giudice di legittimità esige ci si confronti (v. § 11.6 della sentenza di parziale annullamento).

A partire dall'unico **fattore indicativo** che – trascendendo le omissioni di "possibili cautele", che sono all'evidenza rimproveri colposi – suona di possibile mala fede, e cioè a dire il "consenso carpo".

La sua "fraudolenta" acquisizione sembra però porsi in contrasto:

- a. con il fatto – stigmatizzato dalla stessa gravata sentenza alla stregua di una superficiale mancanza di riguardo verso il singolo paziente (indizio di colpa e non di dolo) – che fu il dott. PRESICCI (e non i due chirurghi che sarebbero poi intervenuti) ad occuparsi degli incumbenti espletati in giornata pre-operatoria, eppure – accusato di molto altro – nemmeno il P.M. precedente ha reputato di potergli ascrivere una "artificiosa" o "tendenziosa" informazione della paziente per indurla a sottoporsi a VATS;
- b. fu il dott. PRESICCI a seguire la paziente nella giornata pre-operatoria; fu lui a riportare l'anamnesi e l'esame obiettivo, ad impostare la terapia farmacologica, a raccogliere il consenso informato all'eventuale trasfusione di sangue ed all'intervento chirurgico, a disporre la TAC, ad aggiornare il diario clinico sulla base degli esami via via raccolti: circostanze tutte che possono essere sottaciute in un contesto di "ordinaria" colpa medica ma suonano del tutto incoerenti rispetto ad un «concorso nell'omicidio doloso» di due diversi professionisti, uno dei quali definitivamente assolto;
- c. la testimonianza dell'oncologo di fiducia della paziente, che l'aveva avviata in Santa Rita (ed al dottor BREGA MASSONE, in particolare) proprio per una valutazione di talcaggio in VATS, ch'egli stesso aveva immaginato come "ultima strada" per risolvere il sintomo e scongiurare la recidiva.

TANSINI – ...io gliel'ho spiegato molto bene, perché la signora voleva essere sempre informata del suo stato di salute prima lei dei suoi familiari, era stata molto chiara...Io con la signora SCOCCHETTI ho sempre avuto un ottimo rapporto medico-paziente e lei me lo ha sempre dimostrato, come anche i familiari. Quindi, in coscienza, quando è subentrato

questo problema ho fatto presente alla signora: “signora, purtroppo, quello che si sta verificando è una ripetizione di questi versamenti”. Quindi le ho fatto presente un po’ quali potevano essere i rischi di continuare a praticare queste toracentesi. Lei dice: “allora cosa si fa?, perché io non respiro bene”. Allora avevo fatto questa proposta, ho detto: “bisognerebbe sentire un chirurgo toracico perché c’è la possibilità di rallentare o di allungare i tempi di questi versamenti”, “come si fa?”, allora gliel’ho spiegato, io alla signora SCOCCHETTI ho sempre spiegato molto bene...

d. anche la testimonianza del figlio della paziente (BERGAMO Michele) non delinea affatto una paziente atarassica e oramai disinteressata alla propria sorte o, peggio, lasciata sola dalla sua famiglia. Anzi tutt’altro.

P.M. – *la sua mamma era lucida?, era...*

BERGAMO – *sì, stava bene.*

P.M. – *capiva tutto.*

BERGAMO – *sì.*

P.M. – *quindi anche lei parlava con i medici?*

BERGAMO – *sì, molto.*

P.M. – *e le decisioni le prendeva lei o le demandava a voi famigliari?*

BERGAMO – *tutte e due, io e mia mamma.*

Non risultano neppure interessati settarismi nelle informazioni sullo stato di salute della madre avendo più volte egli stesso conferito con i medici:

P.M. – *...e cosa le hanno rappresentato?*

BERGAMO – *eh, adesso non mi ricordo, adesso...*

P.M. – *beh!, cosa le dicevano della situazione, con parole sue. Guardi che qui nessuno di noi...*

BERGAMO – *mi dicevano che c’erano tante metastasi e la situazione era critica.*

Le condizioni *critiche*, nel linguaggio medico, sono di allarme non di vuota rassicurazione.

§- Se la migliore letteratura scientifica, se i parere dei CC.TT. di parte – e non solo delle Difese ma anche del Pubblico Ministero (“...*qui non c’è la possibilità di raggiungere un risultato oncologico, c’è la possibilità di raggiungere un risultato di qualità della vita residua, che ci può essere...*”: dott. Marco GRECO, C.T. del Pubblico Ministero) – orientano tutti verso una sostenibilità logica della scelta operativa compiuta (anche se solo per risolvere un sintomo gravemente invalidante quale è la “fame d’aria” e non per guarire), la deduzione che se ne deve trarre non è quella della «abnorme difformità» dalla più progredita scienza chirurgica ma semmai – com’è stato infine addebitato dallo stesso primo giudicante – la bilateralità contestuale dell’intervento che me ha inevitabilmente allungato i tempi, amplificando l’esposizione della malata ai rischi operatori: “...*l’aprioristica scelta di procedere in modo contestuale sulle due pareti toraciche, ..., decidendo di non attendere di verificare come la paziente fosse riuscita a reagire ad un primo intervento, compensando le inevitabili difficoltà respiratorie del polmone aggredito, con quello non attinto e quale successo avesse avuto il talcaggio in quello stadio di malattia così avanzata, risultava assurda già in teoria ...*” (gravata sentenza pag. 771).

Affermata la “bilateralità”, praticata in un’unica soluzione, come colpa grave è inspiegabile come si sia giunti a sostenere il dolo concludendo con la seguente proposizione: «...*Tutte queste considerazioni permettono di dire, insieme ai consulenti del collegio RONCHI, che “qui si è in presenza di una imprudenza macroscopica, al di là di ogni limite di ragionevolezza”...*» (pag. 769): negligenza, imprudenza ed imperizia sono la nozione giuridica di colpa *ex art. 43 c.p.*: “*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 o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline...).

Ad ogni modo, anche qui preclusa dal giudicato ogni argomentazione diversa e ulteriore, non rimane che constatare come:

– l'intervento praticato non fosse né improprio né abnorme. Per ammissione dei Consulenti del Pubblico Ministero:

SARTORI (prof. Francesco) – *...no, dal momento che il talcaggio lo si fa, lo si poteva fare anche da tutte e due le parti...Comunque il talco in questo caso aveva un senso, perché c'erano metastasi pleuriche e penso anche sulla pleura viscerale, quindi sulla superficie polmonare, e in questo caso poteva mirare a far sì che il versamento non si presentano più dalle due parti...(...)... di suo l'intervento aveva una sua logica...*(Consulente del Pubblico Ministero, ud. 10/06/2013, pag. 78): se “aveva una sua logica” per il Consulente dell'Accusa come negare che *soggettivamente* l'avesse anche per l'imputato?.

– la bilateralità era necessaria per risolvere il sintomo della dispnea ingravescente e non altrimenti risolvibile: *ut supra* e sulla scorta del seguente ulteriore riscontro processuale:

PRESIDENTE – *che senso ha fare un talcaggio bilaterale?*

BATICCI (dott. Fabio) – *...il senso nasce dall'età della paziente, particolarmente, che era giovane sostanzialmente, e dall'ipotesi che, a fronte di un rischio operatorio consistente, per tutti i motivi che abbiamo detto, ci si poteva attendere, in ipotesi, la risoluzione più o meno definitiva di un sintomo particolarmente invalidante quale è la dispnea, questa era la logica. Può essere un ragionamento sbagliato? Sicuramente. È una decisione facile? Sicuramente, no questo mi sento di dire onestamente.....*(Consulente del Resp. Civ., ud. 20/01/2014, pag. 150).

Il «talcaggio» è sempre stato presentato, concordemente, dai Consulenti della Pubblica Accusa, come una metodica plausibile solo in presenza di versamenti recidivanti.

Si vedano le spiegazioni offerte dal prof. SARTORI all'udienza del 9/10/2013 (“...il talcaggio si usa solo nelle forme neoplastiche pleuriche, che danno una recidiva nel versamento...”) e quelle del dott. Paolo SQUICCIARINI: “...sì certamente. Ho qui le pubblicazioni fatte sia dal Prof. MARTELLI e sia dal Dott. BREGA all'Istituto Tumori e le indicazioni palliative prevedono il “recurrent neoplastic effusion”, cioè recidivanti, ma mai in prima battuta e in casi selezionati chiaramente...”.

Quello della signora SCOCCHETTI era certamente un caso di “recurrent neoplastic effusion”, e dunque non censurabile per deliberata sottoposizione della paziente “...ad un rischio abnormemente elevato...”.

– il rimprovero mosso, alla fine dell'espletato dibattito, si è risolto nella «contemporaneità» che ha, fatalmente, allungato i tempi operatori e, ovviamente, dilatato l'esposizione al rischio, il che potrà essere il portato di improvvida, audace e azzardata scelta operativa ma non indizio univoco della (comunque insufficiente) accettazione del rischio di evento infausto né di volontarietà lesiva.

Non solo. A ben vedere, l'addebito residuale finisce per togliere mordente persino al “bieco” fine di profitto: se l'intento fosse stato solo quello di lucrare sui DRG, perché non affrontare due interventi, due anestesie, due sedute in sala operatoria, una più lunga degenza e, dunque, un doppio rimborso regionale?

Obiezione talmente logica che all'imputato – comprensibilmente – non poteva sfuggire:

BREGA MASSONE – *...Perché feci la doppia? Per accelerare i tempi, in una paziente di questo tipo sapendo di non crearle un problema con la VATS...pensare che questa paziente si dovesse prendere due anestesie e stare ricoverata un mese, se aveva ancora un mese*

della sua vita...Cioè, voglio dire, apro una piccola parentesi sulle contestazioni che mi vengono fatte che sembrano contestazioni contraddittorie, perché una VATS bilaterale costa di meno e adesso viene criticata; una VATS fatta a distanza di tempo dà un DRG, sia pur decurtato, maggiore; allora, noi non abbiamo mai ragionato in questo senso, noi abbiamo sempre ragionato in quella che poteva essere la migliore ottica per il paziente...

DIFESA (avv. BELLANI) – *fu lei a decidere la bilateralità?*

BREGA MASSONE – *sì, perché questa paziente mi arriva comunque con un versamento che, a quanto mi fu detto, fu drenata, mettiamo, anche una settimana prima del ricovero. In una settimana mi ha riformato 2300 cc, quindi qui bisogna intervenire d'urgenza su questa pleura. E l'unico modo di intervenire su questa pleura è il talcaggio...*

È obiezione logica ma soprattutto è obiezione che non consente di affermare che il comportamento tenuto in questo specifico caso dal chirurgo “...appare ancora una volta come l'espressione della volontà di procedere all'esecuzione di interventi con il massimo del DRG...”: il massimo economico lo si sarebbe ottenuto con la “duplicazione” la cui omissione si censura, cioè l'effettuazione di due interventi di VATS monolaterale.

E non basta ancora.

All'imputato, il primo Giudice ha, come già detto, sovente rimproverato la “ripetitività” delle condotte chirurgiche improprie, quale fattore indicativo della loro volontarietà. Anche nel caso SCOCCHETTI lo ha fatto giudicando il dott. BREGA colpevole di omicidio volontario perché egli, allorquando affrontava l'intervento in disamina, aveva già potuto “...sperimentare le conseguenze peggiorative di un intervento contestuale bilaterale...” con l'esperienza, negativa, occorsa ad un'altra paziente (MACCARELLI Giuseppina, caso di lesioni “...per aver esposto la paziente a pericolo di vita...”, il 13/05/2005, trattato a pag. 404 della gravata sentenza).

L'osservazione – se con questa volesse argomentarsi il sostegno alla più severa componente psichica dolosa – non farebbe davvero troppa strada venendo subito fermata, bilanciata, deprivata di ogni spessore logico-deduttivo e sostanzialmente annullata dall'osservazione speculare e contraria: è in atti la prova che pochi giorni prima dell'intervento SCOCCHETTI (non un anno e mezzo prima come per MACCARELLI) – e precisamente in data 2/10/2006 – lo stesso imputato primario, quale primo operatore, e lo stesso aiuto, secondo operatore, Marco PANSERA, del caso SCOCCHETTI avevano sottoposto ad intervento di VATS bilaterale e contestuale talcaggio, altra paziente (sig. Teresita ADRIANO) affetta da carcinoma ovarico in stadio assai avanzato (IV), metastasi pleuriche e conseguente versamento bilaterale.

Quest'ultimo intervento ha avuto esito positivo ed un decorso risolutivo della problematica pleurica, tanto da non essere neppure contemplato fra le ipotesi accusatorie (a questo punto incoerentemente, visto che si è dato per pacifico che l' “abnormità” non richiede neppure l'evento lesivo della “malattia”, bastando l'intervento chirurgico a far da evento giuridico, ma tant'è).

Sono stati versati in atti stralci di testi di letteratura specialistica che spiegano – senza che un giudice possa andare di “diverso avviso” sol perché il più autorevole dei Consulenti del Pubblico Ministero ha abiurato un suo intervento dottrinario, mostrando avversione verso tale pratica chirurgica (“Professore, lei è autore di un lavoro molto importante sulla VATS” “Non credo proprio, guardi. È un esame che ho sempre odiato”: 2/10/2013, pag. 104.) – quanto segue:

- il versamento pleurico bilaterale è meno frequente e dunque meno praticato (“...il versamento risulta monolaterale e più raramente bilaterale...”, LAVINI, *Neoplasie benigne e maligne della pleura*, in *Chirurgia Toracica Videoassistita*, pag. 86);

- definirlo eccentrico rispetto al caso SCOCCHETTI è affermazione priva di ogni costrutto a meno di non saper argomentare *a contrariis*, possibilmente con argomenti scientifici, sulla casistica documentata dalle schede operatorie (prodotte dalla Difesa/PRESICCI per altri addebiti, non essendo qui direttamente interessata, ma utili comunque) relative a differenti interventi chirurgici eseguiti presso l'Istituto Europeo di Oncologia, considerato uno dei centri italiani d'eccellenza per la cura dei tumori, aventi ad oggetto proprio VATS bilaterali e talcaggi eseguiti su pazienti oncologici metastatici (in un caso, tra quelli segnalati alla Corte d'Assise, la paziente era signora di anni 69, affetta da secondarismi pleurici bilaterali, derivati da progressivo K mammario: esattamente il caso della signora SCOCCHETTI, il che è spiegabile anche al profano che legge – nel testo succitato, C. LAVINI, pag. 82 – “...*Tra le neoplasia pleuriche metastatiche le forme più frequenti sono...quelle a partenza mammaria nella donna. L'infiltrazione neoplastica solitamente interessa la pleura parietale ma, a volte, anche quella viscerale...*”);

- ovvio che un trattamento videotorascopico su entrambi i polmoni eseguito in un unico atto chirurgico prolunghi i tempi operatori (stimati in letteratura in circa 135 minuti, con un range che varia dai “...120 ai 150 minuti...”: H. ALGHAMDI, *Videoassisted Thoracoscopic Surgery Ipsilateral Tranmediastinal approach, to controlateral lung in patients with bilateral Lung lesions*, in *Open Journal of Thoracic Surgery*, 2013, 3, 80-83) ma non per questo è trattamento rifiutato dalla letteratura medico-scientifica e comunque non sarebbe da rifiutare per un maggiorato pericolo di morte (“...*bilateral VATS is a safe procedure in the treatment of simultaneous and nonsimultaneous bilateral SP. This avoids the need for subsequent operations...There were no intraoperative or postoperative deaths in this series...the bilateral VATS approach can be done safely in selected patients with bilateral simultaneous...SP. The procedure is well tolerated and did not result in major complications. This technique provided excellent long-term results and avoids the need for subsequent operations...*”: H. ALGHAMDI, op. precit.).

In definitiva: si potrà affermare che la signora SCOCCHETTI Maria Luisa, forse, non rientrava nella rosa dei “*selected patients*” sui quali “*the bilateral VATS approach could be done safely*” ma non può essere in alcun modo dedotto che ella vi fu sottoposta per lucrare sui DRG ovvero perché l'operatore aveva messo in conto il suo decesso “quale conseguenza tipica” del suo operare e vi avesse psicologicamente aderito.

Quand'anche, infatti, le prove processuali – che sono quelle sopra sintetizzate ed altre non se ne rinvengono, tant'è che non sono menzionate – non smentissero la seguente conclusione «...*la decisione che ha sorretto la condotta illecita è stata caratterizzata da una volontaria pretermissione del rischio del prodursi dell'evento fatale pur non direttamente voluto, in assenza di ragionevoli elementi su cui fondare la convinzione di poterlo scongiurare...*», ebbene anche così avremmo una sottovalutazione del rischio – che è tipicamente colposa – e non già una condotta a consapevole detrimento del paziente perché fuori da ogni *telos* terapeutico – che è un buon inizio per discettare di dolo.

Il prof. MARTELLI, Consulente della Difesa, ha posto in evidenza, con argomenti scientifici convincenti ed efficacia espositiva ⁽⁶⁾ – che non si è in grado di liquidare come

⁶ «...è una metodica molto semplice...» per chi abbia una sufficiente esperienza operatoria: “...*in mano a chi la fa e la fa abitualmente, per un talcaggio non ci vogliono più di pochi minuti, io dico pochi minuti intendo dieci minuti, beh, a fronte di questo do un vantaggio enorme al paziente...(...)...Qui c'è da dire: “c'è una indicazione?” “Sissignore, c'è una indicazione”; “sei capace di farla?”, “Sì”; “sei veloce a farla?”, “Sì”. E allora basta. Fine...*» (ud. 3/02/2014).

opportunamente “giustificazionisti” e, dunque, mortificarne lo spessore probatorio – come il tipo di intervento prescelto fosse certamente percorribile, praticabile anche con successo (solo nel risolvere il sintomo invalidante, ben si intende, non certo per curare una paziente che non aveva più speranze di guarigione) ma richiedesse una particolare velocità di esecuzione, proprio in rapporto alle condizioni iniziali della signora, reduce da plurime e fallimentari toracentesi. Velocità – così si rimprovera (anche con fondamento) – che qui non v’è stata, con conseguente addebito del decesso alla mano del chirurgo.

Ebbene, così sia. Ma risulta di tutta evidenza che il sotteso rimprovero mosso a quest’ultimo non s’avvicina neppure concettualmente alla “*accettazione dell’evento morte*” che annosa giurisprudenza – e ben prima di SS.UU. THYSSENKRUPP – ha elaborato per dare un senso distintivo tangibile a dolo, nella sua diversa intensità, e colpa, nei suoi diversi gradi di gravità.

Il fatto di reato va, senza dubbio alcuno, riqualificato, come in tal senso indirizzato dal giudice rescindente di legittimità.

5.4.

-la morte di DALTO Gustavo Ermenegildo (capo 49) –

In data 17/02/2005, il sig. DALTO, paziente 89enne, veniva ricoverato presso il reparto di Medicina Generale della Clinica S. Rita con diagnosi di “...*insufficienza respiratoria acuta in BPN a focolai multipli...*”.

Dopo una decina di giorni, poiché dagli accertamenti radiografici si era evidenziato un nodulo polmonare, in data 26/02/2005, veniva interpellato il dott. BREGA per una consulenza chirurgica.

Egli consigliava una VATS ed in data 1/03/2005, il paziente veniva trasferito nel reparto di Chirurgia Toracica dove il giorno successivo veniva sottoposto ad un intervento di *segmentectomia laterale lobo medio in toracotomia laterale di minima destra previa pleurolisi*.

L’operazione chirurgica, non solo VATS dunque, aveva una durata di ottantacinque minuti. L’indicazione chirurgica, in questo caso, era curativa, non diagnostica o solo palliativa: “...*il tumore c’era (l’esame istologico attesta la presenza di carcinoma squamocellulare) ed è stato interamente asportato...*” (atto appello/BREGA, pag. 219).

Il giorno successivo, trascorse circa 25 ore dall’intervento, DALTO Gustavo Ermenegildo mostrava un quadro di severa ipossemia (SO 60) e di anuria. Erano le h. 18,00 e la condizione di insufficienza respiratoria mostrava i segni della irreversibilità. Quello stesso 3 di marzo, il paziente decedeva.

L’imputazione di omicidio volontario sembra aver trovato genesi – quale prospettazione accusatoria – nei pareri espressi dai consulenti del Pubblico Ministero, ove, dopo aver affermato il nesso causale tra l’intervento ed il decesso (“...*nonostante la complessità e la severità del quadro patologico naturale delineato...*”) – essi precisavano che “...*nel determinismo del complesso quadro clinico descritto, non può attribuirsi alcun ruolo al nodulo polmonare riscontrato occasionalmente agli accertamenti radiografici (Rx 17/02/2005), diagnosticato poi come neoplasia squamocellulare, e per il quale fu formulata l’indicazione all’intervento chirurgico eseguito il 02.03.2005: in altri termini trattavasi di una condizione di malattia in stadio tale da non correlarsi né ad un rischio morte imminente o prossimo, né ad alcuna sintomatologia clinica...(...)...ciò che appare ancora più sconcertante, “incredibile”, è che ben sapevano che il sig. DALTO aveva in corso addirittura un infarto miocardico acuto...Ma i curanti stessi erano pure consapevoli del pressoché nullo beneficio che il trattamento chirurgico avrebbe portato al*

paziente...Dunque, in ultima analisi, anestesisti e chirurghi, in ragione delle loro conoscenze tecnico-specialistiche, non potevano non essere consapevoli del rischio di morte, abnormemente elevato, cui espongono il paziente: e tuttavia, non curanti del dubbio, egualmente procedevano nel rischio stesso...».

La gravata sentenza non solo ha accolto la suddetta prospettiva d'accusa ma ha valutato indizio di "pervicace, colpevole, ostinazione" l'episodio ipotensivo intraoperatorio verificatosi oltre che rivelatore della "consapevolezza del rischio e della volontà di prescindere": «...i chirurghi addirittura proseguono l'intervento nonostante durante l'induzione dell'anestesia si fosse verificato un episodio ipotensivo che aveva obbligato a infusioni di dopamina...» (pag. 603).

§ - l'elemento psichico doloso, secondo la motivazione del primo Giudice (alle pagine 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670) –

«La decisione di BREGA di sottoporre subito il sig. DALTO ad un intervento chirurgico complesso (toracotomia con lisi delle aderenze per asportare un tumore infiltrante), nonostante fosse ancora in corso il suo ricovero per uno scompenso cardiorespiratorio grave e fosse stata espressa una valutazione di rischio anestesiológico estremamente elevata (ASA IV) denota in modo certo l'accettazione da parte dello stesso del rischio di morte del paziente in funzione del prevedibile peggioramento delle sue condizioni generali per effetto di un atto operatorio che non aveva nessuna necessità ed urgenza...».

Anche qui – a parere dei primi Giudici – gli atti operatori compiuti appaiono caratterizzati «...da tutti quei fattori indicativi che attestano la presenza del dolo eventuale...», per la palese «...pretermissione dell'interesse e dei rischi del paziente, per il perseguimento del proprio scopo egoistico: procedere ad un intervento chirurgico in più...».

L'imputato infatti:

«...non può addurre il risultato di nessun esame in forza del quale avrebbe potuto fondare la ragionevole convinzione di poter evitare la morte del paziente...»,

egli «...era pienamente cosciente di non poter governare le prevedibili complicanze indotte dal peggioramento delle condizioni generali del paziente derivanti dallo stress operatorio...»,

risulta aver «...agito mistificando la rappresentazione della situazione al figlio del sig. DALTO (descrivendo l'intervento come urgente e risolutivo – estirpazione del tumore – nonché banale e non rischioso), il quale ha manifestato in modo inequivoco che ove gli fosse stato correttamente prospettato il rischio operatorio non avrebbe accettato di esporvi il padre...» con la conseguenza che il «...consenso del figlio del paziente è stato dunque carpito con una falsa prospettazione dei fatti che risulta assolutamente volontaria, non fondandosi su un'erronea percezione dei dati clinici o sulla mancanza di informazioni da parte del chirurgo, il quale ultimo, al contrario, aveva avuto modo di constatare anche in forza di parametri specifici per la sua area di competenza, nonché generali, che il sig. DALTO non aveva recuperato una condizione di equilibrio sufficientemente stabile...»,

il dott. BREGA «...non ha adottato nessuna cautela ai fini di evitare di esporre il paziente al rischio operatorio estremamente elevato...»,

«...La consapevolezza del rischio e la volontà di prescindere...» emerge dal fatto che, nonostante il paziente – dopo l'induzione dell'anestesia – «...avesse immediatamente sofferto di un episodio ipotensivo grave, cui l'anestesista aveva dovuto rispondere con l'infusione di dopamina, l'imputato (aveva) proseguito oltre nell'operazione non appena stabilizzato...», con VATS e «...quindi una modalità di intervento addirittura più grave di quella inizialmente prospettata...»,

la morte del paziente «...dovuta ad un'insufficienza respiratoria che ha portato all'arresto cardiaco, era perfettamente prevedibile ed estremamente probabile in considerazione degli specifici fattori di rischio rappresentati dalle patologie del paziente...».

5.4.1. La presente decisione (sul caso DALTO, capo 49) –

Anche l'ultima delle decisioni da assumere non può che essere difforme da quella adottata in prime cure giacché – superate le “perplexità” sul consenso firmato dal figlio («...entrambe le schede del consenso informato risultano firmate dal figlio del paziente. Già questa circostanza desta gravi perplexità perché denota o che il sig. DALTO Gustavo stava in quel momento così male da non essere più in grado di esprimere la sua volontà, o che in modo del tutto illegittimo non si era richiesto il suo consenso...»: pag. 636), semplicemente dando credito alla spiegazione fornita dal figlio medesimo – nessuno degli altri “indicatori” sorregge la prospettazione accusatoria.

Anche nel caso del paziente DALTO, allorquando dalle petizioni di principio si passa alla concretezza descrittiva, quest'ultima rivela, al più, valutazioni anamnestiche affrettate, approcci imprudenti o imperiti (*non ha adottato nessuna cautela ai fini di evitare di...*) ma del tutto inadeguati a dar conto della categoria giuridica dolosa.

Il primo degli elementi che vorrebbe essere maliziosamente volontaristico (*una falsa prospettazione dei fatti che risulta assolutamente volontaria*) collide logicamente con il riscontro in concreto assunto:

«...mio papà era uno che quando c'era da firmare bisognava che prendesse la rincorsa, allora se poteva firmare e far firmare a qualcun altro era meglio. Il problema è solo quello lì. Ho firmato io perché: “sì, sì, firma te, firma te”...» (così Eliseo DALTO, ud. 26/06/2013, pag. 132).

La sottoscrizione del figlio nelle veci del padre – spiegata dal primo nel senso appena indicato, banale, se si vuole, ma con accenti così spontanei da non creare dubbi sulla sincerità – sembra trovare una sua *ratio*, non necessariamente “artificiosa”, anche nella scheda *valutazione infermieristica iniziale* ove si descrive un paziente **vigile** ma **non orientato** con comunicazione **difficoltosa**, condizione che induce – anzi dovrebbe indurre – il medico scrupoloso a conferire sia con il paziente che con un prossimo congiunto, illustrando ad entrambi l'approccio terapeutico che intende adottare. Anzi più a questo che a quello.

A ciò va aggiunto che – per il caso del paziente DALTO – è vistoso l'errore, ripetuto anche altrove nella parte narrativa della sentenza, che ha condotto alla confusione fra i moduli di consenso all'intervento chirurgico con quelli del consenso anestesiologicalo, forse perché – a parere del primo Giudicante – la riscontrata “...trascuratezza dei medici anestesisti...” e tutte le loro “...ricorrenti omissioni nell'indicazione della classe di rischio...” non solo dovrebbero essere addebitati, in una sorta di *culpa in vigilando*, ai chirurghi ma alla sciatteria degli uni non sarebbe seguito il doveroso attivarsi degli altri per deliberato calcolo: “...dal momento che i chirurghi potevano solo avvantaggiarsi di questa trascuratezza per minimizzare la portata dell'intervento e delle sue conseguenze...” (sentenza di primo grado, pag. 578).

Si tratta di considerazioni che questa Corte non può far proprie sia perché non consentite, in generale, da presupposti fattuali e giuridici (non risultando ammissibile uno svuotamento della figura professionale dell'anestesista-rianimatore rispetto a quella del chirurgo toracico che sul primo dovrebbe esercitare un inesistente “...dovere di controllo e garanzia...” (circa) *le condizioni di liceità dell'intervento chirurgico...*); sia perché la valutazione di sostenibilità dell'intervento e la conseguente responsabilità, anche e soprattutto se il

paziente è un ASA IV, sono in capo all'anestesista che – nella specie somministrando dopamina – ha “autorizzato” il chirurgo a proseguire l'intervento e male ha fatto se l'intervento doveva essere interrotto; sia perché in contrasto con le concrete emergenti dibattimentali (il riferimento è all'episodio narrato dal teste DALTO Eliseo, trascrizioni ud. 26/06/2013 pagg. 132 e ss. “...quello con la visita con gli **anestesisti**...[che] hanno discusso tra loro...sono usciti, sono stati via una mezz'oretta, dopo sono tornati...ne è tornato uno solo il quale mi ha detto: “sì, sì, non ci sono problemi, va tutto bene, si può fare”...”, che vale a smentire la deduzione trattata in sentenza secondo cui nessun medico «...a parte il dr. BREGA avesse spiegato al sig. DALTO Eliseo o al padre la tipologia o le possibili conseguenze dell'intervento cui quest'ultimo sarebbe stato sottoposto...»; pag. 657); sia, infine, perché del tutto inutile ai fini dell'imputazione soggettiva.

Non provata, se non da congetture ed illazioni, una “falsa rappresentazione” ovvero una superficialità “preordinata” all'approfittamento, non rimane che una constatazione: se neppure “...ai fini dell'apprezzamento della colpa del sanitario...il giudizio sulla sussistenza [della colpa, si intenda: ndr] ... presenta differenze di sorta a seconda che vi sia stato o no il consenso informato del paziente...” (Cass. IV, 24/06/2008 n. 370077), men che meno detto elemento potrà avere ricadute probatorie ed indizianti di dolo; tanto più quando si provi – e non si riesca ad andare oltre – che l'eventuale mancato consenso potrebbe essere solo il riflesso di un approccio superficiale dell'operatore quanto “...all'acquisizione delle informazioni necessarie per il corretto approccio terapeutico...” (Cass., precit. che in ciò ha individuato un profilo, l'unico, di possibile colpa risultando in generale irrilevante “...in materia di responsabilità medica...la mancanza o l'invalidità del consenso...”).

§- Tanto osservato, va ancora precisato che il caso clinico/DALTO era forse l'unico a candidarsi – con qualche possibilità di successo – al *dolo eventuale*, laddove si fosse riusciti a provare ciò che con enfasi, anche grafica, si dà per provato: **ciò che appare ancora più sconcertante, “incredibile”, è che [gli operatori, in primis il dott. BREGA MASSONE: ndr] ben sapevano che il sig. DALTO aveva in corso addirittura un infarto miocardico acuto.**

Sarebbe stato un macigno probatorio, capace di schiacciare ogni confutazione difensiva, la acquisizione processuale di detta consapevolezza per l'evidente ragione che non solo persino il profano riesce a percepirla tutta la pericolosità ed il carattere di «controindicazione assoluta», così come contesta la relativa imputazione, ma anche perché l'icastica conclusione del prof. SARTORI (“...sarebbe morta prima la persona che il tumore...”) diveniva risolutiva del caso: un intervento inutilmente mortale praticato su un paziente infartuato, non curato per la patologia acuta – conosciuta – per dare “spazio economico” ad una secondaria che non lo poneva in imminente pericolo di vita.

Il fatto è, però, che l'espletato dibattito non è riuscito punto a far emergere la “sconcertante” ed “incredibile” conoscenza dell'infarto acuto in corso da parte del primo chirurgo operatore che – non dimentichiamolo – riceveva un paziente da dieci giorni ricoverato in *Santa Rita*, in altro reparto, curato da medici internisti e medici-cardiologi che di tal patologico evento cardiovascolare non avevano visto traccia. Anzi. Avevano inviato il sig. DALTO in Chirurgia proprio perché ne venisse valutata l'operabilità.

Dunque avrà certo errato il chirurgo investito del quesito a ritenerlo operabile ma resta incomprensibile la ragione per cui egli debba rispondere di omicidio doloso ed invece i suoi colleghi cardiologi essere citati come testi (a suo carico?), addebitando al primo di non aver «...richiesto né al [dott. CELANO] né al medico che aveva seguito il paziente uno specifico

consulto cardiologico che avesse a superare quanto espresso sugli ECG posti alla base dell'annotazione sulla scheda anestesiologicala... » (sentenza, pag. 657).

Ci si chiede, a questo punto, a cosa mai sarebbe servito il consulto cardiologico colpevolmente omesso se nei nove giorni di degenza in Cardiologia il paziente – ricoverato, lo si deve rammentare nuovamente, con diagnosi di insufficienza respiratoria acuta in quadro di broncopolmonite a focolai multipli – non è mai stato sottoposto a nessuno dei presidi tipici per sospetto infarto (uno su tutti: il monitoraggio ad intervalli regolari di quattro-sei ore della troponina).

Ci si interroga, poi, anche sui tempi dell'insorgenza della supposta lesione cardiaca, che sono indispensabili per accertarne la (data per sicura) conoscenza da parte del chirurgo operatore.

Sul punto non è stato agevole muoversi ed ancora oggi si brancola nell'incertezza giacché:

-il C.T. (dell'Accusa) prof. RONCHI scriveva nella sua relazione (p. 7, ribadendo il suo parere all'udienza del 10 giugno 2013) che il paziente DALTO Gustavo aveva in corso un infarto miocardico al momento dell'intervento “...**come provano i tracciati del 17 e del 19 febbraio** e in particolare gli enzimi cardiaci della troponina...”; più precisamente, l'ammalato presentava una “...**lesione miocardica di natura ischemica peraltro...rilevata dai clinici della Santa Rita, come emerge dal secondo referto [quello del 19/02, dunque: ndr]...**”.

Sennonché, nei referti in questione si legge qualcosa di diverso dalla temuta diagnosi.

Nel primo, del giorno 17, si riporta una “*fibrillazione atriale a frequenza media, blocco di branca destra incompleto segni di digitalizzazione*”.

Nel secondo, del giorno 19, compare il lemma “ischemia” ma non “infarto”, leggendosi più precisamente di “*aritmia da fibrillazione atriale, segni di ischemia in sede anteriore, blocco di branca destra focale*”.

Se per *lesione miocardica di natura ischemica*, il Consulente RONCHI abbia voluto intendere un infarto non è stato del tutto chiarito in atti giacché, a quanto consta, la cardiopatia ischemica o ischemia miocardica non è patologia sovrapponibile all'infarto miocardico, ma se ciò il prof. RONCHI ha voluto intendere, allora se ne deve dedurre che l'infarto è insorto mentre il paziente era già ricoverato in Medicina Generale ed è gravissimo che lo si sia inviato in chirurgia senza avvedersi di alcunché ma, tanto premesso, – prima di parlar di dolo del chirurgo – sarebbe utile parlare di colpa macroscopica degli specialisti che lo hanno accolto in Pronto Soccorso e in reparto.

Se, al contrario, non di infarto in corso si deve parlare – e sul punto i vari Consulenti della Accusa non hanno brillato per chiarezza espositiva ⁽²⁾ – allora si deve concludere nel senso che:

² Per il già citato C.T. RONCHI l'infarto era in corso anche durante l'intervento chirurgico (cioè il 2 marzo, trascurato e non visto nei tracciati del 17 e del 19 di febbraio); per la C.T. CAMPARI si dovevano rilevare “...enzimi cardiaci coerenti con l'ipotesi di una lesione, di una sofferenza ischemica, di un infarto del miocardio...”; per la C.T. MARENGHI l'infarto era assolutamente recente, il paziente presentava una gravissima compromissione ischemica: il sig. DALTO aveva una serie di problemi che erano evidentemente correlati alla condizione cardiaca, cioè questo cuore non stava funzionando bene ed era visibile dall'elettrocardiogramma, sia dal fatto che aveva versamenti pleurici bilaterali che sono segni di scompenso...[dei versamenti pleurici bilaterali non v'è traccia alcuna in cartella clinica e nessuno degli altri testi tecnici ne ha fatto menzione].

Quanto a precisione di linguaggio tecnico – per di più destinato a giudici che non possono avere le competenze scientifiche di un medico – si è oscillato tra *ischemia*, *infarto*, *insufficienza cardiaca*, *problema cardiaco* fino a virare su una “*situazione di non ritrovato benessere*” allorché il paziente veniva condotto al tavolo operatorio.

♦ non vi può essere “sconcertante conoscenza” di una patologia se nessuno l’aveva diagnosticata allora e nessuno è in grado di affermare vi fosse, oggi: i medici curanti, primi fra tutti i cardiologi, si sono spiegati le alterazioni (del valore della troponina) di cui ha fatto menzione il prof. RONCHI, quali sintomi di un’insufficienza respiratoria secondaria ad una broncopolmonite in regressione e non di infarto miocardico (come prova l’assenza di presidi per questo e l’adozione, invece, di una terapia farmacologica, introduzione del cerotto *Minitran* e il raddoppio della dose di *fraxieparina*, che non si usa nell’urgenza, è un presidio che si usa a sindrome ischemica stabilizzata; tanto che “...c’è da dire che il paziente mano a mano migliora, gli levano le amine...indubbiamente è migliorato...”: dott.ssa MARENGHI);

♦ la deposizione testimoniale del figlio del paziente sembrerebbe avvalorare il dato della inesistente patologia cardiaca (che si dà per diagnosticata dal dott. ARCIDIACONO ma in contrasto con quanto egli stesso ebbe a trascrivere in cartella clinica⁸) e della presenza di problemi respiratori che lo condussero al ricovero per quella che – a loro familiari – “...sembrava una influenza...” (DALTO Eliseo, pag. 128 delle trascrizioni, *ibidem*, 26/06/2013: “...faceva fatica a respirare, cioè respirava molto male...”; il ricovero in medicina generale si era reso necessario “...perché c’erano problemi respiratori...due zii erano morti per tumore al polmone...”);

♦ l’invio al reparto di chirurgia fu il frutto di un consulto congiunto e se la decisione fu errata – circostanza oramai sottratta al presente giudizio – non lo fu per ciò che si legge, in termini di deduzione, nella gravata sentenza: “...il dott. NEGRI nell’indicare il rischio anestesilogico come ASA IV aveva dato un’indicazione precisa ovvero che si poteva operare solo nel caso si ponesse l’esigenza di un intervento salvavita, ovvero volto a risolvere una problematica che poneva a rischio assoluto e immediato il paziente...”, paziente “...che non si era invece espresso, neanche implicitamente, autorizzando l’intervento che poi l’imputato era andato a realizzare...”. Non lo fu perché – non escusso il predetto dott. NEGRI come teste – non è corretto affermare che l’indicazione anestesilogica ASA IV equivale ad affermare «inoperabilità» giacché è conclusione smentita dal prof. Luciano GATTINONI, Direttore di un *Dipartimento di Anestesia, Rianimazione (Intensiva e Subintensiva) e Terapia del Dolore*: la classificazione ASA “...è una classificazione che è stata fatta a scopi statistici, poi ha assunto le dimensioni di un dogma e di una classificazione assoluta di rischio che non è vero, non è stata inventata per quello...(...)...è una forma di comunicazione...(...)...non è l’assoluta verità...(...) ASA IV vuol dire che il beneficio che devo attendermi da quell’intervento deve essere estremamente elevato...”. Solo la “speranza 0” rende inutile l’intervento che diviene “ingiustificabile”.

♦ Sull’intervento in sé non si possono che richiamare le voci processuali che hanno collocato il sig. DALTO in uno stadio-limite in termini di operabilità della neoplasia polmonare che lo affliggeva. A dire dell’imputato un T3 che il prof. SARTORI (il quale – giusto dirlo – non ha fatto consulenza sul caso/DALTO perché non gli è stata chiesta; egli è stato interpellato per un parere, estemporaneo, in udienza) ha così spiegato (v. udienza del 14/10 alle pagg. 140 e 141):

PRESIDENTE – se fosse un T3, come sostenuto dal dott. BREGA, le valutazioni cambiano?

SARTORI – in questo caso, dal T2 al T3, c’è una differenza. Parliamo dei “T”, quindi del tumore primitivo, c’è una differenza fondamentale: il T2 arriva a interessare la pleura viscerale, cioè quella che riveste il polmone. Il T3 vuol dire che il tumore è uscito dal

⁸ “FA medio bassa, condizioni generali buone, si consiglia attività fisica costante, moderata, graduale...orientamento diagnosticato FA CRONICA” (pag. 8045 della cartella. Dirà il figlio del paziente di essere stato lui a segnalare i problemi di fibrillazione atriale del padre).

polmone per andare a interessare la pleura parietale, quindi è un gradino ulteriore di progressione della malattia.

Quanto all'approccio chirurgico: «...l'asportazione che è stata fatta è stata di minima..., qui siamo di fronte ad una resezione segmentaria tipica per asportare una neoplasia di un centimetro e mezzo, l'asportazione mi sembra congrua, non esiste un problema di questo tipo...» (SARTORI, all'udienza del 10 giugno) né può dirsi esiziale la perdita ematica di 700 cc che ne è conseguita: «...sono ininfluenti, non hanno inciso in nessun modo sull'evoluzione nefasta successiva all'intervento...» (SARTORI, all'udienza del 14 ottobre).

Anche il caso/DALTO – pur valutato il più grave – non ha superato il vaglio che ha imposto la Corte di legittimità.

Se nei precedenti gradi di giudizio l'interezza del devoluto poneva – a premessa ineludibile del *dolo* – l'individuazione di una dimensione OGGETTIVA dell'atto chirurgico, privo di ogni plausibilità alla stregua di qualsivoglia paradigma scientifico e di prassi – cioè a dire un «...intervento...estraneo ad ogni possibile scelta terapeutica...» (p. 19 della sentenza di primo grado), in questa sede la ricerca si è autolimitata all'atto SOGGETTIVAMENTE CONOSCIUTO come non curativo e contro l'interesse del paziente. Dimensione psicologica che non è strutturabile semplicemente sulle categorie della prevedibilità e dell'apprezzamento teorico bensì sulla inequivoca consapevolezza e volontarietà di agire *contra aegrum*.

Nel caso per ultimo esaminato la «conoscenza» del chirurgo si è fermata ancor prima, per non aver saputo – il dibattimento – provare oltre il dubbio ragionevole nemmeno il presupposto della conoscenza che si è voluto rimproverare. La sua riqualificazione è necessitata.

5.5 – Conclusioni sull'elemento psichico –

Il percorso analitico sin qui compiuto conduce questa Corte decidente ad **escludere, con convinzione, la sostenibilità giuridica del *dolo***, persino nella sua declinazione di minor rigore del *dolo eventuale* giacché – partiti da premesse teoriche anche corrette – in tutti i casi esplorati la complessa realtà volitiva di quest'ultimo coefficiente psichico è, in definitiva, svaporata nella mera *accettazione del rischio*: “...espressione tra le più abusate, ambigue, non chiare, dell'armamentario concettuale e lessicale della materia in esame. La si vede utilizzata in giurisprudenza in forma retorica quale espressione di maniera, per coprire le soluzioni più diverse...” (Cass. SS.UU. THYSSEN), e comunque sempre utilizzata, quando è consentito farlo, quale espressione della *rappresentazione* e non della *volizione* eppertanto inutile ai fini del *discrimen* fra *dolo* e colpa cosciente dov'è, invece, necessario “...andare alla ricerca della volontà o meglio di qualcosa ad essa equivalente nella considerazione umana, in modo che possa essere sensatamente mosso il rimprovero doloso e la consapevolezza quindi si concretizzi. Tale essenziale atteggiamento difetta assolutamente nella mera accettazione del rischio, che trascura l'essenziale relazione tra condotta volontaria ed evento...” (ancora SS.UU. THYSSEN, *ibidem* p. 181).

Se, dunque, il *dolo* implica “...non la semplice accettazione di una situazione rischiosa ma l'accettazione di un definito evento...” (pag. 190), allora non si può non constatare che, nel caso di specie, l'indagine si è fermata alla rappresentazione del rischio senza neppure affrontare l'accettazione di un definito evento e, men che meno, la ricerca della volontà o meglio di qualcosa ad essa equivalente nella considerazione umana.

E, forse, non è casuale che detta ricerca – a ben vedere non mancata, dato l'impegno dibattimentale dispiegato, ma decisamente infruttuosa – conduca ad un approdo contrario a quello ascrivito dalle imputazioni.

Per rimanere, infatti, all'attività chirurgica rimproverata agli odierni giudicabili (peraltro, senza troppa coerenza tra i casi scrutinati, simili per approccio interiore eppure diversamente sanzionati, addebitando rischi e responsabilità di altre discipline, prima fra tutte l'anestesia e la rianimazione, a titolo di colpa agli anestesisti e a titolo di dolo ai chirurghi, con un percorso logico-giuridico che a questa Corte sfugge nella sua essenzialità), se la ricerca sul piano della prova in concreto può essere agevole (*recte*: "può apparire" agevole), quanto alla rappresentazione, diviene impervia quanto all'elemento volitivo, sussistente solo quando la morte del paziente è stata ponderata dall'autore del reato come costo (previsto e non meramente prevedibile e, soprattutto accettato) della propria azione, realizzata per conseguire il fine perseguito (in ipotesi: il fine di lucro per sé e per la struttura sanitaria).

Se da un lato, infatti, il medico operatore, anche il più cinicamente egotista è sempre in grado, in linea di principio – per strumenti culturali, competenza, capacità ed esperienza – di rappresentarsi come evenienza possibile il verificarsi di un esito clinicamente infausto (ancorché non se lo rappresenti mai col grado di certezza richiesto dal dolo diretto né, men che meno, lo vuole con l'intensità propria del dolo intenzionale), dall'altro lato, il suo operare – nel caso in cui l'esito infausto coincida con il decesso del paziente – manca, pressoché sempre, di una "*concreta adesione psichica all'accadimento dell'evento-morte*". Difetta cioè, pressoché sempre, quell'imprescindibile elemento volontaristico, vale a dire quel che secolare semantica giuridica definisce l'"*animus necandi*": anche avendo riguardo al coefficiente soggettivo "più attenuato" del *dolo eventuale*.

E ciò, a ben riflettere, per ragione di intuitiva evidenza: manca la convenienza perché gli interessi in bilanciamento non sono conflittuali.

Persino quando, in via d'ipotesi, l'esercizio della attività sanitaria sia sorretto solo da narcisismo e/o protagonismo esibizionista, ovvero spregiudicatezza nella sperimentazione scientifica, oppure sete di guadagno o altre spinte emotive ancora, tutte estranee all'esclusivo interesse del malato, comunque ed in ogni caso la morte del paziente è sempre, per il medico, un fallimento professionale prima che umano, destinato – soprattutto se sfrontatamente ripetuto – a soverchiare, vanificandolo, l'obiettivo egoistico perseguito.

Se invero – come si è arrivati a dire per uno dei due odierni imputati, dipingendolo con la massima severità quale individuo più che come chirurgo (di cui si sono, anzi, riconosciute abilità tecniche, ritorcendoglielo contro) – la spinta all'eccessivo "interventismo" di un medico-operatore è, in principalità, sorretta dall'autostima, dalla consapevolezza di sé, da orgogliosa presunzione e perfino megalomania, allora non può essere liquidata come improponibile la prospettazione difensiva che pone (ragionevolmente) in dubbio il requisito della *rappresentazione* e, vieppiù, quello della *volizione*.

Non può esserlo per le medesime (e speculari) implicazioni psicologiche: perché mai rischiare la propria fama, la propria sete di affermazione, perché opacizzare il proprio successo personale rappresentandosi – ed accettando – l'evento infausto, quando quest'ultimo – nel bilanciamento razionale degli interessi, e nella consapevole subordinazione di un determinato bene ad un altro – è la negazione stessa dello scopo perseguito?

L'accettazione dolosa della morte dei pazienti come effetto "*tipico*" della condotta chirurgica è atteggiamento illogico ed irrazionale perché – per rimanere all'indagine psicologica, anche se molto si potrebbe dire sulla "*tipicità*" (visto ch'è semplicemente

terrorizzante il dover ritenere la morte del paziente una “*conseguenza tipica*” dell’intervento chirurgico) – anche il più cinico e spregiudicato degli operatori si avvede che l’obbiettivo di profitto eventualmente perseguito verrà frustrato e negato proprio in ragione del susseguirsi di eventi infausti provocati da interventi inutili o – come, con ridondanza di aggettivi qualificativi, contestano i capi d’accusa – devianti (“*ingiustificati*” ed “*ingiustificabili*”, “*inspiegabili*”, “*contro ogni logica ed utilità*”).

Ciò è tanto vero che nessuna delle prove raccolte – consistite in: pareri medico-scientifici, (pochissime) voci processuali di congiunti, dichiarazioni degli imputati (difesi, a tratti con rabbia, con veemenza, con il furore di chi reputa d’essere un capro espiatorio, ma soprattutto con argomenti medici e scientifici, chiamando a riscontro la letteratura specialistica), esiti di intercettazioni telefoniche – ebbene nessuna delle prove disponibili supporta l’ardita ipotesi di morti volontarie per i signori SCHIAVO, SCOCCHETTI, VAILATI e DALTO, ovvero del loro decesso accettato e messo in conto come tale.

Nessuna prova – tra quelle portate dall’Accusa – è riuscita a dimostrare con il necessario rigore processuale il *dolo eventuale* per la palese insussistenza, in ciascuno dei quattro casi clinici riesaminati, di una disponibilità interiore degli imputati, assimilabile ad un atteggiamento psicologico volontaristico, ad accettare l’evento negativo, poi verificatosi.

§- Non le **consulenze del Pubblico Ministero** che, come si è visto, anche nei più aspri dei loro pareri critici, esulano dal *dolo* per ricadere nel più classico degli addebiti colposi, quest’ultimo, del resto, perfettamente compatibile anche con la venalità e la finalità economica (Cass., sez. V, 28/06/2011, dep. 6.09.2011, n. 33136, GALLOTTI, che ha annullato, per l’imputato primario cardiocirurgo, anche l’ipotesi di preterintenzionalità, neppure adombrando fattispecie ancor più severa).

Non la pretesa “**numerosità**” delle violazioni di *best practises*, giacché la S.C. ne ha imposto un confronto in senso avverso a quello affrontato dai primi Giudici (chiedendo di misurarsi con “...*la storia e le pregresse esperienze professionali dei prevenuti, sotto il profilo della possibile convinzione dei chirurghi BREGA MASSONE e PRESICCI di essere in grado, sulla base dell’esperienza maturata, di controllare il rischio operatorio...*”): «...**quello che io appresi all’Istituto dei Tumori è quello che poi misi in pratica. Praticamente fu una continuità in campo lavorativo e di pensiero, per cui io cercai...cioè, non modificai, diciamo, quelli che erano stati gli indirizzi per cui ero stato...di cui mi avevano insegnato, diciamo così, nel senso che io ho avuto tutta una serie di primari, ma anche se cambiarono i primari in realtà la continuità e l’indicazione era sempre la stessa. Questo sia nell’ambito senologico che nell’ambito chirurgico toracico...**» (imp. BREGA MASSONE).

Non la censurata **adesione al *modus operandi*** del primario, affermazione in sé insignificante ai fini qui d’interesse: «...*nel caso di specie, l’analisi approfondita delle condotte di cui alle diverse imputazioni a carico sia di PRESICCI (...) sia di PANSERA (...) ha dimostrato che anche la loro condotta non è stata orientata da un’errata individuazione della terapia corretta per singoli pazienti fuorviata per ragioni di imprudenza, imperizia, negligenza, correlate alla specificità del caso concreto, ma al contrario gli stessi hanno sistematicamente condiviso il *modus operandi* di BREGA, senza peritarsi delle evidenti e ripetute violazioni del principio di gradualità e di tutte le cautele previste nell’ars medica a tutela del paziente...(...)...si è avuto modo di accertare che la scelta chirurgica (...) è stata praticata di volta in volta dagli imputati dalla piena consapevolezza (...) che agivano in assenza dei presupposti per la stessa...(...)...*» (pag. 119, della gravata sentenza).

Non di certo **le dichiarazioni degli imputati** che, oltre a contrastare in radice gli addebiti – il che mantiene una validità processuale limitata al loro intimo sentire ma pur sempre rilevante proprio nella ricerca che si è qui demandati a fare – hanno respinto con sdegno ogni accusa che presupponesse o anche solo evocasse indifferenza e scarsa considerazione dell'ammalato e delle sue sofferenze.

Si veda, solo per fare un esempio di quel che si vuole intendere, la reazione furente – ma soprattutto se ne apprezzino i toni di risentita foga – del dott. PRESICCI alla domanda del P.M. se non avesse per caso provato pena compassionevole di fronte ad una paziente anziana e fragile come VAILATI CANTA Giuseppina (si rammenta: l'unico dei quattro in cui egli è stato primo operatore e non aiuto del Primario), domanda per l'appunto diretta alla sola esplorazione psichica:

P.M....questa è proprio soltanto su una condizione psicologica sua, null'altro...io voglio sapere cosa provava...

L'opposizione della Difesa alla ammissibilità della domanda veniva superata dalla Presidente del Collegio giudicante proprio in ragione della sua astratta utilità allo scopo istruttorio: *"Allora, non è una domanda sui fatti, peraltro il Pubblico Ministero vuole indagare anche l'elemento psicologico del dottor PRESICCI, per cui a prescindere dalla rilevanza o meno, ammettiamo la domanda, cioè quale sentimento ha provato nel momento in cui...?"*.

L'imputato non si è sottratto ed ha così risposto:

PRESICCI – Qui si vuol dare l'impressione che io ero una persona distaccata con i pazienti? Che ero una persona che – scusando l'espressione – se ne fregava dei pazienti? Ma stiamo scherzando? Ma stiamo veramente scherzando? Io quando ricevevo un paziente in Pronto Soccorso trascorrevi del tempo con lui accanto al suo letto, se era necessario gli stringevo la mano. Prima di andarmene – anche se avevo lasciato il camice – e il paziente mi chiamava perché abbiamo bisogno anche di una parola, di un sorriso o di un commento sull'ultima partita di calcio – certamente non mi sarei allontanato, mi sarei soffermato. Qui mi si dice se i pazienti mi facevano pena?, ma stiamo scherzando? Vogliamo ancora continuare su questa falsariga a farci apparire come degli assassini? Ma stiamo scherzando? L'elemento psicologico?! Certo che con la paziente c'avevo parlato, certo che la paziente la vedevo. Questa era una paziente...per quale motivo giunge in Pronto Soccorso? Perché da un anno perdeva peso, da tre mesi aveva questa tumefazione sovraclaveare, qualcuno l'aveva mai vista? Quando giunge da noi, non solo io – lo ripeto – ma altri due medici la vedono, la visitano. Io faccio – penso di fare – soltanto una biopsia sovraclaveare, perché? Anche con una malattia così avanzata nei pazienti anziani...quel tipo di patologie possono avere una buona risposta. Ma non mi si venga a dire che io con i pazienti ero distaccato, perché ho sopportato tutto in questi cinque anni e chissà quanti anni ne sopporterò, ma non mi si venga a dire che con i pazienti ero distaccato, che li lasciavo perdere, perché questa è una cosa che non posso assolutamente accettare – se volete conoscere il mio profilo psicologico, questo assolutamente non lo accetto!

La sincerità del risentimento per chi non ammette si dubiti della sua empatia verso l'ammalato traspare non solo dalla voce del diretto interessato, che potrebbe anche essere *mise en scene* processuale, ma anche dalla testimonianza – assunta nel processo "madre" di cui il presente è stralcio e che ha fatto ingresso negli atti per concorde volontà delle Parti sicché è pienamente utilizzabile – rilasciata dal prof. Lorenzo SPAGGIARI, dello I.E.O. di Milano, chirurgo toracico di chiara fama e a tratti piuttosto impietoso sulla competenza chirurgica altrui. Eppure con riguardo al dato residuale che qui conta analizzare, egli rispondeva:

SPAGGIARI – *devo dire che da un punto di vista umano e di presa in carico del paziente e anche di presa in carico della sua responsabilità su questo non c'è da dire niente. Mi spiego, lui [intende Fabio PRESICCI, ovviamente: ndr] era uno... c'era... presente in reparto alle otto meno un quarto, tutti i giorni, rimaneva fino a tardi in reparto, si faceva carico dei pazienti in reparto e devo dire anche che è molto empatico con i pazienti, cioè aveva un bel modo di fare, direi "tipicamente siciliano", cioè questa presa in cura, questo ascoltarli a lungo...*

Il teste racconta, ad esemplificazione, di un proprio paziente che, dopo l'intervento chirurgico, nei successivi controlli periodici, si era fatto seguire non dal professore ma dal dott. PRESICCI, proprio per la sua carica umana, la sua *compliance* con il malato: "...il paziente che io operai, quello che vi ho detto, nel 2003, poi andò da lui a farsi seguire, non venne da me, dopo che io gli avevo fatto la pneumonectomia, perché poi lui gli stette molto vicino e quindi fu sorvegliato da lui nel follow up. Questo per dire che, da un punto di vista sicuramente umano, empatico nei confronti dei pazienti e anche professionale...nulla da dire, assolutamente nulla da dire..."

Anche l'avidità non sembra essere mai stato un tratto distintivo della sua personalità:

SPAGGIARI – *...quando io ho saputo della sua vicenda, la cosa che più mi ha sconcertato, è stato il problema dei soldi. Fabio non gliene è mai fregato – scusate il termine – niente dei soldi, non ha mai fatto una campagna in Istituto sulla libera professione, non ha mai cercato il paziente solvente da operare...*

Non sono d'aiuto, ai fini qui d'interesse, neppure **le intercettazioni telefoniche**, le quali non solo non sorreggono la prospettazione che gli imputati avrebbero (soggettivamente) operato inutilmente, consapevoli di procedere in assenza di indicazione chirurgica nei quattro casi *sub judice*, per l'evidente ragione che dalla loro lettura non si ricavano riferimenti, informazioni, stati d'animo, consapevolezza d'aver operato con la quasi-cerchezza di un esito infausto; non solo non si rinviene alcun elemento che possa dirsi attinente ai casi contestati ma i riferimenti più conferenti al tema non ancora in giudicato evidenziano circostanze di segno opposto.

Questa Corte dissente, dunque, dal richiamo *per relationem* cui si è affidato il primo Giudice: "...*gli esiti delle intercettazioni telefoniche sono stati considerati ampiamente anche nel procedimento nr. 18228/07 RGNR, cui si rimanda, condividendosi sia la cernita operata, sia il giudizio complessivo ivi espresso...*" (pag. 62 della gravata sentenza).

La cernita colà operata ed il giudizio complessivo ivi espresso saranno stati senz'altro adeguati per quei casi, ma non lo sono affatto per l'analisi che qui si è dovuto compiere.

Si vuol dire, cioè, che nelle conversazioni che hanno ad oggetto casi clinici – poche, lo si deve ribadire, e nessuna che riguardi i quattro pazienti tuttora *sub judicio* – gli imputati rivendicano la correttezza della scelta chirurgica praticata e mai sono sfiorati dal dubbio che taluno possa, con fondamento scientifico, contestargliela.

Dice bene la Difesa appellante: «...*Per mesi, infatti, si ritroverà nelle telefonate intercettate tra i tre chirurghi una difesa ripetitiva e quasi ossessiva, eppure, parlando tra loro, parlando con MERLANO o con i propri familiari, in nessuna delle conversazioni si ricava un solo passaggio in cui si faccia solo pensare che un intervento non ha indicazione dal loro punto di vista...*» (MOTIVI AGGIUNTI/BREGA, pag. 26: ed in questa fase processuale "il loro punto di vista" è l'unico a dover essere ancora preso in considerazione).

Ciò che, *in primis*, Pierpaolo BREGA MASSONE, il quale, va detto, della approssimativa, semplicistica enfaticizzazione *mass-mediatica* di brani di conversazione (propria ed altrui) diverrà la 'prima vittima', mostra di temere per davvero – ben sapendosi esposto quale primario – è l'emersione delle pratiche truffaldine ("...*ste persone che ti*

dicevano...pompate, pompate, pompate...tra le cartelle, chissà quante saranno pompate e mi arresteranno come truffatore...”; SMS del 30/09/2007: «ormai non dormo + Sono disperato. Tra le cartelle kissa qnte saranno pompate e mi arresteranno come truffatore. L arsenio lupin della chirurgia») non certo di sciagurate pratiche operatorie e. men che meno, di avere deliberatamente accettato la morte dei pazienti.

Anzi, il contrario, vi si rintraccia la puntuta rivendicazione d’aver agito per il meglio. BREGA MASSONE si rivolge sempre al proprio interlocutore ribadendo l’intima convinzione della scelta chirurgica effettuata, basata sulla letteratura medico-scientifica e sulla persuasione di aver operato ‘in scienza e coscienza’.

Quale dolo eventuale si vuol rintracciare in anatemi del seguente tenore?

«...dal punto di vista “**indicazione**” io sono tranquillo...Quindi, voglio dire, noi abbiamo sempre rispettato quei canoni, poi, se qualcuno non è d’accordo, a me non me ne frega un cazzo, poi io avrò il mio perito e vedremo...»: il che è esattamente ciò che ha fatto – assieme al Collega PRESICCI – per tutto il corso dei due processi che lo hanno riguardato, ed in tutti i loro gradi, sino alla sede di legittimità. Ha preteso che la scienza chirurgica testimoniassero in suo favore.

Ciò che lo fa(ceva) infuriare è l’indagine amministrativa (su taluni casi di TBC, mal gestiti a parere dell’Azienda sanitaria) che reputa strumentale: è una storia “...allucinantemente inverosimile...”, “un’accusa infangante e bastarda” (tel. n. 43 del 30/09/2007); “...questa dell’ASL è veramente una cosa, cioè, indegna!; cioè noi non la meritiamo. E di questo io ne sono, ne sono perfettamente sicuro...” (ibidem).

Ciò che però gli “...rode dentro in modo bestiale...” è il fatto di essere “...accusato di operare chi non devo...” (tel. n. 12389 dell’8/05/2008), mentre è perfettamente consapevole che qualche fondato addebito possa derivare dalla disinvolta, per usare lieve eufemismo, compilazione delle cartelle “pompate”:

BREGA – ah, beh, ma sa, l’inquisizione è legata alle cartelle cliniche, eh, professore?

MEZZETTI – lo so, lo so, Paolo.

BREGA – non è legata al caso della TBC, eh! (tel. n. 85 del 2/10/2007)

Quanto alle accuse penali non sembravano occupare i suoi pensieri:

«...allora...ma la **magistratura è relativa**, cioè la magistratura è per le cartelle [pur essendo un medico e non un giurista, l’imputato ha ben chiara la distinzione tra cartelle falsificate per rimborsi truffaldini e operazioni chirurgiche decise fuori da ogni indicazione scientifica. Ed ha ragione. Infatti, cfr. CAP. 6 che segue: ndr] **ma io ho tutto un altro problema**, che è quello di non lavorare per colpa di una cosa dell’ASL, non è quello il problema, hai capito? (...), **la magistratura è un’altra cosa, chi se ne frega**, ma lì il problema è quello dell’accreditamento della toracica...» (tel. n. 39 del 4/10/2007, BREGA/BEA)

Dice nuovamente bene, allora, la Difesa: “...ritenere che BREGA operasse con la positiva adesione alla verifica della morte del paziente, significa porlo al di fuori della logica e della psicologia comune e avrebbe comportato la necessità di una indagine psichiatrica sul prevenuto, per accertarne l’integrità psichica ovvero la esistenza di una personalità abnorme, affetta da gravi disturbi psichiatrici...” (pag. 13 della memoria difensiva prodotta nei precedenti gradi del presente procedimento penale).

Non solo. Per paradosso, proprio quel che si è sempre rimproverato al dottor BREGA MASSONE – ego smisurato (su cui è, diciamo, “reo confesso”: «io penso di avere l’ego esagerato»²) e sovrastima di sé e delle proprie capacità tecniche (che, peraltro, gli sono

² ...tratto personologico che lo ha condotto a qualche spocchioso eccesso: “io so di essere il miglior chirurgo del mondo, di essere molto preparato” (n. 12389 dell’8/05/2008) tanto d’aver guidato

state riconosciute anche da chi, involontariamente, ha assunto il ruolo di fustigatore dei suoi “costumi professionali” ¹⁰) – finisce per scagionarlo dall'accusa di operare con la *positiva adesione alla verifica della morte del paziente*. Perché incoerente con la sua personalità, che è di dedizione assoluta al lavoro, un riempitivo della sua esistenza, che rimpiange, con rammarico e rincrescimento, ritenendo d'essere vittima di macchinazioni ed invidie professionali.

Il reparto di Chirurgia Toracica come la propria creatura: “...*ti distruggono il tuo reparto, che avevo costruito e...con tanto tempo (...), questo mi fa un po' incazzare. Forse gli errori di leggerezza ci sono anche stati, cioè quello di fidarmi di 'ste persone che ti dicevano: "mah, sai, con tutti sti controllo, pompare, pompare e pompare, poi, alla fine..."*”; “...*mi trovo fuori da un posto che avevo costruito in cinque anni, eccetera...e vedere che ci vada un altro e, poi, pensare di non potere mai fare più il responsabile...*” (tel. n. 155 del 5/10/2007).

L'intima convinzione di essere “insostituibile”: “...*io aspetto solo che qualcuno venga a fare meglio di me...è impossibile...*” (int. n. 445 del 18/10/2007) ed il riferimento non è (solo) alle capacità chirurgiche ma alla capacità di attrarre pazienti – e dunque di fare *business* – grazie alle prime: “...*è stato ripreso solo ed esclusivamente per disperazione, perché nessuno delle persone intelligenti, che fanno parte, comunque delle Università e delle cose, venivano in quel posto a bruciarsi, perché sanno che dopo di me, che ho prodotto 3 milioni di euro, dal punto di vista economico, e che ho operato 250 pazienti in un anno, il confronto è un'inchappettata. Questo ha sessant'anni, tanto per incominciare è prepensionato da cinque perché fino adesso, dopo che se n'è andato dalla Santa Rita, ha provato a Monza, al Policlinico di Monza, e dopo un anno l'hanno cacciato a calci nel culo, dopo due morti sul tavolo...*”: come si vede i morti sul tavolo sono un problema degli

un'equipe destinata a magnifiche sorti e progressive: “*sono mille interventi, uno più forte dell'altro!*” (n. 2758 dell'8 maggio 2008 con l'odierno coimputato Fabio PRESICCI).

¹⁰ Il riferimento è, ovviamente, al commento di un medico, la dott.ssa GALASSO – al telefono con un collega, il dott. Vito CARBONI – la quale afferma: “*se controllano le cartelle, tu lo sai che il principe di queste cose è BREGA MASSONE, no? Non c'è bisogno che lo dica io*”.

Ebbene, chiarirà la diretta interessata (v. in ud. 22/05/2013) che il commento di che trattasi (ed in effetti, contestualizzando, si comprende che è davvero così) era riferito ad uno degli espedienti – di cui si vociferava in clinica – per garantire maggiori introiti ai vari reparti e non già concernenti scellerate scelte chirurgiche: “...*la fonte era una fonte di corridoio...*”, non potuta personalmente verificare né voluta personalmente approfondire (“*non ho mai toccato con mano questo fatto*”), riguardante i ripetuti passaggi nel reparto di riabilitazione: “...*quello che dicevano, ribadisco che io non ho toccato con mano, è che alcuni pazienti si trovavano acuto-riabilitazione, riabilitazione-acuto, più volte...*”. Di queste “cose”, BREGA era il “principe”, non di altro: “...*il concetto è che la voce era quella che in Chirurgia Toracica ci fossero troppi passaggi dall'acuto alla riabilitazione...*”.

Quanto al resto: “...*io non ho niente da dire sull'operato del dottor BREGA, ribadisco...*”; “...*gestiva molto bene il reparto, questo l'ho già detto, era sempre presente...*”; “...*io ho condiviso con lui e con la sua equipe alcuni malati di Pronto Soccorso e non ho avuto niente da ridire e i pazienti erano contenti. Ho passato al dottor BREGA, credo, un paio di interventi di elezione, i pazienti erano da preparare per un intervento di protesica e sono emerse delle problematiche a livello toracico, pazienti che sono stati gestiti, operati, curati dal dottor BREGA e che erano assolutamente contenti...*”.

Poiché la teste è stata giudicata di assoluta attendibilità dal P.M. precedente e da tutti i giudici di merito (come ben si evince dalla lettura delle sentenze) se ne deva arguire che – quanto al profilo psichico in esplorazione – nulla si ricava neppure dalla sopracitata voce processuale. Quanto alle morti dei pazienti, ben si intenda, non sugli espedienti che connotavano il «sistema Santa Rita».

altri Primari, non rientrando nell'universo logico e professionale del dott. BREGA MASSONE (al tel. con Antonella MANCA, il 26/05/2008, progr. 13312).

Il malcelato orgoglio per le proprie competenze, la smisurata ambizione, esposte ai colleghi (cfr. BREGA/SPINI: tel. n. 580 del 26/10/2007): "...beh, quello noi non lo facciamo, ci rifiutiamo...(...)...noi divarichiamo tutto. Cioè, di per sé, il taglio, chiamiamolo, "interno" è sempre completamente dalla colonna vertebrale fino allo sterno, perché tu la muscolatura la incidi sotto, però è l'estetica che tu hai, non hai, e **noi non tagliamo mai i muscoli**...cioè, nel senso, noi entriamo tra pettorale e dorsale...ed in pratica, **non incidiamo mai questi muscoli superficiali, per cui il paziente recupera molto prima...il taglio è proprio piccolo. Facciamo le minitoracotomie, però con quello noi facciamo tutto, pneumonectomia e lobectomia...(arriviamo dall'Istituto dei Tumori, per cui facciamo...cioè, diciamo, tutte quelle che sono le novità, tra virgolette, perché abbiamo fatto, cioè, questi lavori erano stati pubblicati da RAVASI, negli anni scorsi, no? Proprio l'incisione, la toracotomia antero-laterale proprio per avere la migliore funzionalità respiratoria perché poi tu, i muscoli glieli riunisci e non ne hai inciso neanche uno...**". Come si vede non è certo il dialogare del chirurgo prezzolato che sa di discostarsi scientemente ed in modo abnorme dalle linee guida e dalla miglior scienza. È esattamente il contrario: il primo della classe che rivendica l'adozione di tecniche operatorie di valore, sempre nuove, meno invasive, oggetto di pubblicazioni scientifiche.

La vanità, non disgiunta dalla voglia di far bene, il confronto tra la propria bravura e la mediocrità altrui:

BREGA – *mi dice che è un chirurgo della Madonna.*

ANNA (un'amica) – *certo, è il suo ex marito!*

BREGA – *e mi dice che è bravissimo e che è stato anche con STAUDACHER e che ha fatto un sacco di cose...*

ANNA – *ma io ti dico che l'ho visto, nelle urgenze, nello studio a leggersi i libri perché si cag...addosso. Però non so lei cosa ha visto.*

BREGA – *ah, beh, sai, leggersi il libro può anche essere uno scrupoloso. Anch'io mi rileggo il libro, non perché mi c...addosso, perché voglio andarlo a rivedere e farlo bene, l'intervento (tel. n. 7756 del 27/02/2008).*

La certezza di essere spiazzato nella difesa se la G.d.F. dovesse contestare gli imbrogli ma di non aver nulla da temere se "osasse" contestargli l'attività chirurgica:

-il 25 febbraio 2008, ad indagini in corso, una signora, parente di un paziente lo chiama per avvisarlo che la Guardia di Finanza l'ha convocata. Il dottor BREGA risponde: «*Va bè, lei dica che c'era un nodulo, cioè quindi l'indicazione era quella che ci ha posto il dottore e basta e che l'intervento è andato bene*».

In ciò si è voluto vedere (cfr. misure cautelari e persino la requisitoria interamente trascritta del primo grado di giudizio) un tentativo di inquinamento probatorio, come se cioè il "nodulo" fosse una invenzione lì per lì proposta dall'allora indagato come suggerimento alla testimone.

Così però non è – o almeno non è logico che così sia da interpretare – perché se si scorre la conversazione fra i due, la signora prosegue dicendo:

– *"Noi portiamo tutto, portiamo tutte le varie cose..."*

– *"Esatto. Perché lui [il paziente: ndr] ha fatto più interventi, anche cardiologici"* (non dovrebbe essere questa la risposta di chi teme che nelle cartelle cliniche non vi sia alcuna indicazione "congrua", avendo praticato un intervento "abnorme").

– *"Certo. Noi portiamo sia la cartella clinica dell'intervento al polmone che tutta l'altra documentazione. Poi le sapremo dire"*

– “No, certo. *Sono molto curioso. Mi faccia sapere, signora*” (e ancora prima, rispondendo alla signora, senza particolari patemi, che gli chiede se sa le ragioni della convocazione: “*Mah, guardi, io non ne ho la minima idea, nel senso che, sa, tutto è possibile*”).

La disponibilità ad informare il paziente anche oltre ciò che appare dalla modulistica scritta e prestampata (cfr. tel. **13864 del 6/06/2008**), il che confligge – e non conforta – una ipotesi di dolo dimostrata (anche) dalla surrettizia sottoposizione di fogli in bianco, da riempire *ex post* con indicazioni ideologicamente false.

Tanto più che sul c.d. «consenso informato» il grande risalto che si volesse dare – come in effetti si è dato nei precedenti gradi di merito – alla trasandatezza compilativa delle schede (più vistosa in quelle anestesiolgiche che in quelle chirurgiche anche se sono state tutte imputate agli odierni giudicabili ed in particolare a BREGA MASSONE) sarebbe *inutiliter dato* perché non terrebbe conto di una grande verità esposta con efficacia dai proff. SARTORI e GATTINONI, il primo chirurgo, il secondo anestesista: «...*io sul consenso informato non sono tanto d'accordo, o meglio è ovvio che ci debba essere, però oggi il consenso informato nella stragrande maggioranza dei casi è un foglio che viene messo sul letto del malato con un invito pressante, più o meno larvato, a firmarlo...il consenso informato deve essere firmato dopo un lungo colloquio chiarificatore col malato che deve comprendere esattamente cosa si sta a fare...in questo caso (quello cioè del foglio che viene messo sul letto del malato: ndr), se non si fa così (se cioè non lo si fa precedere dal lungo colloquio chiarificatore: ndr) il consenso informato garantisce il medico, non garantisce il malato...*» (SARTORI, 5/06/2013, pagg. 50-52).

«...*da un certo punto di vista il consenso informato io lo vedo un po' come la somma dell'ipocrisia anglosassone...*» (GATTINONI, 26/06/2013, pag.25-29, forse riferendosi al fatto che fu un giudice inglese del secolo scorso a ricorrere per la prima volta alla locuzione *informed consent*).

Nella telefonata precitata, il dott. BREGA MASSONE sembra aver sposato la nozione sostanzialistica più corretta non quella, disdicevole, del *foglio che viene messo sul letto del malato con un invito pressante, più o meno larvato, a firmarlo*:

BREGA – *sì...no, non, ma è normale, il siero. Anche perché noi, a differenza di altri, facciamo i tagli molto più piccoli, non tagliamo mai il muscolo; il muscolo che viene solo, come dire?, liberato, poi siera...*

MARTINI (congiunta di una paziente) – *sì, sì, comunque...la vedo, non sta prendendo neanche più l'antidolorifico più di tanto, quindi...*

BREGA – *no...no, no, infatti, cioè quello è proprio per...**grazie al tipo di taglio**. Comunque adesso quella è proprio nulla. Io direi: adesso sentiamo cosa dicono gli oncologi medici, e poi ci risentiamo...*

Analogamente, nella tel. n. **463 progr. del 19/10/2007**, conversando con la figlia di una paziente (che tranquillizza e rassicura sulla propria presenza, illustrando le ragioni della medicazione praticata, del perché è stata praticata proprio in quel modo, anticipando gli intendimenti ed i programmi immediati).

Così pure, nella tel. **progr. 652 del 29/10/2007**, spiegando ad un signora, preoccupata per il marito e l'esame che l'uomo deve affrontare, l'atteggiamento è empatico, nulla che faccia trasparire la convinzione che il malato e la malattia siano solo una fonte di guadagno e profitto (**SIGNORA**: *sulla richiesta c'è anche quell'esame lì, dell'aorta, non è un po' pericoloso?...eh, perché sa, noi siamo un po' incompetenti*. **BREGA**: *no, no, no, stia tranquilla signora, assolutamente...sono le strutture che noi vogliamo andare a vedere...ma sono tutte attraverso un esame radiologico, non c'è nulla di pericoloso, lui va sotto la macchina, fa la TAC e, nella TAC gli vedono lo sterno...SIGNORA*: *ah!, gli vedono tutto, ho*

capito; **BREGA**: *l'aorta e tutto...e verranno refertati. Quindi si tranquillizzi, assolutamente...).*

Di analogo tenore le conversazioni nn. 493 del 22/10/2007 e 498 dello stesso giorno, con pazienti diversi che danno conto di un atteggiamento di disponibilità, sia alla spiegazione che alla rassicurazione dei più ansiosi.

Una passione maniacale per il proprio lavoro unita ad uno *stakanovismo* su cui anche i suoi colleghi ironizzavano, individuando il dott. BREGA MASSONE come il “turnista” giusto per i periodi di vacanza, cui poter rifilare la delega direttiva del notaio PIPITONE per il mese di agosto (cfr. progr. n. 39 del 25/07/2007 SAMPIETRO/MERLANO: “...*beh ma, se io, ad esempio proponessi a BREGA di fare il vice-Direttore Sanitario, lui, per avere un blasone in più...(ridendo), secondo me accetterebbe, ambizioso com'è, ti pare?...*”); instancabilità ch'egli riconosce a sé stesso (“...*avevo 39 di febbre...poi sono andato a lavorare lo stesso...sono steso da una influenza bestiale, sono andato a lavorare lo stesso, ovviamente, perché non potevo rimanere a casa, ma adesso questo weekend l'ho passato a letto...*”: progr. 13137 del 23/05/2008).

Emergono, naturalmente, anche l'interesse economico ed i risvolti di profitto personale della professione chirurgica tanto amata – giacché lo spirito non è quello puramente filantropico, il che non sarebbe neppure esigibile – ma non necessariamente in contrapposizione e a sacrificio dei pazienti.

Dopo il licenziamento – presumibile colpo mortale all'orgoglio del dott. BREGA oltre che preludio delle successive disavventure giudiziarie e non – l'imputato sembrava avere ancora a cuore la sorte dei suoi pazienti:

gli chiede (al progr. n. 154 del 9/10/2007) il collega Gianluca MERLANO: “*ma...e quindi, tu, adesso, lì nel reparto cosa fai?...Quanti malati hai ancora?*”

BREGA – *Eh ne ho cinque o sei; appena finito quelli io non vengo più, ovvio...eh, questo è fuori di dubbio. Cioè, anzi, io non dovrei già venire dal 6, in teoria, perché lui mi avrebbe detto di restituire il badge, hai capito?*

MERLANO – *sì.*

BREGA – *E poi se li cura lui, gli ultimi?*

MERLANO – *appunto. Ma lui è precipitoso nelle cose.*

BREGA – *...Invece lui doveva prima lasciar finire tutti i pazienti e poi, eventualmente, fare questa cosa.*

Atteggiamento che lo accomuna al coimputato, dott. Fabio PRESICCI (indiretto protagonista della tel. n. 490 del 22/10/2007):

MEZZETTI – *ma PRESICCI continua ad andare tutti i giorni, però, sì?*

BREGA – *sì, sì, ma anch'io vengo a vedere quei pazienti che ho...*

MEZZETTI – *ah!*

BREGA – *...per correttezza nei loro confronti, questo sicuramente, per cui, per cui...sicuramente...*

Nei «MOTIVI AGGIUNTI» (impugnazione/BREGA) – leggasi a pag. 34 – si segnala “...*per la contrarietà all'immagine del 'venale' dott. BREGA MASSONE divulgata dai media, la telefonata con l'ex paziente LANZA (progr. 542 del 24.10.2007): una conversazione – al pari di tante altre – certamente mai trasmessa per radio, televisione e altro e fin qui parzialmente sfuggita, nel mare magnum del processo, anche ai difensori.*

I due stanno parlando del suocero del sig. LANZA, che il dott. BREGA ha visitato insieme al dott. TANSINI e che presenta problematiche di interesse chirurgico-toracico.

Tutti si aspetterebbero che il cinico e avido dott. BREGA MASSONE non si faccia sfuggire un 'pesce' (per usare la nota metafora) così a portata di amo: il suocero di un ex paziente che si fida e con cui si dà del tu. Praticamente, un gol a porta vuota. Invece...

Invece, il dott. BREGA non sceglie di trattenerlo in Santa Rita ma suggerisce di condurre il paziente "...a Brescia (dove) c'è questa endoscopia interventistica per cui, se per caso notassero che è molto stretto, gli mettono già direttamente una protesi che allarga...per poter respirare meglio...e avere tutto il polmone funzionante e non solo una parte...per non correre rischi, **lo mandiamo lì, che è un centro ultraspecialistico...**".

Analogamente, nella conversazione **progr. 12753 del 16/05/2008**, l'imputato (oramai licenziato dalla Santa Rita ed operatore della San Carlo) sta conversando con la figlia di una signora che presenta i sintomi di una embolia polmonare e l'interlocutrice quasi implora che a curare la madre sia proprio il dott. BREGA – il quale, rimarcando la gravità della situazione, cerca di spiegare ch'è necessaria una struttura con Pronto Soccorso ("eh no, purtroppo dove sono io adesso non c'è Pronto Soccorso") –

La signora però insiste e cerca "espedienti" per far ricoverare la madre presso il reparto dove opera il dott. BREGA:

– e come posso fare per farla ricoverare lì?...e lei non me la cura, allora, me l'abbandona?... e se io 'la metterei', come visita, presso di lei e lei, poi, visitandola, ritiene opportuno di ricoverarla?

BREGA – eh, ma ascolti, le dico, le dico solo questo: se è un'embolia polmonare, eh, cioè, se è sospettata essere un'embolia polmonare, deve andare al Pronto Soccorso perché, probabilmente, verrà ricoverata in rianimazione...Per cui io le direi questo: adesso lei la porti subito al Pronto Soccorso...perché è meglio arrivare prima che dopo...(poi) se è una problematica che posso prenderle io la...gliela prendo sicuramente...se, invece, è una problematica però di quel tipo, quindi da punto di vista, diciamo, medico-scoagulativa è giusto che sia in un reparto adeguato...Poi dopo la vediamo e cerchiamo di capire il perché. Però...

E la signora, figlia della paziente – **no, perché io avevo molta fiducia in lei, capisce?**

BREGA – e però gliela seguo, gliela seguo, assolutamente, dopo. L'unico, l'unico problema in questo momento, per me, è solo di non poterla...

– è fare una diagnosi precisa? – chiede l'interlocutrice.

BREGA – esatto. Eh, no, quello è importante, anche perché se è una patologia di quel tipo, è una patologia medica, non è una patologia chirurgica, quindi ci vogliono dei medici adeguati.

Tutte conversazioni che rivelano un *animus* incompatibile con la colpevolezza dolosa.

6. L'aggravante teleologica dell'aver agito allo scopo di commettere altro reato (segnatamente quello di truffa sub capo A) – la sua manifesta insussistenza.

§- Il primo Giudice ha già (correttamente) escluso la integrazione e la sussistenza dell'aggravante della crudeltà – in effetti improponibile e non solo alla luce della nozione che ne dà, da ultimo, SSUU, sent. 23 giugno 2016 (dep. 29 settembre 2016), n. 40516 – ma ha mantenuto l'aggravante teleologica, qui contestata, per tutti i capi in esame, con la formula dell'aver **commesso il fatto al fine di commettere il delitto di cui al capo A**. Sembra, dunque, necessario riportare il capo d'imputazione A, nella sua parte narrativa essenziale, ai fini qui d'interesse.

Gli odierni giudicabili sono stati, tra l'altro, imputati **del reato p. e p. dagli artt. 110, 81 cpv, 640, 2° co. e 61 n. 7 c.p. perché...ciascuno nelle qualità di seguito descritte, si procuravano l'ingiusto profitto ammontante a € 651.365,00 della percezione di indebiti**

rimborsi per prestazioni sanitarie fornite dalla Casa di Cura Santa Rita s.p.a., con pari danno patrimoniale per la ASL-Città di Milano, che ha erogato le somme e per la Regione Lombardia che ne ha predisposto i relativi stanziamenti, inducendo in errore l'Ente Pubblico sulla regolarità dei pagamenti richiesti, con artifici e raggiri consistiti nel rappresentare falsamente che le patologie per cui venivano ricoverati i pazienti avevano un'univoca indicazione chirurgica.

In particolare, perché BREGA MASSONE Pierpaolo, nella sua qualità di dirigente medico responsabile dell'Unità Operativa di Chirurgia toracica, PRESICCI Pietro Fabio e PANSERA Marco nella loro qualità di membri dell'equipe di chirurgia toracica, presentavano alla ASL competente richieste di rimborso a carico del Servizio Sanitario Nazionale per le prestazioni sanitarie descritte ai capi di incolpazione che seguono (da 1 a 49, esclusi i capi nn. 37, 2^a parte, 43, 44, 45 relativi ad interventi effettuati presso la Clinica San Carlo)...aventi ad oggetto interventi chirurgici eseguiti nel reparto di chirurgia toracica, tutti incongrui e/o inappropriati in ordine alla reale patologia del paziente e/o alle sue condizioni fisiche.

Con l'aggravante del danno patrimoniale di rilevante entità.

In Milano, dal 2 marzo 2005 al 28 settembre 2007.

§- Sembra altresì necessario precisare che sia la *resezione polmonare atipica*, cioè a dire una resezione di tessuto polmonare di estensione variabile (pochi millimetri o qualche centimetro) – variamente definita nelle cartelle cliniche esaminate (*wedge resection*; *precision resection* etc) e codificata ICD-9-CM-3299 (*altra asportazione o demolizione locale di lesione o tessuto polmonare*) – sia la *resezione polmonare tipica*, cioè a dire la pneumonectomia (codice ICD-9-CM-325), lobectomia (codice ICD-9-CM-324) e segmentectomia (codice ICD-9-CM-323), sono in grado di generare il DRG 075, il massimo quanto a valorizzazione economica della chirurgia toracica.

L'esecuzione delle prime, quelle atipiche, o per meglio dire una loro artata codifica è stato l'espedito – secondo la prospettazione accusatoria – cui il «sistema Santa Rita» faceva ricorso per lucrare maggiori rimborsi e trarre in inganno l'Ente Pubblico.

§- Senza alcuna pretesa di porsi in contrasto con pregressi giudicati, non ci si può esimere dal chiarire – anche in ragione della presenza di Parti Civili pubbliche, quali Regione Lombardia e ATS della Città Metropolitana di Milano (già ASL Città di Milano) – che il reato di truffa per indebiti rimborsi sanitari, così com'è stato contestato, non può coesistere *sic et simpliciter* con il reato di lesioni (aggravate o meno che siano dalla morte del paziente) giacché delle due l'una: o la prestazione sanitaria non viene eseguita e, cionondimeno, a mezzo di artificiosa compilazione della Scheda di Dimissione Ospedaliera, la si fa apparire prestata ed allora non v'è dubbio alcuno che l'Ente Pubblico patisca il reato di truffa giacché, indotto in errore, compie un atto di disposizione patrimoniale delle risorse pubbliche a ciò destinate (valevole ad integrare il danno) garantendo un rimborso non dovuto alla struttura ospedaliera (valevole ad integrare l'ingiusto profitto), epperò in tal caso il paziente – che non ha subito alcun intervento *incongruo e/o inappropriato in ordine alla sua reale patologia e/o alle sue condizioni fisiche*, essendo stata la prestazione solo "artatamente rappresentata" – non è persona offesa di alcunché; oppure, viceversa, l'intervento *incongruo e/o inappropriato in ordine alla sua reale patologia e/o alle sue condizioni fisiche* – è stato per davvero effettuato ed allora la vittima (di condotta medica colposa, dolosa o preterintenzionale che dir si voglia) sarà solo l'ammalato, non certo il SSN che si trova a rimborsare la relativa (e realmente eseguita) prestazione medica.

Insomma e per intendersi con una esemplificazione non teorica ma aderente ad almeno uno dei casi omicidiari qui trattati, come subito dopo si vedrà: se – eseguita una biopsia polmonare – il codice che viene inserito nella SDO è relativo ad una resezione polmonare perché di “maggior profitto”, il paziente, per la contraddizione logica che non consente di diversamente opinare – non può certo essere considerato persona offesa di una resezione mai eseguita.

Se, per contro, la resezione polmonare è stata praticata e non doveva esserlo, di tal ché ne è seguito un insulto all'integrità fisica della persona che ha peggiorato le condizioni dell'ammalato tanto da condurlo a morte, l'operatore ne risponderà (per colpa o per altro elemento soggettivo) ma l'Ente pubblico, oblatore di un rimborso per il relativo intervento chirurgico, non ha subito alcun comportamento decettivo, mancando anche tutti gli altri elementi costitutivi del reato di truffa.

Nella specie – e che il giudizio lo si intenda qui circoscritto ai quattro casi in disamina – si è preteso troppo, persino a prescindere dall'elemento soggettivo più adeguato a connotarli, visto che la conclusione non muterebbe neppure se si fosse potuto confermare il profilo doloso.

Si è affermato, elevando i quattro capi di imputazione, che – allo scopo di consumare altrettante frodi – si sono sottoposti i pazienti SCHIAVO, DALTO, SCOCCHETTI e VAILATI a interventi chirurgici “inutili”, “inspiegabili”, “ingiustificabili” tali perché privi di finalità terapeutica e connotati da scopo di puro profitto, così vincolando la Pubblica Accusa ad un onere probatorio assai impegnativo, a tratti diabolico, ed infatti non assolto, al contempo introducendo il rischio, infatti materializzatosi, di un doppio “bisticcio” logico-giuridico:

-logico perché si assume (con il capo A) che l'inganno per la mano pubblica sia consistito *nel rappresentare falsamente che le patologie per cui venivano ricoverati i pazienti avevano un'univoca indicazione chirurgica*, al contempo ascrivendo ai soli chirurghi di avere operato senza alcuna indicazione; cioè a dire addebitando loro interventi che, lungi dall'essere stati “falsamente rappresentati” sono stati – diremmo, purtroppo, con il senno di poi – per davvero eseguiti.

-giuridico perché si assume (con il medesimo capo A) che, nei casi in disamina, l'artificio si sia compendiato nella “inutilità” e nella “inappropriatezza” dell'intervento: che è un po' come configurare un omicidio “aggravato” dal fine di lucro, circostanza aggravante insussistente perché non prevista come tale dalla legge. Ovvero, sostenere che in tutti i casi di morte di pazienti in ospedale per i quali si apra un processo penale – per colpa del medico curante – una truffa non può mancare, avendo il SSN sostenuti i costi di una prestazione sanitaria decisamente inappropriata. Un *nonsense* giuridico prima ancora che logico.

Tanto che entrambi gli imputati ne sono più che consapevoli: non temono “lesioni abusive”. Sono le errate valorizzazioni ad essere nervo scoperto, in particolare il codice 3229, capace di generare l' “appetibile” DRG 075.

BREGA (ai suoi collaboratori) – *...perché, comunque, i codici DRG...noi abbiamo messo i “32 e 29” che a loro non andrà bene...cioè noi abbiamo fatto cose...*(cfr. la già precitata **tel. n. 43 del 30/09/2007** dove si ribadisce che non l'indicazione chirurgica – che sempre c'è stata – a preoccupare gli indagati);

PRESICCI (parlando al Collega MERLANO) – *...l'unico codice su cui loro si potrebbero in qualche modo impuntare è, in pratica, il codice della cosiddetta biopsia endoscopica, ma inteso come biopsia effettuata durante una broncoscopia...cioè biopsia trans-bronchiale. Tutti i codici che noi avevamo inserito: prima, praticamente, la “resezione atipica” poi, in*

pratica, la asportazione del polmone, “altra asportazione polmonare”, davano comunque come codifica, come codifica finale del DRG, sempre lo “075” (progr. 502 del 23/11/2007).

§- Si è, dunque, costretti a dissentire dalla conclusione cui è pervenuto il primo Giudice, laddove a pag. 37 scrive: «...non vi è dubbio...che il riconoscimento di un movente economico sotteso alla realizzazione di interventi chirurgici, che dal punto di vista terapeutico risultino del tutto ingiustificati, dà conto della sussistenza dell'aggravante del nesso teleologico rispetto al reato di truffa che, **secondo l'assunto accusatorio, è stato realizzato, anche laddove quanto esposto nello SDO corrispondeva effettivamente all'attività svolta, proprio per il fatto che le prestazioni erano state realizzate, anche se la condizione clinica del paziente non le rendeva necessarie ed utili, col solo fine di ottenere un indebito rimborso da parte degli Enti Pubblici preposti alla gestione del Servizio Sanitario Nazionale...**».

Non è conclusione corretta a partire dall'interpretazione che offre dell'assunto accusatorio che non è affatto quello esposto bensì esattamente l'opposto (si vedano le trascrizioni dell'udienza 10/03/2014 dedicata alla requisitoria del Pubblico Ministero di primo grado ove, chiaramente e giustamente, la Pubblica Accusa distingue perfettamente l'astratta ipotesi di una «lesione per truffare» da una «truffa senza lesione»: fattispecie diverse, non sovrapponibili e, soprattutto, non confondibili).

§- Il caso VAILATI ne è l'esempio più evidente (o meglio: altri ve ne sono agli atti processuali ma – atteso il circoscritto perimetro motivazionale entro il quale questo giudizio è tenuto a mantenersi – se ne deve omettere l'esame).

Nel rappresentare l'«inutilità» dell'intervento, fra gli altri commenti, scrivono i primi Giudici che «...non vi era alcuna necessità di procedere alla **precision resection** ed alle *biopsie pleuriche...*», con ciò volendo intendere una inutile mutilazione con resezione di “un pezzo di polmone”, come suggestivamente si è detto.

Orbene, la paziente VAILATI CANTA Giuseppina non ha subito alcuna *asportazione* più o meno vasta di parenchima polmonare bensì una meno “cruenta” (ma anche meno profittevole e redditizia sotto al profilo economico) biopsia polmonare, come risulta indubitabilmente dalla voce processuale del prof. SARTORI, Consulente del P.M., del dott. SQUICCIARINI, anch'egli C.T. della Pubblica Accusa e persino dal referto dell'anatomopatologo che ha esaminato il campione di parenchima prelevato alla signora.

Nella descrizione dell'intervento, tuttavia, destinata all'Ente pubblico per conseguire il rimborso (e sul frontespizio della cartella clinica) è annotato il codice 3229 (cioè quello che fa conseguire il DRG di maggior peso in quanto indicativo delle resezioni), “abbattuto” dai NOC e ricondotto al codice più appropriato (3327) delle biopsie polmonari. O meglio: che “sarebbe stato abbattuto” se la cartella della signora VAILATI fosse stata tra quelle – prese a campione – per essere scrutinate nella loro corretta codifica.

Non si può non convenirne, dunque: in riferimento al capo 47, la *precision resection* indicata nella SDO della paziente potrà essere un artificio per trarre in inganno la mano pubblica e ottenere un indebito rimborso; non certo una “lesione”, mai praticata, ai danni della signora VAILATI, sicché l'affermazione contenuta in sentenza («...è evidente che ai fini diagnostici delle *precision resection* non sono necessarie, bastando delle *biopsie...*»: p. 151) rischia d'essere equivoca se prima non si scioglie il dubbio tra una *precision resection* davvero praticata ed una solo esposta a fini economici.

Che, del resto, con deduzione *a fortiori*, non possa essere “lesione” polmonare penalmente rilevante quella che ha coinvolto la paziente, signora VAILATI, lo si evince dalle concordi

affermazioni degli specialisti e del prof. SARTORI, in particolare, teste-guida e riferimento privilegiato dei primi Giudici, che nel distinguere le resezioni *atipiche* da quelle *tipiche* si è così espresso (all'ud. 03/06/2013, pag. 76 delle trascrizioni): «...*la resezione atipica comporta un sacrificio di polmone estremamente limitato, mentre la resezione tipica [cioè a dire la pneumonectomia, la lobectomia e la segmentectomia: ndr] comporta l'asportazione di un segmento che è un bel pezzo di polmone e il lobo ancora di più. Quindi dal punto di vista funzionale la resezione atipica non comporta nessun danno...*».

La conclusione logico-giuridica doverosamente conseguente non può che essere una.

Partendo dalla constatazione che le resezioni polmonari generano il più oneroso (per il SSN) e, specularmente, il più profittevole (per le cliniche private) DRG, se il paziente la subisce davvero inutilmente (a scopo di lucro, con pregiudizio grave o addirittura letifero) essa rientrerà certamente nella nozione di “malattia” (evento del reato di cui all'art. 582 c.p.) ovvero causa di morte (evento del reato di omicidio nelle sue diverse declinazioni), ma – oltre a non poter essere *artificio* e *raggiro* (nell'accezione voluta dall'art. 640 c.p.) – potrà essere senz'altro “reato d'evento” se è resezione *tipica*; se è invece *atipica* – quindi *dal punto di vista funzionale* non ha comportato *nessun danno* – può esserlo solo accedendo alla giurisprudenza (adottata dal primo Giudice e condivisa dal Giudice di legittimità sia del processo “principale” di cui il presente è mero stralcio, sia dal Giudice di legittimità rescindente di questo) dell'intervento chirurgico lesivo in sé, giacché – aderendo ad altra (e già precitata) – il reato non sussisterebbe per mancanza di evento.

Se così non fosse, d'altro canto, risulterebbe del tutto inspiegabile il quesito tecnico che dava avvio alle indagini preliminari, volto a verificare la correttezza della codifica delle prestazioni sanitarie erogate, ai fini della loro valorizzazione, rispetto alle conseguenti richieste di rimborso: *dica il consulente se vi sia stata una corretta codifica delle prestazioni sanitarie erogate e in quale misura le modalità di erogazione delle stesse si posiziona rispetto al contesto regionale di riferimento; qualora venissero individuate anomalie nella codifica e nella modalità di erogazione quantifichi la diversa valorizzazione delle prestazioni indicando il danno subito dall'ente pubblico: di «danno» dell'Ente pubblico e di pari «ingiustizia del profitto» può con fondamento discettarsi solo in presenza di preordinate anomalie nella codifica, con rimborsi richiesti per prestazioni mai rese.*

Il *focus* dello scrutinio si spostava solo successivamente sulla valutazione di «incongruità» dell'intervento allorquando il C.T. (dott. Paolo SQUICCIARINI) “...*approfondendo...e quindi valutando le cartelle cliniche mi sono accorto che queste situazioni erano situazioni – a mio parere – non di semplice non corretta valutazione del DRG, bensì di non rispetto di quelli che erano gli step diagnostici...*”: il “*non rispetto degli step diagnostici*” è così divenuto il principale e unico addebito di deviazione delle linee-guida e cioè a dire di violazione della «...*regola fondamentale dell'ars medica che impone di procedere dalla minor alla maggior invasività negli accertamenti, secondo il principio della gradualità...*» (gravata sentenza, pag. 22).

Orbene, nemmeno il caso VAILATI – unico a far palese sia pure con limitato riferimento alla *precision resection* una *anomalia nella codifica* sicché unico ad aver comportato una richiesta di rimborso “gonfiata” e dunque unico ad aver bisogno di specifico accertamento istruttorio sull'aggravante teleologica – ha poi resistito al vaglio dibattimentale che avrebbe dovuto provare la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 2 c.p. nel suo caso specifico e non in astratto, valendo indiscriminatamente per tutti i DRG “pompati”, come icasticamente s'è detto, nel corso degli anni.

Si sarebbe cioè dovuto provare, oltre il dubbio ragionevole, la sottoposizione della signora all'intervento, in concreto e per davvero praticatole, al solo scopo di perpetrare una truffa,

obiettivo processuale non raggiunto che ha lasciato il posto ad altro fatto di reato provato: la Clinica Santa Rita, nel caso VAILATI, ha ottenuto un rimborso indebito, artatamente rappresentando d'aver praticato una *resezione* di maggior impegno economico ed invece praticando una “semplice” biopsia: il differenziale fra ciò che chiedeva ed aveva diritto di ottenere costituisce l'ingiusto profitto con pari danno: condotta – separatamente giudicata e qui non più oggetto di disamina – comunque consumata *ex post* rispetto alla prestazione sanitaria eseguita.

Che, del resto, il dottor PRESICCI, odierno giudicabile, allorché in Pronto Soccorso prendeva in carico la paziente, signora VAILATI CANTA Giuseppina, non ne disponesse il ricovero allo scopo di consumare truffe è *per tabulas*: la sua prima indicazione fu la biopsia del pacchetto linfonodale, che non è un intervento toracico in senso stretto, non differisce, in termini economici dall'agobiopsia proposta dai CC.TT. del P.M. (e del prof. SARTORI, in particolare) e, soprattutto non implica il codice 075, quello più oneroso per la Sanità pubblica, a cui – secondo la prospettazione accusatoria – gli imputati “tendevano”.

L'imputato Fabio PRESICCI, come già chiarito, mutava strategia solo dopo aver visionato una TAC che confermava il suo sospetto diagnostico.

Egli in dibattimento ha fornito ragione del proprio comportamento di allora, spiegando perché aveva prima indicato e poi ritenuto di escludere – in quanto non dirimente per avere una diagnosi – l'agobiopsia: dalla visione della TAC, si era avveduto che i linfonodi erano a contenuto liquido ed apparivano necrotici: “...non avevano una colorazione omogenea, avevano una colorazione disomogenea. La colorazione disomogenea di un linfonodo è indice di cattiva vascolarizzazione, è indice di necrosi, è indice di distruzione cellulare, quindi di colliquazione. Questo è vedere una TAC ed interpretarla e quindi in un certo senso distaccarsi un attimo da quella che è la semplicità di un referto scritto...” (pag. 75 delle trascrizioni 18/11/2013; cfr. altresì le dichiarazioni BREGA MASSONE in trascrizioni 4/12/2013, pag. 16).

L'imputato ha dunque compiuto una valutazione strettamente tecnica, giusta o sbagliata che sia ma in ogni caso avvalorata da (qualificati) specialisti chiamati a deporre e sorretta da corposa bibliografia (basti uno sguardo a quella depositata all'udienza del 24/02/2014).

In questo contesto ed in questa fase processuale, è troppo tardi verificare se alla astratta correttezza sia seguita la corretta applicazione, sicché non rimane che chiedersi se l'intervento praticato potesse rappresentare agli occhi dei due chirurghi operatori una soluzione plausibile, razionale, allineata allo stato del sapere scientifico che, in effetti, elegge la VATS a trattamento idoneo ed efficace alla palliazione dei pazienti con insufficienza respiratoria da versamento pleurico ed atelectasia polmonare.

E siccome la risposta è positivamente documentale, ancorare il dolo, come si è fatto in prime cure, alla “volontà di procedere” comunque all'intervento più costoso a fini fraudolenti, ritenendo provati in un sol colpo l'omicidio e l'aggravante teleologica, negando ciò che tutte le prove acquisite affermano (“...la sig. ra VAILATI non era stata seguita nell'evolversi della sua malattia e non vi era quindi alcun dato sul versamento per cui si andava ad intervenire...”: sentenza, pag. 704), è vero e proprio travisamento delle emergenze dibattimentali.

Quanto agli altri tre casi – i soli sui quali vi è possibilità, e dovere, di interlocuzione – non v'è prova alcuna che i pazienti SCOCCHETTI, SCHIAVO e DALTO furono condotti al tavolo operatorio allo scopo di consumare altrettante frodi in danno del SSN.

Anzi, almeno per il caso-SCOCCHETTI, come già detto, vi è semmai prova (indiziaria) di segno contrario, di un intento cioè incompatibile con quello di truffaldina “duplicazione” del rimborso.

Per il caso-SCHIAVO il serrato confronto dibattimentale che, a tangente, ha toccato lo specifico punto si è addirittura risolto in una “mano tesa” agli imputati offerta dall’implacabile consulente dell’Accusa che richiesto di precisare se l’opzione della mediastinoscopia – in sostanza, l’esame che permette la visualizzazione diretta dell’area toracica compresa tra i due polmoni (mediastino) attraverso una sonda a fibre ottiche (mediastinoscopio) – rispetto alla (più impegnativa) VATS (qui di speciale difficoltà per la presenza di aderenze e l’assenza di pericardio) sarebbe stata preferibile anche perché meno costosa ha risposto:

SARTORI – *...il punto mi scusi...non è questo. È che quando si conosce una metodica sola, si fa solo quella; se se ne conoscono due, si può scegliere. Non credo che sia una questione di costi. Se uno conosce solo la videoscopia fa la videoscopia; se uno conosce la mediastinoscopia e la videoscopia, può scegliere qual è quella giusta a seconda dei casi...: è pur sempre un addebito “colposo” – l’aver affrontato un intervento troppo laborioso ed arduo conoscendo una metodica sola, la più rischiosa e non “...quella giusta a seconda dei casi...” – ma non offre traccia per sostenere una scelta di puro lucro e men che meno finalizzata alla truffa: tanto più che anomalie di codifica non sono state denunciate.*

Comportando un inasprimento sanzionatorio, anche per l’imputato che pure si è visto riconoscere, a bilanciamento, le circostanze attenuanti generiche, l’aggravante che residua va esclusa per tutti e quattro i capi di imputazione.

7. Il trattamento sanzionatorio – la sua determinazione – l’esposizione dei criteri di quantificazione –

§- L’unitarietà di disegno criminoso e, ancor prima, la nozione stessa di *disegno criminoso* sembra essere ontologicamente incompatibile, per regola e per logica, con più reati preterintenzionali, valendo per questi ciò che, in linea di principio, si è soliti affermare per più reati colposi: la “unicità del disegno criminoso” tipica del reato continuato (art. 81, comma 2, c.p.) mal si concilia con gli uni e con gli altri perché in entrambi l’evento non è voluto dall’agente, così che la condotta, questa sì genericamente voluta, non può considerarsi in alcun modo “finalizzata”.

Ciò diversamente da quello che si sarebbe potuto affermare in presenza di plurimi omicidi connotati dall’aggravante della colpa cosciente, in relazione ai quali, com’è ben noto, si è, da tempo, registrato un indirizzo interpretativo che ammette la continuazione laddove il reato colposo sia stato commesso con l’aggravante di aver agito nonostante la *previsione dell’evento*.

Non sono poche, in effetti, le decisioni della S.C. le quali hanno ritenuto che l’unicità del *disegno criminoso* tipica del reato continuato sia “...configurabile, anche nei reati colposi, “allorquando l’agente abbia posto in essere il reato colposo agendo nonostante la *previsione dell’evento*”, sempreché tale condizione sia stata riconosciuta in sede giudiziale mediante la “contestazione dell’aggravante di cui all’art. 61.1, n. 3 Cp...” (11)

§- Nei casi qui esaminati – lo si è già ripetuto fin troppe volte – pur sollecitati al rigoroso rispetto dei dettami del pronunciamento a Sezioni Unite/THYSSEN ove la Suprema Corte era

¹¹ Tra le più datate, a riprova del progressivo consolidamento del principio di diritto ed argomentando *a contrario*, cfr. **Cass. pen., sez. I, 24/05/85, fonti: Cass. pen. 1987, 742**. In senso analogo, sempre argomentando *a contrario*, **Cass. pen., sez. I, 10/03/83, fonti: Cass. pen. 1985, 1112**. Esplicitamente e più recentemente anche: **Cass. pen., sez. IV, 29/11/06, n. 626; Cass. pen., sez. IV, 2/02/05, n. 16693**

chiamata a dirimere la distinzione fra i coefficienti psichici del dolo eventuale e della colpa cosciente, alfine escludendo il primo (per il quale aveva optato la sentenza di prime cure) e asseverando la seconda (per la quale si era pronunciato il giudice del gravame) – la qualificazione colposa (anche nella sua forma aggravata) è stata espressamente esclusa dalla sentenza di legittimità rescindente, che ha consentito un'unica opzione: o una adeguata motivazione del dolo eventuale ovvero l'omicidio preterintenzionale.

Poiché quest'ultima – insostenibile essendo la prima – è conclusione obbligata, logico ed ulteriore portato giuridico parrebbe essere anche quello di individuare la pena da infliggere nella fornace edittale compresa tra dieci e diciotto anni di reclusione per ciascun delitto, rimettendone il cumulo materiale ad un futuro provvedimento di unificazione delle pene concorrenti *in executivis*.

Reputa, cionondimeno, questa Corte decidente di dover necessariamente ricorrere – se, si vuole, in analogica applicazione dei precitati insegnamenti che lo ammettono per fattispecie diversamente qualificate (per la *previsione* dell'evento) – perché, nei casi di specie, lo impone l'equità nella commisurazione della pena, lo consente il ragionamento logico, non lo vieta né lo ripudia del tutto il ragionamento giuridico.

Lo vuole l'equità giacché il cumulo materiale – che diverrebbe ostativo anche in esecuzione (per queste e le fattispecie già in giudicato: *ex art. 671, 1° co. c.p.p.*) all'unificazione di sentenze – condurrebbe, in caso contrario, per somma aritmetica, ad un trattamento sanzionatorio complessivo per l'un imputato (PRESICCI Pietro Fabio) prossimo agli anni trenta, per l'altro imputato (BREGA MASSONE Pier Paolo) ad un ergastolo *de facto* se non *de iure*, dunque ad un trattamento sanzionatorio per entrambi sproporzionato per eccesso, ingiusto, diseducativo sicché in contrasto con il dettato costituzionale e la funzione della pena ivi declinata.

Lo consente la logica che scrupola i fatti e li colloca, secondo la stessa prospettazione accusatoria, in un unico contesto operativo, ispirati dalla – e alla – medesima *ratio*, percorsi dal medesimo denominatore dove alla ponderazione della via meno “cruenta” si sostituiva la “impazienza chirurgica” (così testualmente uno dei C.T. della Pubblica Accusa) coniugate fra loro dall'aver i chirurghi dell'Unità di C.T. dell'allora *Clinica Santa Rita* ispirato, sì, il loro “interventismo”, ad una scuola di pensiero scientifico ma con un convincimento che ben si sposava alla *mission* d'impresa della massimizzazione dei profitti (voluta dal titolare PIPITONE) e, dunque, con un finalismo, un *modus operandi*, che aderisce e si approssima a quel vincolo teleologico, sovente indicato come criterio direttivo a conforto del vincolo di cui all'art. 81, 2° co. c.p.

Non lo rifiuta il diritto benché – preme subito precisarlo – non v'è titolo, né ragione, né soprattutto volontà di affermare in questa sede un principio di diritto innovativo e valevole in generale.

È solo, *hic et nunc*, per la peculiarità dei casi in esame – un *unicum* giudiziario, per l'offerta cittadinanza al dolo d'omicidio in un ambito, quello sanitario, a rimprovero tipicamente colposo, per il quale il lessico giuridico ha coniato, non a caso, la locuzione aggettivale di *colpa medica professionale* – che non si può lasciar priva di conseguenze ed effetti una attività nomofilattica frutto di annoso confronto dottrinale se, *in favor rei*, può condurre ad un risultato di equità.

Del resto, come autorevolmente non si è mancato di far notare anche in altre fattispecie dibattute e controverse (per esempio: concorso anomalo e continuazione) “...la possibilità che il reato diverso voluto dall'esecutore materiale possa essere attratto nell'orbita della continuazione, non può essere affermata in via generale e astratta in assenza di precisazioni ulteriori, ma deve ricavarsi da un accertamento volto a verificare la

sussistenza di tutti i requisiti richiesti per l'esistenza del disegno criminoso...”: ciò valendo, *mutatis mutandis*, anche per la presente fattispecie.

§- Il riferimento è, com'è ovvio, alla più recente elaborazione giurisprudenziale di legittimità che – innovando rispetto a precedenti orientamento di pensiero ⁽¹²⁾ – è giunta, in più di un arresto, ad affermare il principio di diritto secondo il quale l'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale non è costituito da *dolo e responsabilità oggettiva* né da *dolo misto a colpa*, ma *unicamente* dal dolo di percosse e/o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p., assorbirebbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato. Con l'ulteriore conseguenza che – così prosegue il ragionamento interpretativo che si chiama qui a far da guida – la valutazione relativa alla «prevedibilità dell'evento» da cui dipende l'esistenza del delitto in disamina non dev'essere compiuta dall'interprete giacché è nella stessa legge, immanente *ex lege* per così dire, essendo altamente probabile che da una azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa:

«...la disposizione dell'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato, per il quale i parametri di negligenza, imprudenza o imperizia, men che di inosservanza di norme sono assolutamente irrilevanti. Ciò perché il rischio di evento omogeneo più grave è insito nel danno o pericolo che si arreca alla persona fisica. La prevedibilità dell'evento più grave è assorbita nell'intenzione di risultato del delitto contro la persona fisica, mentre la speculazione teorica del doppio elemento psicologico, pone la disciplina normativa fuori dalla realtà...» (Cass., Sez. 5, Sentenza n. 13114 del 2002; Cass., Sez. 5, 14 aprile 2006, n. 13673, conforme Cass., sez. I, 20 giugno 2013, n. 27161; Cass., Sez. 5, Sentenza n. 791 del 2013; E ancora: “...non può essere condivisa l'opinione (...) che configura la preterintenzione come dolo misto a colpa. Da tempo, ormai, tale impostazione è stata abbandonata, sul rilievo, da un lato, che il legislatore, nell'art. 584, non esige affatto che l'evento più grave sia dovuto a negligenza, imperizia o imprudenza (atteso che la norma in questione prevede semplicemente che, con atti diretti a

¹² Solo a *memento*: secondo un primo e più datato indirizzo, l'elemento psicologico richiesto per il delitto preterintenzionale è costituito dalla **volontà cosciente di percuotere e/o ledere altra persona**, sicché a carico dell'agente viene posto l'evento più grave verificatosi, ossia la morte della vittima, sostanzialmente a titolo di **responsabilità oggettiva**. Secondo tale impostazione, è sufficiente trovare un nesso causale tra la condotta posta in essere dall'agente e l'evento morte, senza che sia necessaria la prevedibilità di quest'ultimo secondo il parametro legale dettato per la colpa (cfr. Cass., sez. I n. 11338/1978; Cass., sez. I, n. 3819/1994; Cass., Sez. I, n. 25239/2001; Cass., sez. V, n. 43524/2004; Cass., 13 febbraio 2003, in *Cass. Pen.*, 04, 874; Cass., Sez. 5[^], 16 marzo 2010, n. 16285, Baldassin ed altri).

Secondo altro indirizzo, invece, l'elemento psicologico dell'omicidio preterintenzionale sarebbe costituito da **dolo misto a colpa**, giacché l'evento più grave si porrebbe come progressione di quello in effetti voluto (la percossa e/o la lesione) e sarebbe, quindi, anche prevedibile; **necessaria sarebbe quindi la concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento maggiore ai fini dell'imputazione** (utile la lettura di: Cass. pen., Sez. V, n. 2634/1993; Sez. I, n. 37385/2006; Cass., Sez. V, 21 aprile 2009; e già Cass., Sez. 5, 11 dicembre 1992, n. 2634; nonché, nella giurisprudenza di merito, Ass. Milano, 6 giugno 2003, in *Cass. Pen.*, 2005, 2366).

Il terzo, e più recente, è quello adottato dal giudice rescindente della **unicità dell'elemento psicologico della preterintenzione**, con l'ulteriore specificazione – difforme da quello più risalente (*ut supra*: le sentenze VOLTERRANI e BARESE) – secondo cui il delitto di omicidio preterintenzionale ricorre anche quando gli atti diretti a commettere uno dei delitti base previsti *ex art.* 581 c.p. (percosse) e 582 c.p. (lesioni), dai quali sia derivata, come conseguenza non voluta, la morte, siano stati posti in essere con *dolo eventuale*.

percuotere o ledere un soggetto, se ne causi la morte), dall'altro, che sarebbe paradossale pretendere cautela (quanto alle conseguenze) da parte di chi, comunque, mette in atto un'aggressione fisica nei confronti di un terzo...": Cass. 17/09/2012, n. 35582.).

§- A quest'impostazione, e nei termini testuali appena riportati, **aderisce**, come già detto, **anche la sentenza rescindente**, la quale cita espressamente un proprio pregresso arresto, tra i più recenti (Cass. Sez. V, 21 settembre 2016), ove la stessa Suprema Corte, pur escludendo nel caso concreto la preterintenzione (e respingendo i ricorsi del Pubblico Ministero e della Parte Civile per confermare la riqualificazione operata dai giudici di merito in omicidio colposo cosciente), aveva precisato che «...l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale [...] è costituito unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p., **assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato...**»¹³).

Secondo tale ultimo indirizzo giurisprudenziale, l'art. 584 c.p. non esigerebbe neppure che «...l'evento più grave sia dovuto a negligenza, imperizia o imprudenza (atteso che la norma in questione prevede semplicemente che, con atti diretti a percuotere o ledere un soggetto, se ne causi la morte)...» né richiederebbe che l'evento-morte sia in concreto prevedibile (v. Cass., Sez. 5, Sentenza n. 13114 del 2002), «...essendo assolutamente probabile, come già rilevato, che da una azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa...» (cfr. Cass., Sez. 5, 791/2013), poiché se si usa violenza fisica sulla persona «...non si è per definizione in grado di potere escludere che cause indipendenti dalla condotta, seppure ignote al momento di agire, possano concorrere a cagionare la morte...» (cfr. Cass., Sez. 5, 13673/2006).

La prevedibilità (*recte*: la previsione) sarebbe, infatti, codificata solo per la colpa (*ex art. 61 n. 3 c.p.*) in quanto – verificandosi, in tal caso, l'evento *contro l'intenzione* – è necessario un parametro normativo di imputazione soggettiva del medesimo all'agente che non lo prevede e non ne ha (o può non averne) né coscienza né intenzione; necessità che, invece,

¹³ Diversissima, peraltro, la casistica ma – se citata dal Giudice rescindente per farla propria – evidentemente accomunata nelle riflessioni concernenti il profilo psichico:

- il caso: «... la notte del (omissis), dopo aver consumato in vari locali alcol ed hashish, l'imputato e due giovani amiche (C. e F., appunto, di anni 23), si ritrovarono nel garage dell'(omissis), ove, di comune accordo, si dettero alla pratica di giochi erotici a base sadomaso. ...(...)... Pochi secondi dopo l'avvio della pratica C.P. accusò un malore, perse i sensi e si accasciò al suolo, mettendo in tensione, col peso del suo corpo (circa 100 kg), la corda che girava intorno al suo collo e quelle a cui la corda suddetta era collegata, nonché quelle che immobilizzavano F.F. In conseguenza di ciò entrambe le ragazze entrarono in difficoltà respiratoria e, sebbene soccorse da M., riportarono entrambe gravi lesioni, in conseguenza delle quali C. decedette e F. rischiò la vita...».

- il profilo soggettivo: «...Un siffatto elemento psicologico [il dolo di ledere e/o percuotere: ndr] è stato ragionevolmente escluso dal giudice della sentenza impugnata, il quale ha rilevato che la condotta – posta in essere da M. col consenso di C. e F. – non era diretta a procurare alcuna sofferenza alle giovani malcapitate, ma, in ipotesi, un "piacere", sia pure umanamente discutibile. E tanto basta ad escludere che sia stato realizzato – da M. – il presupposto dell'omicidio preterintenzionale, giacché un'attività ontologicamente rivolta (con tutte le riserve del caso) a procurare un piacere non può essere posta sullo stesso piano di un'attività rivolta a procurare una sofferenza, per l'ontologica diversità tra esse esistente. ...(...)...**sicché solo le condotte coscientemente rivolte ad offendere il bene suddetto realizzano la tipicità del reato. Prova ne sia che, se si dovesse avere riguardo solo all'aspetto naturalistico della condotta e alle sue conseguenze, rientrerebbero nel fatto tipico anche condotte rivolte (non all'offesa, ma) alla tutela dell'integrità fisica (come la condotta del medico che incida sui tessuti del paziente per estirpare un male; la condotta del rianimatore che schiaffeggi la persona per farla rinvenire; ecc. ecc.)**..(...)...».

non si avverte nel delitto preterintenzionale, “...a fronte dell'intenzione del risultato della condotta...” e della previsione dell'evento quale “...componente necessaria e non circostanziale nel delitto preterintenzionale, come in quello doloso...” (Cass., Sez. 5, Sentenza n. 13673 del 2006).

§- In applicazione e in coerenza ai principi sin qui esposti, si deve a questo punto notare che:

- se l'adesione alla tesi del “*dolo del fatto minore*” implica che la previsione dell'evento da cui dipende l'esistenza del reato preterintenzionale è – *come in quello doloso* – un elemento costitutivo necessario e non già un elemento circostanziale, allora l'unificazione *ex art. 81 cpv. c.p.* rimane preclusa, per ontologica incompatibilità, ai soli reati colposi che non siano aggravati a norma dell'art. 61 n. 3 c.p. precitato.
- Se, nelle presenti fattispecie, si è potuto espressamente escludere – facendo anche su questo punto calare il giudicato – la categoria della *colpa con previsione* attraverso una sua lettura oltremodo restrittiva e cioè a dire: perché gli imputati non potevano “ragionevolmente” sperare di evitare gli eventi infausti; perché essi, avendo mancato di adottare efficaci contromisure non potevano confidare sulla presenza di specifici fattori impeditivi degli eventi né potevano fare affidamento su componenti “esogene” in grado di schermare il rischio, allora – se tutto ciò è stato possibile affermare *in fatto* – *in diritto* è doveroso dedurne che:
 - **a)** nei casi tuttora in discussione non vi è soltanto l’“immanente prevedibilità” connaturata alla preterintenzione quale categoria giuridica ma gli imputati hanno agito “*nonostante la previsione dell'evento*”;
 - **b)** che, più precisamente, essi hanno agito *rappresentandosi l'evento (ancora) come possibile* e non già avendo *escluso* la possibilità di una sua verifica (perché, diversamente, in tale ultimo caso sarebbe stato loro imputato il coefficiente soggettivo della colpa);
 - **c)** consegue così che non si può escludere l'istituto della continuazione perché è solo la «non-previsione» che lo rifiuta, mentre qui si è voluta sussistere la *prevedibilità* per immanenza e la effettiva *previsione* per la peculiarità dei fatti;
 - **d)** che nulla muterebbe – ai fini qui d'interesse – neppure se si volesse accedere all'indirizzo del delitto preterintenzionale a elemento soggettivo misto (dolo unitamente a colpa quanto all'evento non voluto) giacché – dopo Cass. SS.UU. RONCI (sentenza 29 maggio 2009, n. 22676), Corte Cost. n. 364 e n. 1085 entrambe dell'anno 1988 – è ineludibile che tutti e ciascuno degli elementi concorrenti a contrassegnare il disvalore di una fattispecie siano soggettivamente imputabili/rimproverabili all'agente se ed in quanto compresi nel fuoco del *dolo* o almeno della *colpa*: il che si verifica sempre in presenza di un evento anche se non voluto a condizione che si accerti quantomeno “... *la presenza dell'elemento soggettivo della colpa in concreto, ancorata alla violazione di una regola precauzionale (...)* e a un coefficiente di *prevedibilità ed evitabilità in concreto*...”;
- che, pur nelle diversità nozionistiche e concettuali, ciò accade nelle fattispecie disciplinate e punite dagli artt. 116 c.p., 586 c.p. e, per l'appunto, 584 c.p.
Ebbene, con riguardo alla prima, è pur vero che “...*il concorso anomalo nel reato più grave non è inquadrabile in un'unica deliberazione criminosa, che comprenda contestualmente la consumazione di altri reati, proprio perché l'evento maggiore non è oggetto di preventiva previsione e volizione (...), ma di sola prevedibilità che ne esclude, comunque, la configurabilità nella mente dell'agente come parte di più ampio progetto operativo, ideato e deliberato per una successiva e conforme esecuzione*...” (Cass. Pen. I, 11/06/1993 n. 7262),

ma altrettanto vero che, in uno specifico caso, è stato affermato in sede di legittimità che l'identità del disegno criminoso può ricorrere anche nel concorso previsto dall'art. 116 c.p. (Cass. Pen, I, 27/05/1985 n. 5271; del pari e assai recentemente: cfr. Cass. Pen. I, 3 aprile 2018, n.14780).

Con riguardo alle ulteriori fattispecie, ferma restando la differenza strutturale tra la ipotesi regolata dall'art. 586 c.p. (*morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, che riguarda, come testimonia il riferimento all'art. 83 c.p., una particolare disciplina del concorso di reati), e la preterintenzione (che disciplina in modo unitario una ipotesi di progressione criminosa attraverso la previsione di un unico titolo di reato), non si può far a meno di constatare che, seppur con un orientamento non prevalente, la Corte di Cassazione ha ritenuto applicabile l'istituto della continuazione *ex art. 81 c.p.* anche nel caso previsto dall'art. 586 c.p., giungendo a siffatta conclusione con l'argomentare che, pur essendo il delitto di cui all'art. 586 c.p. "...punito a titolo di colpa", "**...il reato base deve essere doloso**" [ed anche nella preterintenzione il "reato base" di percosse e/o lesioni lo è: ndr] e dunque, *l'evento morte o lesioni può con questo essere unificato sotto il vincolo della continuazione...*" Cass. pen., sez. II, 20/10/1998, n. 323. In senso conforme, Cass. pen., sez. VI, 1/12/1988, fonti: Cass. pen. 1990, I,249 (s.m.), Giust. pen. 1990, II, 31: il "*principio per cui motivi di incompatibilità logica impediscono di applicare la continuazione tra reati colposi e reati dolosi non fa venir meno la possibilità di ritenere la continuazione fra il reato di detenzione e cessione di modica quantità di sostanze stupefacenti e quello di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, perché quest'ultimo reato, pur essendo punito a titolo di colpa, esige che il reato base sia doloso*": abbandonato l'orientamento che vuole per la preterintenzione l'elemento soggettivo il dolo misto a colpa, quello più recente della unicità dolosa fa un passo avanti verso la verificabilità in concreto della continuazione;

- che, dunque, i criteri valutativi da ultimo citati possono essere qui utilizzati nell'unico caso (*id est*: Antonio SCHIAVO) dove la prevedibilità dell'evento-morte è stata posta seriamente in dubbio dagli stessi testi d'accusa, al fine di appurare se gli imputati avrebbero potuto attendersi la verifica di quello specifico fatto (usando l'ordinaria diligenza): poiché è "in giudicato" la risposta positiva, poiché, ancora, gli effetti lesivi sono stati comunque ancorati ad un coefficiente di astratta evitabilità in concreto, e poiché, infine, la condotta esigibile la si è individuata nell'aver proceduto ad un intervento che non doveva essere eseguito (si da poterne rimproverare gli effetti letiferi pur non voluti ma preveduti e, doverosamente, preventivabili), ecco che neppure in tal caso, anzi vieppiù, v'è ragione di escludere l'istituto della continuazione e, con esso, il più mite trattamento sanzionatorio, rispondente ad equità: *quando plura delicta tendunt ad eundem finem pro uno tantum puniuntur*.

§- In definitiva e per concludere, non si ignora e si avverte tutta la difficoltà concettuale di delineare *un reato preterintenzionale continuato*, eppur tuttavia tale giuridica eventualità la si vuol qui ammettere, assumendo che gli agenti, con una sola «intenzione dolosa lesiva», abbiano compiuto più azioni, ognuna delle quali ha esaurito gli estremi di un reato che – in quanto espressione di un'unica ribellione antisociale (il *sistema Santa Rita*) – costituisce la *ratio iuris* dell'istituto disciplinato dall'art. 81, comma 2, c.p., che non può essere escluso. Anche qui, la *reductio ad unitatem* – tipica del reato continuato – è data dall'atteggiamento psicologico degli imputati, che li ha portati ad esercitare l'opzione loro rimproverata una sola volta e poiché nella nozione di «disegno criminoso» a venire in valutazione sono le *condotte* non gli *eventi*, la «medesimezza» del disegno prescinde dall'elemento psicologico proprio di ciascun reato da unificare e quindi – se non può essere preteso come atteggiarsi

psichico che *deve precedere* nel tempo la commissione dei reati stessi – neppure la preterintenzione, al ricorrere di taluni presupposti fattuali, è d’ostacolo a configurarlo.

Non può essere, in fondo, misconosciuta la «rappresentazione mentale anticipata» una volta che si addebiti (e si rimproveri) d’aver abbracciato (per convenienza e perché “imposta” dalla politica sanitaria non ufficiale delle Cliniche private accreditate) l’idea-guida di una chirurgia palliativa, terapeutica, diagnostica e comunque sempre “interventista”, soprattutto se nel delineare il *disegno* rilevante *ex art. 81 cpv. c.p.* – tra l’orientamento giuridico che privilegia la programmazione specifica (accentuando l’elemento razional-intellettivo) e quello che preferisce la programmazione aperta (ponendo l’accento sull’elemento volitivo-finalistico) – si opta, com’è forse più aderente allo stato della giurisprudenza, per questo secondo.

§- Le circostanze attenuanti – Escluse per entrambi gli accusati tutte le aggravanti contestate, per PRESICCI Fabio le già riconosciute circostanze attenuanti generiche debbono dispiegare i loro effetti riduttivi nella massima estensione del terzo (sulla pena base, che andrà individuata nel minimo edittale) per poi comportare un aumento *ex art. 81 c.p.* tra i due capi in contestazione.

Le stesse circostanze attenuanti specifiche sono state chieste dalla Difesa anche a favore di Pier Paolo BREGA MASSONE.

Questa Corte ritiene però di non potervi accedere sebbene per ragioni del tutto diverse da quelle esposte in prime cure (“...*assenza di elementi positivamente valutabili nel comportamento processuale, per la finalità di lucro cui era orientata l’attività risultata omicida...*”), per certi versi confliggenti con quanto, nella stessa gravata sentenza, si legge altrove dove, in termini quasi “legittimanti” si rappresenta un «...*“sistema” imposto dall’alto...*» nel quale «...*emergono comportamenti disinvolti o delittuosi, tutti diretti all’ottimizzazione del profitto, non solo nel reparto di chirurgia toracica ma anche in altri settori operativi della clinica...*» (pag. 179) e dove – per comportamento negativo processualmente assunto – si contesta ciò ch’è, invece, apprezzabile: l’aver voluto «...*sostenere con motivazioni scientifiche la ragionevolezza del suo agire...*». Se l’imputato, in qualità di chirurgo, è stato chiamato a rispondere della morte dei suoi pazienti causata dalla insensatezza scientifica come lo si può punire per essersi difeso cercando di dimostrare che la scelta operata non era insensata? Ovvero punirlo più severamente per non averne acquisito consapevolezza e aver tenuto una condotta processuale immeritevole quasi si trattasse di un qualunque omicida che nega l’evidenza delle impronte papillari sul bisturi-arma del delitto.

Né questa Corte ritiene di negare le attenuanti generiche per asserite (ma indimostrate) insensibilità verso i malati, per un (indimostrato) cinismo dell’animo desunto da supposte espressioni dispregiative usate nei torrentizi colloqui telefonici (per tali essendosi intese – sbagliando – talune locuzioni, non elegantissime, se ne conviene, ma piaccia o non piaccia, tipiche di un certo lessico, per convenzione semantica).

I medici, tutti i medici, non solo l’imputato parlano per “zone anatomiche” trattate e non riferendosi al paziente come persona. E non è certo l’uso di vocaboli urticanti per chi ascolta a distinguere la professionalità dall’incompetenza.

Correttamente, dunque, i Difensori appellanti hanno richiamato l’attenzione, negli atti di gravame, su captazioni, non ascrivibili né al dott. BREGA né al dott. PRESICCI, dove il medico interlocutore (dott.ssa GALASSO) annuncia all’altro che sta per dimettere “il piede”. O l’espressione “scappata” persino ad uno dei Consulenti (dott. SQUICCIARINI),

deponendo davanti alla Corte d'Assise, di *"...una mammella che tratteremo successivamente..."*.

Ciò che induce questa Corte al non-riconoscimento di aspecifiche attenuanti è non solo la consapevolezza del dott. BREGA di far parte del «*sistema Santa Rita*» ma la precisa volontà di alimentarlo.

Si è detto – da parte del primo Giudice – che trattavasi di un sistema “imposto dall’alto”.

Si è detto da parte delle Difese appellanti che la tensione economica che trapelava dalle conversazioni telefoniche (e non solo dall'imputato, come ha dovuto riconoscere la stessa gravata sentenza) nasceva dalla necessità – acuita dalla *"...(discutibilissima) forma di retribuzione economica del personale medico della Santa Rita, o almeno di una sua parte: il pagamento a percentuale sugli interventi effettuati..."* (così MOTIVI AGGIUNTI, pag. 24) – di “attirare” pazienti, portandone il maggior numero possibile *"...alla Clinica del dott. PIPITONE...in modo da acquisire una buona posizione professionale all'interno della struttura ed entrare nelle sue interessatissime 'grazie'..."* (ibidem).

Senonché, i ‘sistemi’, virtuosi o viziosi che siano, non nascono per partenogenesi o congiunture astrali più o meno sfavorevoli ma sono espressione degli individui che nei loro ambiti agiscono ed operano, dopo averli generati.

Tanto maggiori sono le responsabilità rivestite, tanto più alto è il grado di posizione apicale raggiunto quanto maggiore è il dovere di spezzare il ‘circuito illecito’ fattosi ‘sistema’, magari cercando di non rimanere solo nella contrapposizione. Condotta tanto più esigibile da parte di chi – esercitando una professione ad altissima specializzazione, inaccessibile, per incapacità, alla gran parte dei consociati – ha un potere contrattuale imparagonabile a quello di chi, esercitando a stipendio fisso l'attività di barelliere o di pulizia nei reparti, funzioni pur preziose e di pari dignità sociale, è però necessariamente più esposto ai “ricatti” economici, ai *diktat* del proprietario della Clinica, ed al “fascino” di *entrare nelle sue interessatissime 'grazie'*.

Il dott. BREGA, invece, non solo menava vanto di “fatturare” di più perché chirurgo capace e disponibile – e questa è una presunzione che, se rispondente a verità, dev'essere senz'altro perdonata – ma riteneva che “pescare pazienti” e “pompate DRG” rientrasse nei doveri del suo primariato. E questo non può comportare il riconoscimento di circostanze attenuanti.

Significativa al riguardo è una telefonata a cui finora si è data grande rilevanza ma per ragioni che questa Corte condivide solo in parte. La si è, cioè, definita come probante di un agire chirurgico non dettato da necessità terapeutica ma dal solo *“scopo di lucrare maggiori rimborsi dall'Ente pubblico”*. Il che non è del tutto vero. Non prova affatto che l'imputato coscientemente scegliesse di operare pazienti che non avevano alcuna necessità d'essere operati, e che quindi il denaro era l'unico movente delle sue azioni, assieme alla sua smisurata ambizione. Prova però l'interiorizzazione di un'idea che un Primario, uomo di mondo, per così dire, non potesse sottrarsi alla perversa logica del “fare i DRG”.

Il 18 ottobre 2007 l'imputato è al telefono e riferendosi a eventuali Primari che, da fuori Milano (quindi con maggiori spese da sostenere), avrebbero dovuto iniziare a lavorare nel Reparto di Chirurgia Toracica della *Santa Rita*:

BREGA – *“...Forse non han ben capito che primariato è. Forse questi pensano che sia un primariato nel pubblico oppure un privato che ha un bacino d'utenza ... A meno che non si facciano dare tutti un fisso ... però poi dubito che la clinica, dopo tre mesi che vede che sei in perdita, ti mantenga...”*: come si vede il retropensiero è quello imprenditoriale.

Parlando di un Primario di Bologna: *“...E faceva sei, sette massimo, gli ho visto fare sette pazienti, ma neanche tutti polmoni. Sette, non so, se tu prendi 800 euro per polmone: 7 per 8 fa 5.600 euro lordi. Cosa ci paghi? Con 5.000 euro lordi, che sono già 4.000, e con quei*

4.000 netti cosa ne prendi? 2 tu e 1 gli altri due? [si sta riferendo ai suoi aiuti: PRESICCI e PANSERA: ndr]. *Ma gli altri due, per 1, ti sputano in faccia. Cioè, non vengono a fare il giro o... o stanno lì. Capito? Cioè, i numeri son questi, eh? Cioè, tu, o tu fai quindici polmoni o, altrimenti, non puoi pagare un'equipe. E, per fare quindici polmoni... auguri!...*"

È, quella in esame, la stessa telefonata in cui compare l'espressione del "pescare i polmoni dall'Oltrepò pavese", che letta nel suo contesto prova due cose:

-l'una, già considerata in senso favorevole all'imputato, nel senso che la crudezza del linguaggio può essere solo apparenza (si badi bene: condivisa apparenza) e non spietatezza professionale;

-l'altra, da considerare qui per negare le invocate attenuanti.

Il tema è, *ut supra*, "il bacino di utenza" della Clinica Santa Rita.

BREGA – *Io ero l'unico, e per tale motivo han cercato di farmi fuori, che aveva pazienti – qui ritorna la convinzione dell'imputato di essere vittima di un complotto: non essendo sfiorato dall'idea che gli si possano imputare "morti in corsia", si arrovela per trovare una spiegazione della buriana che sta travolgendo il reparto dove ha lavorato ed anzi ha creato con le sue mani: un'ipotesi potrebbe essere l'invidia di competitor incapaci.*

INTERLOCUTORE – *"Eh beh, tu pescavi dall'Oltrepò pavese?"* – qui si ha la prova che l'inelegante "pescar pazienti" è semantica condivisa e non è neppure di fresco conio attribuibile al dott. BREGA.

BREGA – *"Ma io pescavo dappertutto...da Lodi, dove andavo a fare le mammelle [ricordiamo, infatti, il caso della sig. SCOCCHETTI, che curata per un primigenio K mammario tra Lodi e Casalpusterlengo verrà inviata con l'indicazione di una VATS proprio dal suo oncologo dall'imputato: ndr] che poi ho incominciato a pescare anche i polmoni dall'Oltrepò pavese, da Pavia, da Milano ormai, perché comunque tutti i miei ex pazienti dell'Istituto [dei Tumori di Milano: ndr] che mi seguono e ancora adesso, oggi me ne son venuti tre a Pavia, eh? Di pazienti che venivano lì a far le visite. Continuano a telefonarmi e mi dicono: «Anche a pagamento, noi veniamo da lei». Quindi voglio dire, cioè, io avevo ormai un giro, che mi ero creato col mio modo di fare, con l'essere disponibile a qualsiasi ora. Ancora adesso, pensa che, in questi ultimi quindici giorni, avrò fatto trentacinque o quaranta visite gratis. Di gente che mi chiama, viene, mi porta le lastre. Stasera è venuta la mamma di quella paziente down, poverina. Cioè, voglio dire, qui il problema è che loro [i chirurghi che vengono da fuori Milano, n.d.a.] non si rendono conto che, comunque, trovare un paziente etc. etc...." – non è affatto la fotografia di un chirurgo disumano bensì di un chirurgo, capace e disponibile, che sente "giusto" essere capaci e disponibili per "farsi un giro" di clienti ed essere promotori di se stessi, dove il visitare gratis viene compensato con i "pompati DRG".*

In tal modo alimentando e fornendo ossigeno ad un sistema truffaldino. Quasi fosse sorte ineludibile, anzi divenendo "il principe di queste cose".

GALASSO – il 18 luglio 2007: *"...Adesso è arrivata una delibera che, ancora una volta, tutela le strutture e colpevolizza i medici. Dopo la storia della San Carlo è arrivata una delibera, la Regione Lombardia ha stabilito che verranno regolarmente, con un preavviso di 24 ore, i NOC a fare i controlli e, dopo la terza cartella che loro ritengono contraffatta o, comunque, il DRG pompato, va direttamente in Pretura. Diretto. E la colpa è del responsabile; quindi la colpa, nel caso specifico, è mia per tutti i miei collaboratori. No? E la Casa di Cura viene incriminata solo se successivamente si ritrovano gli estremi per un dolo o per un incitamento a delinquere, no? Però, in prima battuta, dal Pretore ci va il medico a dare spiegazioni del perché un intervento che costava 1.000 euro è diventato*

8.000. Quindi, ancora una volta, questi pezzi di [...], perché tali sono, destra, sinistra, centro, non vanno ad attaccare i proprietari che comunque, mettono gente... dei marcioni...Quindi, adesso, questo cosa vuol dire? **Che PIPITONE prenderà i più delinquenti del mondo, che gli faranno guadagnare miliardi, nel calcolo delle probabilità, se anche 'li ciascano', la colpa è dei medici e lui viene fuori pulito...**”: se i Primari di elevata competenza se ne fossero andati tutti sbattendo la porta, PIPITONE dappprincipio sarebbe stato costretto a servirsi dei “più delinquenti del mondo, che gli faranno guadagnare miliardi” ma poiché il “delinquente-incapace” non avrebbe avuto lunga vita professionale il circolo vizioso avrebbe perso via via linfa vitale. Con maggiori speranze di suddivisione delle risorse pubbliche, tra il pubblico ed il privato, secondo criteri di risparmio ed economicità, oltre che di interesse per la salute degli utenti.

Ed invece:

GALASSO – il 18 luglio 2007, commentando il sequestro delle cartelle: “...*Se controllano le cartelle tu lo sai che il principe di queste cose è Brega Massone...Quindi, è così. È incredibile. È quantomeno incredibile. E poi non... nessuno si riesce a spiegare perché hanno chiesto l'acquisizione di cartelle... cioè di DRG otorino, neurochirurgici, urologici, ecc. e non hanno mandato gli avvisi agli altri...*”.

§- La pena finale –

La pena base deve essere individuata per entrambi sul caso/SCHIAVO, l'unico a presentare un evento (lesivo) in senso giuridico, capace di connotare il fatto (avendo condotto a morte il paziente: *id est* la breccia cardiaca) e *de iure condito* di aderire ad una concezione “obiettiva” del concetto di malattia “...*quale è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa...*” (SS.UU. 18.12.2008 'GIULINI').

E dunque:

PRESICCI Fabio = anni 10 di reclusione – 1/3 *ex art. 62 bis c.p.* = anni 6 mesi 8 + anni 1(per l'ulteriore capo 47) = anni 7 e mesi 8 di reclusione.

BREGA MASSONE Pier Paolo = anni 12 di reclusione + 1 anno + 1 anno + 1 anno (per ciascuno degli altri tre capi in contestazione) = anni 15 di reclusione.

La pena accessoria disposta in prime cure va revocata.

§- **Le spese processuali** – l'esito del presente grado di giudizio esenta dalla condanna al pagamento delle spese processuali del grado.

Deve essere adempiuto, invece, il compito assegnato dal Giudice di legittimità (...*Rimette al giudice di rinvio la statuizione sulle spese delle altre parti civili...*) provvedendo alla liquidazione delle somme, come da dispositivo che segue, secondo i criteri di cui al vigente DM sulle tariffe professionali forensi (il pregio dell'attività prestata, l'importanza, della natura, la complessità del procedimento, la gravità delle imputazioni, del numero e della complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate), considerando che – in sede di legittimità – l'impegno dispiegato non poteva non eguagliare quello (elevato) delle controparti.

La differente quantificazione riservata al Patrono della Parte Civile Regione Lombardia dipende solo dalla nota spese depositata che, inferiore alle altre, non consente di andare *ultra petita* sicché viene accolta nella sua integralità.

Sussistono invece i presupposti per la compensazione delle spese in questo grado di rinvio, dove – in giudicato le statuizioni civili – il dibattito giuridico si è risolto in un confronto fra la Pubblica Accusa e le Difese degli imputati.

P.Q.M.
la Sezione II di Assise d'Appello

Letti ed applicati gli artt. 605 e 627 c.p.p.

Giudicando in sede di rinvio dalla Corte Suprema di Cassazione, deciso dalla I Sezione penale con **sentenza n. 14776 del 3 aprile 2018** che ha parzialmente annullato la sentenza della Corte di Assise d'Appello di Milano n. 61 del 21/12/2015,

- riqualificati i capi **46, 47, 48 e 49** di imputazione come violazione dell'art. 584 c.p.,
- esclusa per tutti e quattro la circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 2 c.p.
- riconosciute a **PRESICCI Pietro Fabio** le circostanze attenuanti generiche,

RIDETERMINA

la pena da infliggere in anni **15 di reclusione**, quanto a **BREGA MASSONE Pier Paolo** e in anni **7 e mesi 8** di reclusione, quanto a **PRESICCI Pietro Fabio**.

Revoca, per l'effetto, la pena accessoria della pubblicazione della sentenza nel sito del Ministero della Giustizia per **BREGA MASSONE**.

Conferma nel resto l'appellata sentenza.

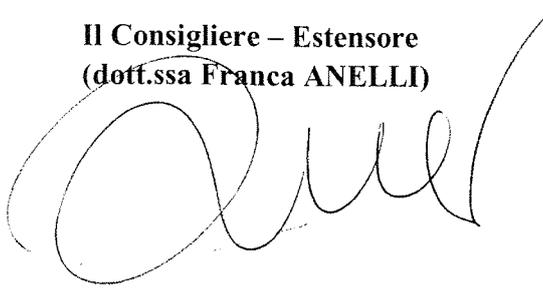
Condanna entrambi gli imputati in solido con il responsabile civile **ICCS – Istituto Clinico Città Studi s.p.a.** alla rifusione delle spese inerenti il giudizio di legittimità a favore delle costituite Parti Civili: **Mirella SCHIAVO, ATS della Città Metropolitana di Milano** (già ASL Città di Milano), **Medicina Democratica–Movimento di Lotta per la Salute O.N.L.U.S.** e **Regione Lombardia** che si liquidano in € 5.000,00 per **SCHIAVO, ATS, Medicina Democratica** ed in € 4.025,00 per **Regione Lombardia**, oltre spese generali per tutte le Parti Civili nonché IVA e CPA per i patrocini **SCHIAVO** e **Medicina Democratica**.

Dichiara compensate le spese per la presente fase di rinvio.

Indica in gg. 90 il termine per il deposito della motivazione.

MILANO, così deliberato il **19/10/2018**

Il Consigliere – Estensore
(dott.ssa Franca ANELLI)



Il Presidente
(dott. Giuseppe ONDEI)

