

ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

**Dottorato di ricerca in
Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele**

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale: 12G1

Settore Scientifico Disciplinare: IUS17

“Rethinking informed consent”

**Alla ricerca di una ridefinizione della responsabilità
penale per trattamento sanitario arbitrario**

Presentata da: Jessica De Lillo

Coordinatore Dottorato

Supervisore

Marcella Gola

Stefano Canestrari

ESAME FINALE ANNO 2018

INDICE

CAPITOLO PRIMO LO STATO DELL'ARTE

PARTE PRIMA INTRODUZIONE

SOMMARIO: *1. Premessa. 2. Il consenso informato e le sue fonti.....6*

PARTE SECONDA DELLA PENALE RILEVANZA DEL TRATTAMENTO SANITARIO ARBITRARIO.

SOMMARIO: *1. Il trattamento sanitario arbitrario come fatto lesivo della libertà di autodeterminazione del paziente: la tesi di FILIPPO GRISPIGNI. 2. La tesi della rilevanza penale del trattamento sanitario arbitrario soltanto in caso di produzione di una "malattia" riconducibile alla violazione di regole cautelari. Colpa come violazione di regole strettamente inerenti all'esecuzione di un determinato trattamento consentito; colpa come violazione delle regole volte a ridurre un rischio non consentito; colpa come violazione delle regole volte a prevenire un aumento del rischio originario consentito dal paziente; ed infine, colpa come violazione dell'obbligo che impone al medico di acquisire il consenso informato del paziente. 3. Il trattamento chirurgico come fatto normalmente tipico descritto dall'art. 582 c.p. e che necessita di una giustificazione. Il superamento colposo dei limiti del consenso informato come situazione inquadrabile nell'istituto dell'eccesso colposo. 4. La tesi della rilevanza del trattamento sanitario a livello di tipicità soltanto nel caso in cui manchi il consenso del paziente e/o siano violate regole cautelari inerenti all'intervento praticato. 5. La responsabilità per trattamento sanitario arbitrario seguito da morte del paziente come responsabilità penale a titolo preterintenzionale. Il caso Massimo e*

*l'inquadramento del consenso informato come causa di giustificazione disciplinata dall'art. 50 c.p. (sent. n. 5639/1992). 6. Il dolo non come mera volontà di compiere l'intervento ma come volontà di mettere in pericolo l'integrità fisica o la vita del paziente. Il caso Barese (sent. n. 585/2001). 7. Il caso Firenzani (sent. n. 1572/2001): teoria dell'autolegittimazione dell'attività medica, consenso informato come presupposto di liceità della stessa e rilevanza del consenso putativo. 8. Il trattamento sanitario eseguito *leges artis* ed avente finalità terapeutica non integra un fatto di lesioni personali: il caso Volterrani (sent. n. 26446/2002). 9. I principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite del 2008 e la colpa "geneticamente modificata"15*

PARTE TERZA DELLE FATTISPECIE PENALMENTE RILEVANTI

SOMMARIO: *1. Appunti sulla problematica individuazione di una nozione di malattia penalmente rilevante ex art. 582 c.p. 2. I limiti all'applicazione della fattispecie disciplinata dall'art. 610 c.p. nel caso di trattamento sanitario arbitrario 3. Dello stato di incapacità procurato mediante violenza (art. 613 c.p.)60*

CAPITOLO SECONDO DEL PROBLEMA DEL FONDAMENTO DI LICEITÀ DELL'ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA

SOMMARIO: *1. La teoria della mancanza del fatto tipico. La malattia soltanto come esito (finale) infausto dell'atto medico-chirurgico. 2. La teoria dell'azione socialmente adeguata. «La funzione costitutiva dell'elemento psicologico per la determinazione del valore dell'azione come fenomeno sociale» e la sua applicazione in campo medico-chirurgico. 3. La teoria dell'atipicità fondata sull'assenza del requisito psicologico richiesto dall'art. 582 c.p. 4. La tesi della applicazione caso per caso delle disposizioni di legge già esistenti. 5. L'attività medica come adempimento di un dovere (condizionato). 6. L'attività medica come esercizio di un diritto (condizionato). 7. La teoria che riconduce il*

fondamento dell'attività medica alla causa di giustificazione disciplinata dall'art. 50 c.p. 8. La teoria della causa di giustificazione non codificata (o ultralegale). L'orientamento delle Sezioni Unite del 2008 in materia di fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica. 9. Alcune riflessioni e prime conclusioni in tema di fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica. La concezione della tipicità come mera integrazione degli elementi costitutivi del fatto descritto dalla norma al cospetto della peculiare relazione tra libertà di autodeterminazione e bene giuridico-salute in ambito sanitario. 10. L'impossibilità di procedere ad una valutazione della condotta del sanitario in termini di tipicità prescindendo da un contestuale accertamento di tutti i requisiti che governano l'esercizio dell'attività medica. 11. L'irrilevanza della fattispecie di cui all'art. 579 c.p. dopo la legge n. 219/2017. 12. La questione della interpretazione dei limiti previsti dall'art. 5 c.c.78

CAPITOLO TERZO

PER UNA RIDEFINIZIONE DELLA RESPONSABILITÀ NEL TRATTAMENTO SANITARIO ARBITRARIO

PARTE PRIMA

DEL CONCETTO DI MALATTIA NEL TRATTAMENTO SANITARIO ARBITRARIO

SOMMARIO: 1. I parametri delineati nella sentenza delle Sezioni Unite del 2008 (imp. Giulini) per la ricostruzione del concetto di malattia e la definizione di esito fausto. 2. Esito fausto come miglioramento delle condizioni di salute del paziente, da un lato; malattia come apprezzabile riduzione delle funzionalità dell'organismo dall'altro. 3. Il diritto all'integrità fisica come diritto all'invulnerabilità corporea, ossia come corollario del diritto a non subire trattamenti sanitari in assenza oppure contro la propria volontà. 4. Il diritto all'integrità fisica come diritto a privilegiare il proprio status quo, fisico e psichico. L'alterazione fisica e psichica come evento penalmente rilevante ex art. 582 c.p.110

PARTE SECONDA
DEL VERSANTE OGGETTIVO E SOGGETTIVO
DELLA CONDOTTA ARBITRARIA ADOTTATA

SOMMARIO: *1. La delimitazione del rischio consentito nei trattamenti sanitari. 2. La configurazione del consenso informato come regola cautelare volta a prevenire eventi non consentiti dal paziente. Criticità di questa impostazione. 3. L'adempimento di un dovere come fondamento di liceità del trattamento eseguito in assenza di consenso e in condizioni di urgenza terapeutica. 4. La problematica individuazione dell'elemento psicologico in relazione al trattamento sanitario arbitrario. 5. Profili applicativi della colpa impropria nella prospettiva di una configurazione del dolo con riferimento alla violazione dell'integrità fisica del paziente. 6. Per una ridefinizione a titolo colposo della responsabilità per trattamento sanitario arbitrario. Il dovere di astensione come regola cautelare volta a prevenire una lesione della salute del paziente. La "non irragionevolezza" della condotta dal punto di vista medico come possibile discrimen tra colpa e dolo eventuale.....* 128

CONCLUSIONI DELLA RICERCA.....148

BIBLIOGRAFIA.....153

CAPITOLO PRIMO

LO STATO DELL'ARTE

PARTE PRIMA INTRODUZIONE

SOMMARIO: *1. Premessa. 2. Il consenso informato e le sue fonti.*

1. Premessa.

Nella presente ricerca si vuole affrontare quella che in dottrina è stata definita una delle tematiche più affascinanti ma senza dubbio tra le più complesse del diritto penale: la responsabilità medica per trattamento sanitario arbitrario, laddove per tale deve intendersi quello eseguito dal medico in assenza del consenso informato del paziente, oppure contro la volontà o l'espresso rifiuto di quest'ultimo.

La prospettazione in dottrina circa la configurazione di un obbligo in capo al medico di richiedere il consenso informato del paziente prima di effettuare un trattamento risale ai primi del Novecento. Occorre ricordare come già nel 1914, GRISPIGNI, volgendo lo sguardo ad alcune decisioni dei giudici d'Oltralpe, osservasse che: «[c]onsentire ad un trattamento significa consentire ad una modificazione (non dannosa, non lesiva) del proprio organismo; significa cioè consentire ad un fatto che, senza il consenso, costituirebbe una lesione del diritto di libertà. [...] Il quale diritto comprende, senza dubbio, anche la facoltà di tenere le parti del proprio corpo come meglio piaccia all'individuo; senza che perciò sia lecito ad altri di disturbarlo in questo suo stato. [...] Ed è perciò evidente

che niun dubbio può elevarsi sull'efficacia del «consenso al trattamento», perchè non sembrano fondati i dubbi sull'efficacia, in genere, del consenso a togliere l'antigiuridicità nei reati contro la libertà individuale».

Sebbene siano numerose le norme che in relazione ai trattamenti sanitari, all'interno del nostro ordinamento, prescrivono l'obbligo di acquisizione del consenso informato del paziente, all'interno del Codice penale manca una fattispecie incriminatrice *ad hoc* delle lesioni o dell'omicidio conseguenti a trattamento sanitario arbitrario. Tra le fonti un'importanza decisiva è rivestita dalla legge n. 219 del 22 dicembre 2017 con la quale, dopo decenni, il Parlamento ha finalmente dettato una disciplina organica in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

Con questo atto il Parlamento, partendo dalla lettura congiunta degli artt. 32, co. 2 e 13 Cost. (Corte cost., n. 438/2008), ha riconosciuto la massima ampiezza del diritto all'autodeterminazione terapeutica fino al diritto del paziente di vivere tutte le fasi della propria vita senza subire trattamenti contrari alla propria volontà, anche se reputati dal medico necessari alla sua salute o alla sua vita.

Da ciò è derivata l'equiparazione normativa di due situazioni che prima rimanevano distinte solamente sul piano naturalistico: l'ipotesi del rifiuto di trattamenti salvavita, in ottemperanza al quale il medico ometta di intraprendere le cure; e quella della rinuncia a proseguire un determinato trattamento, la quale comporti una disattivazione manuale del sostegno artificiale da parte del medico. In conseguenza di ciò, la legge coerentemente ha previsto che nessuna responsabilità civile o penale

potrà essere configurata in capo al medico per essersi comportato nel rispetto del rifiuto o della rinuncia alle cure espressa dal paziente capace. Si tratta dell'affermazione di un diritto di civiltà da tempo atteso, il cui difetto deve prevalentemente imputarsi ad una visione partenalistica del rapporto medico-paziente. Non solo, la sua assenza deve ritenersi all'origine di una giurisprudenza schizofrenica, di una prassi sanitaria disorientata, abbandonata a se stessa e che per il timore di incorrere in pronunce di responsabilità penale per omissione delle cure, non di rado ha indirizzato i medici verso comportamenti autenticamente elusivi della volontà del paziente, financo in aperta violazione della medesima (come in materia di rifiuto delle emotrasfusioni per motivi religiosi).

Senonchè, l'introduzione di una apposita fattispecie che incrimini il medico nell'ipotesi di violazione del consenso informato è una questione che potremmo definire "tutta penalistica"; che in un certo senso si distacca, pur essendo ovviamente ricollegabile, dal centro dei temi posti sul piatto del dibattito che ha condotto all'ultima legge. Ciò che infatti premeva al legislatore era il riconoscimento di un diritto, pertinente alla sfera umana, nella sua massima estensione.

Tuttavia, io ritengo che questa motivazione a indagare *meglio* le ragioni che spingono il medico ad effettuare un determinato trattamento senza consenso sia stata rinvigorita dall'entrata in vigore della legge del 22 dicembre 2017, la quale non solo ha imposto al medico l'obbligo di acquisizione del consenso informato, ma lo ha rassicurato circa l'esenzione da responsabilità penale nel caso di esercizio da parte del paziente di una libertà fondamentale, tutelata già a livello costituzionale.

L'intento di questa ricerca è, allora, quello di fornire una immagine del medico più realista e aderente alla complessità di cui la realtà sanitaria è permeata. Pertanto, sebbene anche a seguito di questo significativo intervento le incertezze e le lacune permangano, nel frastornante silenzio del legislatore al giurista non rimane che interrogarsi, partendo dalle categorie dogmatiche e dalle norme penali esistenti, alla ricerca di una ridefinizione della responsabilità per trattamento sanitario arbitrario.

2. Il consenso informato e le sue fonti.

Con il termine consenso informato, che differisce dall'espressione "*Informed Consent*" (lett. "informazione per il consenso"), si intende un fondamentale presupposto per l'esercizio dell'attività medica che si colloca all'incrocio tra due diritti: il diritto ad essere curato ed il diritto ad essere rispettato in quanto persona, sia nella propria integrità fisica e psichica, sia nella propria libertà di autodeterminazione.

Sebbene il diritto a non subire trattamenti sanitari contro la propria volontà sia un principio da tempo indiscusso e sostenuto a livello giuridico già a partire da primi del Novecento negli Stati Uniti¹, non altrettanto può riferirsi del diritto del paziente a ricevere una

¹ Risale al 1905 una prima sentenza della Corte Suprema del Minnesota (*Mohr v. Williams*) in cui è stato affermato che «*il primo e più importante diritto di ogni libero cittadino, che è alla base di tutti gli altri e che è oggetto di un generale accordo, è il diritto all'inviolabilità della persona o, in altri termini, il diritto a se stessi; questo di diritto vieta rigorosamente al medico o al chirurgo, per quanto esperto di chiara fama, di violare senza permesso l'integrità fisica del suo paziente*». Ancora più nota è una sentenza del 1914 (*Schloendorff V. Society of N.Y. Hosp*), in cui il giudice Benjamin Cardozo scrive: «*[o]gni individuo adulto e capace ha il diritto di decidere che cosa debba essere fatto con il suo corpo; e un chirurgo che effetti una operazione senza il consenso del suo paziente commette violenza personale, dei cui danni è responsabile*».

informazione piena prima di sottoporsi ad un determinato trattamento. È, infatti, soltanto tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Sessanta che si è iniziato a discutere di *informazione per il consenso*.

Gli esiti del dibattito statunitense hanno avuto ampia risonanza anche in Europa.

Ad esempio, in Inghilterra, viene affermata l'imprescindibilità del consenso informato e ogni forma di contatto fisico col paziente posto in essere in assenza di tale requisito integra gli estremi sia del *tort* che del *crime* di *battery*. Pertanto è obbligo del medico fornire una informazione adeguata e completa.

A tale riconoscimento si è provveduto anche all'interno del nostro ordinamento attraverso la legge n. 219/2017, la quale all'art. 1, comma primo, afferma che «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Come osservato da un autorevole studioso «i[1] richiamo esplicito ai principi costituzionali e a quelli convenzionali di riferimento individua una pluralità di diritti fondamentali che riconoscono la massima ampiezza dell'autodeterminazione terapeutica fino al diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contrari alla

propria volontà»². Richiamando quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 438 del 2008, «[l]a circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»³.

A livello normativo nazionale il consenso informato viene riconosciuto da una pluralità di fonti: ad esempio, vengono in rilievo l'art. 2 della legge 26 giugno 1967, n. 458, il quale dispone in deroga al divieto di cui all'art. 5 c.c. che «[l]a donazione di un rene può essere autorizzata, a condizione che il donatore abbia raggiunto la maggiore età, sia in possesso della capacità di intendere e di volere, sia a conoscenza dei limiti della terapia del trapianto del rene tra viventi e sia consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta»; l'art. 33 della legge 13 maggio 1978, n. 180 afferma che «[g]li accertamenti e i

2 S. CANESTRARI, *Una "buona" legge buona (DDL recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, in Riv. it. Med. Leg., 2017, pp. 975 ss.; ID., Principi di biodiritto penale, Bologna, 2015, pp. 63 ss.*

3 V., altresì, Corte cost., 22 luglio 1979, n. 88; Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471; Corte cost., 12 giugno 1996, n. 194; Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238.

trattamenti sanitari obbligatori [...] devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato» (analogamente dispone l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 sul Servizio Sanitario Nazionale); l'art. 3 della legge 4 maggio, n. 107 sulle trasfusioni di sangue disciplina che «[p]er donazione di sangue e di emocomponenti si intende l'offerta gratuita di sangue intero o plasma, o piastrine, o leucociti, previo il consenso informato e la verifica della idoneità fisica del donatore»; «[i]l prelievo di sangue intero o plasma viene eseguito su persone consenzienti di età non inferiore a diciotto anni. Il prelievo di piastrine e leucociti [...] possono essere eseguiti anche su soggetti di età inferiore a diciotto anni, previo il consenso degli esercenti la potestà dei genitori, o del tutore o del giudice tutelare»; l'art. 5 della legge 5 giugno 1990, n. 135 afferma che «Nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse»; gli artt. 19, 28 del d.m. 15 gennaio 1991 rispettivamente dispongono che «[l]a trasfusione di sangue, di emocomponenti e di emoderivati costituisce una pratica terapeutica non esente da rischi; necessita pertanto del consenso informato del ricevente»; «[l]a plasmateresi può essere fatta solo su donatore consenziente, che sia stato preventivamente ed adeguatamente informato»; ancora, in materia di sperimentazioni cliniche, l'art. 3 del decreto legge 17 febbraio 1998, n. 23 sancisce che «[i]n singoli casi il medico può, a la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, impiegare un medicinale prodotto industrialmente per una indicazione o una via di

somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata [...], qualora il medico stesso abbia ritenuto o ritenga, sulla base di elementi obiettivi, che il paziente non potesse o non possa essere utilmente trattato con medicinali già autorizzati per quella determinata patologia da trattare e purché il paziente renda per iscritto il proprio consenso, dal quale risulti di essere stato adeguatamente informato circa l'assenza, allo stato, di risultati scientifici dimostrativi dell'efficacia dei medicinali impiegati»; l'art. 1 primo comma *lettera b*, in tema di erogazione gratuita di medicinali antitumorali in corso di sperimentazione clinica in attuazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 185 del 26 maggio 1998, afferma che «il medico attesta, sotto la propria responsabilità e sulla base di elementi obiettivi, che non esistono valide alternative terapeutiche tramite l'impiego di medicinali o trattamenti già autorizzati per tale patologia e richiede, con il consenso informato del paziente, l'accesso al multitrattamento Di Bella (MDB)»; nonché gli artt. 3, 4, 5 del d.l. 24 giugno 2003, n. 211, volti ad assicurare la tutela dei soggetti della sperimentazione clinica anche sotto il profilo della prestazione del consenso informato; gli artt. 4 e 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita, rispettivamente dedicati all'inclusione del consenso informato tra i requisiti di accesso alle tecniche e alle modalità di prestazione dello stesso; la legge 21 ottobre 2005, n. 219.

Il principio sancito dall'art. 32 Cost. trova evidente riscontro anche negli artt. 35 e 37 del nuovo Codice di deontologia medica del 2014.

Tra le fonti internazionali occorre sottolineare: la *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa il

4 aprile 1997 (c.d. Convenzione di Oviedo), ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, la quale all'art. 5 afferma che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato un consenso libero e informato»; la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (CEDU), ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, che all'art. 8 sancisce un collegamento tra diritto al rispetto della vita privata e illegittimità di qualsiasi ingerenza da parte dello stato per la protezione della salute che non sia prevista dalla legge; la *Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea*, proclamata a Nizza nel dicembre del 2000 e poi adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che all'art. 3 del Capo I dispone: «[n]ell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge» (con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1 dicembre 2009 la Carta ha assunto il medesimo valore giuridico dei trattati. *Ex art. 6 del Trattato di Lisbona essa ha dunque contenuto vincolante*). Infine devono menzionarsi anche i *pareri* in tema di consenso informato adottati dal Comitato Nazionale per la Bioetica⁴.

⁴ CNB, 20 giugno 1992, *Informazione e consenso all'atto medico*; CNB, 24 ottobre 2008, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico paziente*.

PARTE SECONDA
DELLA PENALE RILEVANZA DEL TRATTAMENTO SANITARIO
ARBITRARIO.

SOMMARIO: 1. *Il trattamento sanitario arbitrario come fatto lesivo della libertà di autodeterminazione del paziente: la tesi di FILIPPO GRISPIGNI.* 2. *La tesi della rilevanza penale del trattamento sanitario arbitrario soltanto in caso di produzione di una "malattia" riconducibile alla violazione di regole cautelari. Colpa come violazione di regole strettamente inerenti all'esecuzione di un determinato trattamento consentito; colpa come violazione delle regole volte a ridurre un rischio non consentito; colpa come violazione delle regole volte a prevenire un aumento del rischio originario consentito dal paziente; ed infine, colpa come violazione dell'obbligo che impone al medico di acquisire il consenso informato del paziente.* 3. *Il trattamento chirurgico come fatto normalmente tipico descritto dall'art. 582 c.p. e che necessita di una giustificazione. Il superamento colposo dei limiti del consenso informato come situazione inquadrabile nell'istituto dell'eccesso colposo.* 4. *La tesi della rilevanza del trattamento sanitario a livello di tipicità soltanto nel caso in cui manchi il consenso del paziente e/o siano violate regole cautelari inerenti all'intervento praticato.* 5. *La responsabilità per trattamento sanitario arbitrario seguito da morte del paziente come responsabilità penale a titolo preterintenzionale. Il caso Massimo e l'inquadramento del consenso informato come causa di giustificazione disciplinata dall'art. 50 c.p. (sent. n. 5639/1992).* 6. *Il dolo non come mera volontà di compiere l'intervento ma come volontà di mettere in pericolo l'integrità fisica o la vita del paziente. Il caso Barese (sent. n. 585/2001).* 7. *Il caso Firenzani (sent. n. 1572/2001): teoria dell'autolegittimazione dell'attività medica, consenso informato come presupposto di liceità dell'attività medica e rilevanza del consenso putativo.* 8. *Il trattamento sanitario eseguito *leges artis* ed avente finalità terapeutica non integra un fatto di lesioni personali: il caso Volterrani (sent. n. 26446/2002).* 9. *I principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite del 2008 e la colpa "geneticamente modificata".*

1. Il trattamento sanitario arbitrario nella tesi di Filippo Grispigni al tempo del Codice Zanardelli.

Professore di diritto penale, tra gli esponenti maggiori della scuola positiva italiana, FILIPPO GRISPIGNI fu uno dei primi giuristi, all'interno del nostro ordinamento, ad interrogarsi circa la possibile rilevanza penale dei trattamenti sanitari arbitrari; ad indagare sulla possibilità di applicare le norme penali esistenti sulla base di quello che lui definiva "*un divieto presunto*" del paziente, fondato sulla considerazione che «la persona, certamente o probabilmente opporrebbe un divieto ove conoscesse le condizioni reali del fatto»⁵. E a questo quesito egli rispondeva che non poteva esservi dubbio, «perchè è certo che quando il diritto obiettivo protegge un bene giuridico, tale tutela è valida senza necessità che il titolare di detto bene manifesti la volontà di essere tutelato contro eventuali lesioni. Ciò, naturalmente, diciamo in via generale, senza con questo negare che in alcuni casi la tutela è subordinata all'espreso divieto del titolare; ma appunto questi casi confermano che, quando la legge non lo esiga esplicitamente come condizione, la manifestazione della volontà non è richiesta per la validità della tutela»⁶.

Secondo GRISPIGNI, comunque, l'assenza di un esplicito riferimento al consenso all'interno delle fattispecie passibili di venire in rilievo non deve impedire al giurista di ricercare possibili soluzioni sul piano della tutela dei beni giuridici fondamentali. Sennonchè, per l'Autore, l'eventuale mancanza di consenso era destinata a rivelarsi ininfluyente a

5 F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico «arbitrario»*, in *Scuola positiva*, 1914, p. 682.

6 F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale*, cit., p. 683.

fronte della stessa assenza dei requisiti tipici oggettivi e soggettivi che connotavano il delitto di lesioni personali dolose, così come descritto dall'art. 372 del Codice Zanardelli.

Proprio riguardo alla possibilità di invocare tale delitto egli osservava: «[n]el trattamento medico-chirurgico con esito fortunato mancano gli elementi oggettivo e soggettivo del reato di lesione personale volontaria; mentre nel trattamento con esito disgraziato e nelle diagnosi implicanti una modificazione dell'organismo manca il solo elemento soggettivo di tale reato. [...], non risulta di per sé evidente, senza necessità di ulteriore dimostrazione, che tale mancanza non si modifica per il solo fatto che l'operazione è stata compiuta «arbitrariamente»? E per vero, sia presente o mancante, valido o invalido il consenso al trattamento medico-chirurgico, non rimane sempre ugualmente vero che un fatto, il quale costituisce un «miglioramento», non può costituire nello stesso tempo un «danno»?»⁷.

Nella visione dell'Autore, l'impossibilità di rintracciare nell'attività medica gli elementi tipici del delitto di lesioni personali era questione che precludeva al consenso di assumere un ruolo di fondamento di liceità dell'attività medico chirurgica. Tuttavia, anche inquadrando il trattamento sanitario arbitrario nell'ambito dei delitti contro la libertà, egli osservava che «il solo fatto di un'operazione chirurgica o di un trattamento medico compiuto «arbitrariamente» non costituisce di per sé solo un reato contro la libertà individuale». Sarà necessario, «*oltre* al fatto di aver agito senza il consenso», accertare che «si [siano] attuati altri fatti capaci di integrare

⁷ F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale*, cit., p. 777 s.

gli elementi costitutivi di un reato contro la libertà individuale»⁸, procedendo così all'analisi delle varie casistiche che possono verificarsi e alla selezione di quelle penalmente rilevanti, ossia inquadrabili all'interno della violenza privata o della privazione della libertà personale (artt. 154 e 146 Cod. Zan.).

2. Nessuna responsabilità nel caso di esito fausto. La tesi della rilevanza penale del trattamento sanitario arbitrario soltanto in caso di produzione di una "malattia" riconducibile alla violazione di regole cautelari. Colpa come violazione di regole strettamente inerenti all'esecuzione di un determinato trattamento consentito; colpa come violazione delle regole volte a ridurre un rischio non consentito; colpa come violazione delle regole volte a prevenire un aumento del rischio originario consentito dal paziente; ed infine, colpa come violazione dell'obbligo che impone al medico di acquisire il consenso informato del paziente.

Secondo un primo orientamento, i limiti di liceità dell'attività medico chirurgica non possono che essere ricercati all'interno della stessa tipicità. Con riferimento all'art. 582 c.p. che incrimina il delitto di lesioni personali, la dottrina propende per una interpretazione applicativa della norma esclusivamente orientata dalla sussistenza di tutti i requisiti espressamente richiesti per l'esistenza del fatto *tipico*. Tra questi non rientra il consenso informato, poichè la sua acquisizione è volta alla tutela del diritto di autodeterminazione del paziente e non della sua integrità fisica. Esso non potrebbe, d'altro canto, rilevare nemmeno sul piano dell'antigiuridicità, attraverso il noto istituto del consenso dell'avente diritto, poichè sarebbe destinato a scontrarsi con il divieto

⁸ F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale*, cit., p. 781.

(rilevante anche in sede penale) posto dall'art. 5 c.c., il quale espressamente vieta gli atti di disposizione del proprio corpo⁹ laddove comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica. Ciò premesso, rispetto al tema della rilevanza dei trattamenti sanitari arbitrari, la dottrina fissa limiti ben precisi alla possibilità di configurare una responsabilità in capo al sanitario.

Innanzitutto, in base a tale concezione, per malattia deve intendersi un «processo evolutivo, produttivo di un apprezzabile danno alla salute, con coesistente alterazione funzionale di una parte o dell'intero organismo, foriera di un'effettiva menomazione e tale da richiedere un intervento terapeutico» (Cass. pen., 18 marzo 1988). Nel caso dell'attività medica, di malattia pertanto, potrebbe parlarsi soltanto nel caso di esito infausto della condotta sanitaria tenuta, a nulla rilevando – da un punto di vista oggettivo – la mera incisione del corpo del paziente, la quale «di per sé priva di autonomia funzionale, va vista quale momento strumentale ad un intervento salvifico»¹⁰. Ma laddove, invece, l'esito sia fausto verrebbe meno uno dei requisiti fondanti il fatto tipico, caratterizzato appunto dall'offesa alla salute del paziente¹¹.

9 Cfr. M. PESANTE, voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 659 ss.

10 A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *L'Indice penale*, 2010, p. 464.

11 Nello stesso senso, F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 401, laddove argomenta che «come la malattia è un processo patologico e non una mera alterazione anatomica, così la salute è una condizione dinamica, che può essere addirittura favorita da atti medici produttivi di alterazioni anatomiche, anche irreversibili. In breve: indipendentemente dalla circostanza che il medico agisca con il consenso del paziente o meno, un atto medico oggettivamente migliorativo della condizione di salute di chi lo subisce non può considerarsi causa di una malattia e, conseguentemente, non può integrare il reato di lesione personale per mancanza di un suo requisito costitutivo,

Dal punto di vista psicologico, salvo l'accertamento di un eventuale *animus laedendi*, posto che il medico normalmente agisce con la volontà di apportare un beneficio alla salute del paziente, ponendo in essere tutti gli atti necessari a ristabilire l'equilibrio preesistente allo stato di malattia, l'unica ipotesi di responsabilità prevedibile è quella legata alla sussistenza di una *colpa*, la quale oltre alla non volontà dell'evento richiede altresì la violazione delle regole cautelari necessarie a prevenire un danno per la salute del paziente¹².

Da quanto esposto emerge che soltanto la produzione di un evento-malattia riconducibile alla violazione delle regole cautelari rappresenta l'occasione attraverso cui possa venire concretamente in rilievo una responsabilità penale del medico per aver agito in assenza di consenso. Compreso, dunque, il vero significato di tale teoria, può apparire improprio, tanto quanto necessario, un suo inquadramento tra quelle impegnate nella ricerca di una definizione della responsabilità per trattamento sanitario arbitrario.

Alla corrente delineata sono state mosse alcune critiche.

espressamente richiesto dall'art. 582 c.p."

12 A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario"*, cit., pp. 459 ss., il quale – commentando il caso "Massimo" del 1992 – rileva come "[l'] accertamento dell'elemento psicologico del delitto di lesioni personali – che compone la fattispecie di omicidio preterintenzionale – consistente nell'*animus laedendi*, tale da contrassegnare l'effettiva direzione finalistica della condotta contestata verso l'evento lesivo, viene condotto dal Supremo Collegio – secondo una costante che ha, nella specie, caratterizzato l'iter processuale nei cari gradi di giudizio – sul presupposto gnoseologico della doverosa applicazione di una nozione giuridica di malattia, che pecca di vistosi aspetti di astrattezza e formalismo, tale da riconoscere l'*Erfolgsunwert* del delitto in esame già nella mera incisione del corpo del paziente (di per sè priva di autonomia funzionale) solo perchè «arbitraria» non sorretta dalla volontà del paziente, come se l'assenza di questa, concretando l'*Handlungsunwert* della condotta del medico, fosse sufficiente a connotare di idoneità lesiva un'azione, invece, volta al miglioramento delle condizioni generali di salute del malato".

Innanzitutto, «non vi sono ragioni per assumere il carattere perito della condotta – un elemento che, come noto, attiene alla tipicità del reato colposo – quale criterio compensativo della mancanza del consenso, con l'intento di escludere in radice la rilevanza penale dell'atto medico arbitrario conforme alle *leges artis* e di profilare una responsabilità colposa unicamente in caso di negligenza, imprudenza o imperizia. [...] L'impostazione in esame, infatti, muove dall'implicita e più generale premessa che le regole cautelari, di cui le *leges artis* mediche sono una specie, abbiano la funzione precipua di azzerare il rischio connesso alla svolgimento di un'attività pericolosa lecita, ovvero di ricondurla entro l'ambito del caso fortuito. Del resto, solo procedendo da tale premessa è possibile escludere che l'atto medico perito costituisca una *condicio sine qua non* del peggioramento del quadro clinico del paziente»¹³. Sennonché proprio «la decisione del medico di intraprendere un trattamento medico arbitrario equivale alla scelta di far correre al paziente tanto i rischi che le regole sono in grado di fronteggiare, quanto quelli che, nonostante il rispetto delle *leges artis*, possono trasformarsi in un'offesa per il bene giuridico. Proprio i coefficienti di rischio che sono insiti nell'agire medico, anche quando esso è conforme alla perizia doverosa, aiutano a comprendere, allora, perchè in mancanza del valido consenso del paziente, scatta in capo al medico il divieto penale di intervenire»¹⁴. Divieto, questo, finalizzato a tutelare sia la libertà di autodeterminazione del paziente sia il suo diritto a non subire una lesione della sua salute, da intendersi in senso più lato, «comprensivo sia del benessere residuo, sia

13 F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., p. 402.

14 F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., pp. 402-403.

dell'interesse a non accelerare i decorsi patologici»¹⁵. Se dunque il consenso costituisce il fondamento dell'attività medica, per poter individuare le esatte fattezze di una eventuale responsabilità medica in caso di esito avverso, occorre partire dall'analisi delle situazioni che possono dare luogo alla mancanza di un valido consenso. Queste si dividono in due gruppi principali:

a) situazioni in cui la mancata assunzione del consenso informato non sia riconducibile ad un comportamento volontario del medico ma sia dipesa da negligenza oppure da imperizia¹⁶.

Nel primo caso, il consenso sarà invalido in quanto *non informato* a causa della violazione di regole cautelari inerenti al momento informativo (ad esempio, il medico dimentica di acquisire il consenso, oppure non informa pienamente il paziente circa l'esistenza di determinati rischi, oppure ancora non si assicura che paziente abbia compreso le informazioni trasmessegli, e così via).

Nel secondo caso, invece, il consenso informato sarà invalido in quanto acquisito sulla base di un quadro clinico viziato da errore (come nel caso dell'errore diagnostico).

Così mentre in relazione a quest'ultima ipotesi il medico sarà chiamato a rispondere direttamente dell'imperizia iniziale, in quella che riguarda il suo comportamento negligente, egli potrà essere chiamato a rispondere per l'esito avverso soltanto nella misura in cui, in sede di intervento,

15 F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., p. 403 secondo cui, in conclusione, «[s]olamente nelle ipotesi – davvero rare – in cui l'atto medico sia stato condotto nel rispetto di *leges artis* capaci di azzerare tutto il rischio insito nel trattamento sanitario, l'eventuale verifica dell'evento pregiudizievole non sarebbe ascrivibile al medico, in quanto evidente espressione del caso fortuito».

16 F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., p. 405.

abbia omesso di adottare tutte quelle regole cautelari volte a *ridurre* i rischi insiti nell'attività effettuata e non comunicati al paziente in sede di informazione.

b) situazioni in cui l'informazione resa al paziente sia stata «deliberatamente incompleta, lacunosa, non rispondente al vero»; in cui il medico abbia agito «omettendo intenzionalmente di richiedere il consenso del paziente»; ed, infine, i casi in cui il medico agisca esorbitando volontariamente dai confini di prestazione del consenso, o addirittura approfittando di un errore del paziente per equivocarne consapevolmente la volontà o la eventuale non volontà¹⁷.

In ipotesi come queste, si sarebbe frettolosamente portati a concludere che la volontà di prescindere dal consenso sia fattore condizionante il titolo di imputazione per l'esito avverso derivante dalla propria condotta. Senonchè, la dottrina fautrice della teoria che si sta delineando ha così concluso: «affermare che la preordinazione di una causa di giustificazione rende inoperante il limite scriminante ad essa connesso, ha un senso in tanto che la condotta dell'agente sia diretta esclusivamente alla realizzazione dell'evento finale; [...] Ebbene è opinione pacifica che, per la sua sussistenza, il dolo delle lesioni personali non richiede la diretta volontà di produrre conseguenze lesive, essendo sufficiente che l'agente accetti il rischio di poter offendere con la propria condotta l'altrui integrità fisica. [...] E precisamente, se il dolo di lesioni personali deve abbracciare l'evento "malattia", nel senso che l'agente deve rappresentarsi l'eventualità di un peggioramento del quadro clinico e quantomeno

17 F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., p. 406.

accettarne il rischio, è chiaro che quando il medico agisce nella consapevolezza o nella convinzione di osservare le regole cautelari doverose, seppur egli di rappresenti un siffatto rischio, non per questo si potrà ritenere che abbia accettato la verifica dell'evento. [...] Allorchè, invece, il medico si renda conto di violare le *leges artis*, la rappresentazione dell'esito pregiudizievole è pienamente compatibile con l'accettazione dell'evento e con il dolo eventuale»¹⁸.

Qualora poi consegua la morte anzichè soltanto la malattia, potrà perfino prospettarsi una responsabilità per omicidio preterintenzionale. Normalmente, però, esclusa una responsabilità a titolo di dolo eventuale, in caso di violazione di regole cautelari che hanno come scopo quello di ridurre i rischi non consentiti dal paziente, in caso di peggioramento della salute di quest'ultimo il medico sarà chiamato a rispondere *per colpa*.

In dottrina, si è rilevato come, «oltre ad essere apprezzabile sotto il profilo "orientato alle conseguenze" che ne derivano, [in realtà tale teoria apra] spazi consistenti per ulteriori riflessioni sull'efficacia delle regole cautelari, in rapporto alle fattispecie di omicidio colposo e di lesioni personali colpose nel settore dell'attività medica»¹⁹. In particolare, si argomenta che qualora il trattamento, seppur eseguito arbitrariamente, non abbia in alcun modo inciso sul pregresso stato di malattia il quale abbia, infine, condotto alla morte del paziente, non si potrà imputare al medico alcun fatto colposo di omicidio. «[I]nvero, quel trattamento [...] non ha in alcun modo alterato in negativo la situazione di rischio in cui

18 Così, in definitiva, F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., pp. 407-408.

19 P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie". Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 135.

versava il paziente. Anzi: poichè si ipotizza il pieno rispetto delle *leges artis* – sia nella scelta, che nell'esecuzione del trattamento – manca in radice una condotta colposa tipica, che si modella tenuto conto della prevedibilità e della evitabilità dell'evento. [...] Ciò che conta – ai fini dell'esclusione della responsabilità colposa *ex artt.* 589 o 590 c.p. – è che il medico, con la sua condotta "non autorizzata" dal consenso informato, non abbia aumentato il rischio originario (concretizzatosi nell'esito infausto nonostante il suo intervento *lege artis*), nè abbia creato rischi collaterali tradottisi essi stessi in eventi lesivi»²⁰. Infatti, nel caso in cui l'intervento abbia prodotto un esito infausto²¹ che rappresenta la concretizzazione di un rischio insito nello stesso e diverso da quello accettato dal paziente al momento della prestazione del consenso, una responsabilità per colpa sarà fondata *non* sulla violazione del consenso, ma sulla violazione da parte del medico delle regole cautelari volte a prevenire quel rischio.

In definitiva, in base a questo orientamento, l'acquisizione del consenso informato non assumerebbe la fisionomia di regola cautelare²², ma

20 P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., p. 135 s.

21 P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., p. 136, il quale riconduce a tale nozione tutta una costellazione di ipotesi che ricomprende "sia i casi in cui il trattamento medico abbia in effetti raggiunto il risultato avuto di mira (ma producendo altresì esiti lesivi collaterali riconducibili alla nozione di "malattia"), sia i casi in cui il trattamento abbia avuto esito avverso proprio con riguardo al suo scopo (pur essendo stato eseguito *leges artis*), cagionando lesioni in un paziente sano, ovvero peggiorando un pregresso quadro patologico, o anticipando significativamente l'evento-morte (che verosimilmente sarebbe derivato dalla malattia in atto)".

22 Secondo, invece, l'interpretazione fornita da F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 184, la principale caratteristica di questa impostazione dogmatica sarebbe quella "di considerare la regola che impone l'acquisizione del consenso del paziente – regola che si assume finalizzata alla salvaguardia della sua autodeterminazione – quale vera e propria regola dell'arte medica, la cui violazione darebbe luogo di per sè (e dunque a prescindere da ogni

rappresenterebbe lo strumento che consente di individuare la soglia di rischio (consentito, ovvero) accettata dal paziente e che delimita la sfera di attività del medico. «È il paziente, infatti, che deve decidere se rischiare, e quanto, nel contesto di una valutazione complessiva dei costi e dei benefici del trattamento (sofferenza, risultati sperati, effetti collaterali negativi possibili o addirittura certi, ecc.), resa possibile da un corretto e puntuale adempimento dei doveri informativi da parte del medico. [...] laddove il rischio si concretizzi nell'evento è conclusione che discende, in definitiva, dai criteri comunemente recepiti in tema di colpa (salvo ovviamente che si versi in situazioni urgenti, in cui non sia possibile acquisire il consenso informato e necessiti l'intervento medico per la salvaguardia di beni fondamentali della persona)»²³.

Di fronte al dato comune alle tre linee di pensiero illustrate costituito dall'aggancio della responsabilità penale al necessario accertamento di

*ulteriore profilo di contrarietà alle restanti leges artis di natura tecnica) ad un adempimento a titolo di colpa, nel caso in cui il trattamento abbia di fatto cagionato – sul piano della realtà materiale – l'evento costitutivo delle lesioni personali". In dottrina, cfr. anche la posizione di M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Diritto penale e processo*, 2005, p. 379, il quale – pur condividendo il presupposto che "[l]a mancata acquisizione del consenso [...] priva il paziente del potere di disporre in ordine alla proprie cure, di decidere della propria integrità fisica attraverso l'assunzione di un rischio che fuoriesce dai limiti di controllo del sanitario" – tuttavia conclude che "[i]l maggior disvalore insito nell'offesa all'integrità sarebbe allora espresso dalle fattispecie colpose di lesioni personali e omicidio, fondando il giudizio di colpa, attraverso l'art. 586 c.p., sulla violazione della regola cautelare che impone di acquisire il consenso, volto a trasferire sui pazienti il possibile esito infausto dell'operazione". Più in particolare secondo l'A., la finalità tipica dell'assunzione del consenso sarebbe proprio quella di prevenire l'esposizione a rischio del bene vita o dell'incolumità individuale "pur presenti anche al di sotto della soglia di rischio consentito definita dal rispetto delle leges artis". Critico nei confronti di questa impostazione, come avremo modo di approfondire, F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 186 s. 23 P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., pp. 138-139, secondo cui una tale visione del consenso impedisce che comportamenti di negligenza in fase di acquisizione del consenso, financo intenzionali all'origine della carenza di informazioni rese al paziente, o addirittura la stessa assenza del consenso, possano assumere una qualche rilevanza a fini penali.*

una colpa in capo al sanitario, un'altra corrente ha obiettato come «[diverse debbano essere], invece, le conclusioni da trarre in presenza di un intervento con esito infausto, non imputabile – si badi – ad una condotta colposa del sanitario nell'esecuzione dell'intervento. È necessario allora considerare che quando il chirurgo opera nel rispetto delle regole dell'arte medica, lo fa all'interno di un'area di rischio consentito, che ne esclude la responsabilità penale. Ciò ovviamente vale per i casi "ordinari" in cui il medico opera con il consenso del paziente, il quale è stato informato dei rischi pur sempre presenti, in percentuale più o meno variabile, in ogni intervento: con il proprio consenso alla prestazione medica il paziente si assume il rischio dell'esito infausto dell'operazione non addebitabile a colpa del professionista. Solo al paziente, nell'esercizio della propria libertà di autodeterminazione, spetta decidere se sottoporsi ad un intervento. La mancata acquisizione del consenso, pertanto priva il paziente del potere di disporre in ordine alle proprie cure, di decidere della propria integrità fisica attraverso l'assunzione di un rischio che fuoriesce dai limiti di controllo del sanitario. In questo caso l'arbitrarietà del trattamento medico offende non solo la libertà morale del paziente, ma, in presenza dell'esito infausto la sua stessa integrità fisica. Al fine di esprimere il disvalore insito nell'atto medico arbitrario si può ricorrere oggi all'art. 610 c.p., pur con i limiti innanzi evidenziati. Il maggior disvalore insito nell'offesa all'integrità fisica sarebbe allora espresso dalle fattispecie colpose di lesioni personali e omicidio, fondando il giudizio di colpa attraverso l'art. 586 c.p., sulla violazione della regola cautelare che impone di acquisire il

consenso, volto a trasferire sui pazienti il possibile esito infausto dell'operazione»²⁴.

3. Il trattamento chirurgico come fatto normalmente tipico descritto dall'art. 582 c.p. e che, quindi, necessita di una giustificazione. Il superamento colposo dei limiti del consenso informato come situazione inquadabile nell'istituto dell'eccesso colposo.

Secondo un'altra impostazione, «il trattamento chirurgico, indipendentemente dal suo esito, integra di regola un "fatto" di lesioni personali»:

«[p]ensiamo al caso di specie deciso in Massimo. Una paziente consente all'asportazione di un polipo rettale per via transanale; durante l'operazione, il chirurgo muta il piano operatorio e le asporta una parte significativa dell'intestino, praticandole una deviazione rettale ed applicandole un ano artificiale. Proviamo ora a variare i dati fattuali, immaginandoci (contrariamente a quanto purtroppo avvenne nel caso di specie) che dall'intervento non derivi alcun evento avverso, e che pertanto – da un punto di vista rigorosamente *clinico* – l'intervento possa dirsi *riuscito*: davvero dobbiamo ritenere che, in un'ipotesi siffatta, sia stata lesa *soltanto* la libertà morale del paziente?»²⁵.

«Un intervento di deviazione rettale è [...] intervento *sul corpo*, che incide immediatamente e pesantemente sulla *salute*, intesa come benessere psicofisico, del soggetto: vi abbia o non vi abbia consentito il

24 F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, Torino, 2006, p. 108; nello stesso senso, M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, cit., p. 379.

25 F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 177, corsivi dell'Autore.

paziente»²⁶. Bene giuridico tutelato dagli artt. 582 e 583 c.p. è, dunque, lo stato di *benessere fisiopsichico* della persona; e pertanto, «coloro che negano che [una tal conseguenza] dell'intervento chirurgico [integri] il paradigma delle lesioni, [in realtà] rivolgono la loro attenzione *al risultato complessivo* dell'operazione, *in esito* alla medesima. Ciò che conta, in questa prospettiva, è che il *saldo finale* tra costi e benefici dell'intervento sia positivo, in base – si noti – ad una valutazione *oggettiva*, compiuta secondo le regole dell'arte medica»²⁷.

Definite *tipiche* tutte quelle conseguenze derivanti, in genere, dai trattamenti chirurgici che incidono in maniera non irrilevante sullo stato di benessere fisico e psichico del paziente (dall'incisione operatoria – ad eccezione forse degli interventi di microchirurgia – al decorso postoperatorio, sino agli esiti invalidanti permanenti o temporanei dell'intervento subito), occorre verificare se esse si pongano altresì in contrasto con l'ordinamento giuridico. In altri termini, si deve accertare se le lesioni, oltre ad esser tipiche, siano altresì antiggiuridiche.

Laddove le lesioni effettuate dal medico siano *giustificate* dal *consenso* del paziente, nessuna responsabilità penale sarà prevista in capo al chirurgo; mentre «*in difetto* di una idonea giustificazione [...] non potrà che ravvisarsi il *dolo*»²⁸ giacchè il medico «*vuole* cagionare, quanto meno, tutte le conseguenze che sa essere necessariamente connesse

26 IBIDEM.

27 F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 178. V. altresì, F. CARNELUTTI, *Problema giuridico della trasfusione del sangue*, in *Foro. it.*, 1938, pp. 91 ss; R. RIZ., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975, pp. 40 ss.

28 F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 182.

all'intervento che sta compiendo, essendo affatto irrilevante [...] il fine terapeutico che egli in concreto persegue»²⁹.

Nell'ipotesi in cui, dall'intervento praticato in assenza di consenso: a) derivi un peggioramento delle condizioni di salute del paziente o addirittura la morte di quest'ultimo; b) e, l'esito infausto sia riconducibile alla violazione di regole cautelari durante il trattamento, il medico risponderà dell'evento ulteriore non voluto *a titolo di colpa*.

Riassumendo, tutti i trattamenti chirurgici arbitrari costituiscono potenziali tipi preterintenzionali, dove al delitto base voluto può accompagnarsi un evento non voluto causato dalla violazione delle *leges artis*.

A tale conclusione perviene anche chi, pur condividendo una visione del consenso come causa di giustificazione disciplinata dall'art. 50 c.p., volta ad eliminare la illiceità dell'atto medico praticato, tuttavia distingue due tipologie di situazioni: a) quella in cui il terapeuta agisce con la consapevolezza di superare i limiti posti dalla suddetta scriminante, rispetto alla quale il medico sarà chiamato a rispondere a titolo di lesioni personali dolose; b) e quella che abbraccia «le situazioni in cui il terapeuta agisce in modo approssimativo o trascurato, sottovalutando le esigenze di puntuale informazione e di diligente acquisizione del consenso, o senza interrogarsi scrupolosamente sulla corrispondenza tra ciò che fa e ciò che era stato convenuto». Sono le ipotesi che in cui il medico supera *colposamente* i limiti per la fruizione della scriminante di cui all'art. 50 c.p.. Pertanto la figura codicistica che viene invocata è

²⁹ IBIDEM.

quella dell'*eccesso colposo* disciplinato dall'art. 55 c.p.³⁰. Peraltro, tale corrente non preclude nemmeno situazioni in cui «lo sforzo interpretativo [possa] giungere in qualche caso, anche ad escludere la stessa colpa. Infatti, occorre accantonare l'idea che qualunque, anche tenue, trascuratezza nell'informazione o nell'acquisizione del consenso possa risolversi in un atto contrario alla legge penale. Se la piena, libera alleanza terapeutica costituisce l'ideale della relazione terapeutica, non ogni deviazione rispetto a tale modello può assumere significato penale; tanto più che, come si è accennato, vi sono diverse situazioni nelle quali le modalità dell'informazione sono determinate dalle esigenze del paziente o da urgenze della terapia»³¹.

4. La tesi della rilevanza del trattamento sanitario a livello di tipicità soltanto nel caso in cui manchi il consenso del paziente e/o siano violate regole cautelari inerenti all'intervento praticato.

La possibile configurazione di una responsabilità a titolo di dolo in capo al sanitario (ovvero a titolo preterintenzionale) per il caso di trattamento eseguito dal medico senza la previa acquisizione del consenso informato del paziente è stata sostenuta anche da un'altra parte della dottrina la quale, tuttavia, muove da premesse totalmente opposte a quelle poc'anzi delineate.

Si afferma che «[i]n realtà, un contemperamento degli interessi del paziente e del medico si ottiene sottolineando da un lato che è il paziente a dovere (almeno di norma) restare il *dominus* regolatore dell'intervento

30 R. BLAIOTTA, *Anche dopo le sezioni unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3366 s.

31 R. BLAIOTTA, *Anche dopo le sezioni unite*, cit., p. 3368.

del sanitario, dall'altro che il medico il quale intervenga su richiesta e quindi con il consenso libero, consapevole e informato del soggetto, è il protagonista insostituibile di una attività altamente sociale, che non può essere di per sé confusa con le condotte tipiche di figure delittuose. Quando vi sia consenso del paziente (consenso-«accordo»), dunque, e l'intervento terapeutico sia compiuto dal medico *lege artis*, non solo il peggioramento transitorio delle condizioni del paziente, ma anche la stessa perdita dell'integrità fisica (es. amputazioni; perdita di funzioni ecc.) in vista della guarigione o del miglioramento successivo, o lo stesso massimo esito infausto, per quanto dolorosi e tragici siano in sé, non possono essere considerati come lesioni o omicidio tipici scriminati, in quanto carenti già sotto il profilo della tipicità»³².

32 Così M. ROMANO, sub art. 50 - *Consenso dell'avente diritto*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Artt. 1-84, Milano, 1995, p. 532 ss. Cfr. G. MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1954 s., secondo cui da un lato, «[a]ppare preferibile dal punto di vista meramente teorico la tesi di coloro i quali ritengono che il consenso del paziente non rappresenta la scriminante ai sensi dell'art. 50 c.p. dell'attività medico-chirurgica (che in mancanza di tale assenso sarebbe perciò ontologicamente illecita), bensì rappresenta la condizione legittimante per l'esercizio di un'attività non solo lecita, ma anche altamente meritevole. Ma a parte i distinguo l'assenza di un valido consenso rende penalmente rilevante il trattamento medico-chirurgico, sia esso fausto che infausto, dato che la liceità di una condotta arbitraria non può dipendere dall'esito dell'intervento»; dall'altro, «[t]ale conclusione corretta dal punto di vista dogmatico, deve essere però integrata da ulteriori considerazioni per evitare come detto che il medico che agisce con finalità terapeutiche sia accomunato al malfattore, risultato aberrante in cui la correttezza formale del ragionamento logico giuridico si scontra con il comune senso di giustizia, che necessariamente deve guidare tutti gli operatori del diritto. Per prima cosa il problema va ridimensionato quantitativamente, poiché le ipotesi in cui il medico agisce nella piena consapevolezza di operare in assenza o al di là di un valido consenso sono molto limitate. Tali ipotesi infatti sono ridotte dalla circostanza che in alcuni casi, probabilmente più frequenti, il medico per negligenza o imperizia non informa adeguatamente il paziente circa i rischi a cui si va incontro ed ottiene da lui perciò un consenso viziato in quanto non adeguatamente informato (error in intelligendo o di giudizio). In altri casi il medico sempre per negligenza o imperizia può travalicare i limiti del consenso ottenuto perché esegue maldestramente l'intervento assentito (error in agendo o modale). In altri casi ancora il medico agisce ritenendo erroneamente per sua negligenza che il paziente abbia

Del tutto differente sarebbe, invece, l'ipotesi del trattamento medico-chirurgico *non terapeutico* «(sperimentazione; casi di chirurgia estetica e plastica senza indicazione medica), in cui deve essere affermata la tipicità e il consenso svolge soltanto una funzione scriminante»³³.

5. La responsabilità per trattamento sanitario arbitrario seguito da morte del paziente come responsabilità penale a titolo preterintenzionale. Il caso Massimo e l'inquadramento del consenso informato come causa di giustificazione disciplinata dall'art. 50 c.p. (sent. n. 5639/1992).

A seguito dell'udienza del 21 aprile 1992, la Corte di Cassazione perveniva alla conferma della sentenza di condanna emessa dalla Corte di Assise d'Appello di Firenze³⁴ nei confronti del chirurgo Carlo Massimo, per aver sottoposto un'anziana paziente ad intervento chirurgico demolitivo di amputazione totale addominoperineale del retto, anzichè a quello preventivo di asportazione transanale di un adenoma villosa, in completa assenza di necessità ed urgenza terapeutiche che potessero giustificare tale intervento ma soprattutto senza aver preventivamente informato la paziente ed i suoi familiari circa

prestato il consenso su quella parte di intervento chirurgico. In tutte e tre queste ipotesi è evidente che non può contestarsi al medico un reato doloso, bensì trova spazio la contestazione di una condotta colposa per negligenza o imperizia, sia come errore di giudizio che errore modale. Resta pertanto da definire quid iuris nei casi, che si ritengono dovrebbero essere sporadici, in cui il medico agisce nella piena consapevolezza dell'assenza di un valido consenso del paziente».

33 IBIDEM, [corsivi nostri].

34 La quale a sua volta confermava la decisione del giudice di prime cure. Cfr. Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, Massimo, in *Giust. pen.*, 1991, II c. 163 ss., con nota di G. IADECOLA, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito in assenza del consenso del paziente*; nonché di D. RODRIGUEZ, *Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza 10 ottobre 1990 della Corte d'Assise di Firenze*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, pp. 1117 ss.

l'entità ed i concreti rischi del più grave atto operatorio eseguito. La paziente di ottantatre anni, che già versava in condizioni generali definite gravi, due mesi dopo decedeva a causa delle lesioni personali subite, in costanza di degenza ospedaliera.

Attraverso la perizia medica veniva accertato, in particolare, l'errore medico nella scelta della tipologia di intervento, ed invero la possibilità di asportazione endoscopica, seppur non agevole, della neoplasia. L'intervento, seppur eseguito correttamente e con competenza superiore alla media, costituiva pertanto una scelta errata, la conseguenza di una negligenza del medico inerente alla valutazione dell'intervento più appropriato nei confronti della paziente, in considerazione sia dell'età che delle peculiari condizioni in cui versava.

In particolare, la scelta di procedere all'amputazione del retto, anziché all'escissione endoanale, apparsa impossibile al medico, non solo si rivelava non necessaria alla sopravvivenza della paziente ma anche sproporzionata rispetto all'entità della lesione che si voleva curare e non rappresentava l'unica alternativa, ben potendosi aggredire il tumore per via esterna oppure praticarsi una resezione meno invalidante.

«Correttamente, la Corte di Firenze segnala il principio del libero consenso, a cui ogni regola in tema di trattamento terapeutico deve soggiacere ancor che rimessa alla valutazione della coscienza del medico, ispirata che sia alle migliori *leges artis*. [...] E si deve ritenere che se il trattamento non consentito ha uno scopo terapeutico, e l'esito sia favorevole, il reato di lesioni sussiste, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale (art. 32, comma secondo, Cost.), e che, *a fortiori*, il reato sussiste ove l'esito sia sfavorevole.

Correttamente, perciò, viene configurata nella fattispecie l'antigiuridicità della condotta del chirurgo, che proprio contraddistingue la lesività dolosa. Al riguardo, viene rettamente ricordato il carattere generico che connota l'elemento psichico del reato di lesioni volontarie e segnalata la sua compatibilità con l'atto medico, al pari di un qualsiasi atto lesivo della integrità fisica, posto che la legge non esige che il soggetto agisca per uno scopo o un motivo illeciti. Il fine che l'agente si propone è irrilevante per il dolo generico e dal nostro diritto penale viene considerato soltanto se per la sussistenza del reato sia richiesto il dolo specifico. Il chirurgo ebbe, sotto il profilo intellettuale, la rappresentazione dell'evento lesioni, e sotto quello volitivo, l'intenzione diretta a realizzarlo, ebbe cioè consapevole volontà di ledere l'atri integrità fisica personale senza averne diritto e senza che ve e fosse necessità. Ed aveva cagionato una lesione da cui era derivata la malattia, un processo patologico che aveva determinato una menomazione funzionale (grave). Ciò è sufficiente per realizzare l'elemento psichico e quello materiale del reato in discorso»³⁵.

Quanto all'imputazione dell'evento morte, la Corte afferma che «quest'ultimo è posto a carico dell'agente sulla base del solo rapporto di causalità ossia prescindendosi da ogni indagine di carattere psicologico». A parziale mitigazione del criterio utilizzato, la Corte richiama quello della prevedibilità dell'evento da parte dell'imputato desumibile da tutta

35 Così Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1992, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 63 ss., con nota di G. MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, pp. 65 ss.; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., pp. 141 ss. V. altresì lo scritto di L.D. CERQUA, *Consenso del paziente e responsabilità penale del medico: discussione di un caso*, in *L'Ind. pen.*, 1999, pp. 449 ss.

una serie di comportamenti «genericamente e professionalmente colposi», dai quali desumere la mancata percezione di una autonoma, alternativa *causa mortis*.

In conclusione, tre i principi enucleati a sostegno dell'impianto motivazionale qui riassunto: 1. l'obbligo del medico di acquisire il consenso informato del paziente prima di procedere ad un qualsiasi trattamento medico-chirurgico. Tale obbligo risulta connesso con alcuni beni fondamentali dell'individuo, quali la salute e l'integrità fisica, che trovano espressa consacrazione attraverso la Carta costituzionale, la quale a garanzia di tutela di tali beni riconosce all'individuo il diritto all'inviolabilità personale, il diritto a ricevere trattamenti sanitari ed, infine, il diritto a non subire trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi previsti dalla legge; 2. La compatibilità tra atto medico arbitrario e atto lesivo doloso previsto dall'art. 582 c.p.; 3. La riconduzione del consenso informato alla scriminante prevista dall'art. 50 c.p.

Peraltro, non appare di agevole interpretazione la frase con cui la Corte afferma che «[c]orrettamente, perciò, viene configurata nella fattispecie l'antigiuridicità della condotta del chirurgo, che proprio contraddistingue la lesività dolosa». Non è chiaro, infatti, se la Corte, pur ritenendo sufficiente la mera volontà di porre in essere l'intervento comportante lesioni, non sorretta da motivi o fini specifici, intenda dire, in coerenza con quanto sostenuto da un certo orientamento dottrinale, che ogni atto medico integri di per sé un fatto di lesioni personali; oppure, al contrario, che ogni atto medico integri un fatto tipico contrassegnato dalla volontà di porre in essere il comportamento. Mentre è ovvio che, nell'ambito di siffatta costruzione, l'assenza della scriminante prevista dall'art. 50 c.p.

diventa determinante per l'accertamento del contrasto tra condotta e ordinamento giuridico; il che equivale a dire, il fatto tipico diventa altresì antigiuridico.

Da ultimo, per quanto attiene alla nozione di malattia accolta in questa pronuncia, è possibile notare come non sia affatto evidente una adozione della stessa in senso ampio, comprensiva ovvero di ogni alterazione anatomica, ancorchè non impegnativa delle condizioni organiche generali, ma semmai focalizzata sul risultato conseguito dal medico, qui rappresentato da un processo patologico che sfociava in una menomazione funzionale (grave), realizzata volontariamente attraverso la condotta arbitrariamente tenuta³⁶.

Ad ogni modo e al di là del piano che concerne la verificabilità delle singole statuizioni qui riassunte, come efficacemente evidenziato in dottrina, «[l]'accoglimento dell'enunciata prospettiva d'indagine [comportava] il definitivo superamento di anacronistiche concezioni del sistema, invero complesso e delicato, di relazioni tra medico e paziente nell'ambito delle quali alle esaltate esigenze di autonomia valutativa e decisionale del primo era riservata considerazione preminente rispetto alle istanze di libera e consapevole determinazione del secondo»³⁷.

36 V, altresì, F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., p. 149, laddove rileva che «[l]'insistenza d'altra parte, nel sottolineare il concreto esito dell'intervento sulla paziente, definito in termini di apprezzabile menomazione funzionale e di processo patologico (poi sfociato nell'esito letale), parrebbe invece presupporre una nozione di «malattia» più aderente agli auspici della dottrina, che da tempo sottolinea l'insufficienza di una alterazione meramente anatomica dell'organismo, ponendo piuttosto l'accento sui requisiti della menomazione funzionale o della causazione di un processo patologico destinato a risolversi nella guarigione, nella morte o nell'adattamento dell'organismo ad una nuova condizione».

37 «Il principio della necessità del consenso al trattamento chirurgico viene elevato a regola fondamentale e presupposto essenziale e non sostituibile della liceità dell'operato

6. Il dolo non come mera volontà di compiere l'intervento ma come volontà di mettere in pericolo l'integrità fisica o la vita del paziente. Il caso Barese (sent. n. 585/2001).

Dopo alcuni anni, la Corte di legittimità è tornata ad occuparsi di un nuovo caso di trattamento sanitario eseguito in assenza del consenso del paziente, molto simile peraltro a quello deciso nella sentenza precedente. Nella fattispecie, il chirurgo Barese aveva ottenuto da una paziente il consenso all'asportazione di una cisti ovarica; tuttavia, nel corso dell'intervento, resosi conto dell'esistenza di una massa tumorale, per procedere all'operazione commetteva una serie di errori tecnici, in seguito ai quali decideva di asportare sia l'intera massa che gli organi genitali, sia in assenza di consenso che di ragioni urgenti che giustificassero un simile modo di procedere.

In seguito all'operazione subita, la paziente riportava alcune complicanze che ne determinavano la morte.

Sia in primo che in secondo grado il dott. Barese veniva condannato a titolo di omicidio colposo; ma il Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Catanzaro, insistette, come aveva fatto l'accusa nei precedenti gradi di giudizio, affinché i fatti accertati dai giudici di merito venissero qualificati idonei a realizzare l'omicidio preterintenzionale.

*medico l'apprezzamento concreto del quale esigerà la verifica analitica del rispetto puntuale degli obblighi di informazione preventiva in ordine alle convinzioni diagnostiche e alle possibilità terapeutiche nonché del soddisfacimento effettivo delle esigenze poste a fondamento dei canoni di personalità, inequivocità e specificità dell'atto di consenso del paziente, garante primario della salvaguardia del proprio diritto alla salute e all'integrità fisica, inteso come diritto a ricevere cure soltanto su base volontaria». Così G. MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, cit., p. 66.*

Tale richiesta trovava il suo sostegno nelle ragioni poste a fondamento della sentenza della Corte di cassazione n. 5369/1992 (imp. Massimo), concernente, come analizzato, un caso di morte susseguente all'effettuazione di un intervento senza il consenso di una paziente ed in assenza di ragioni che potessero giustificare un intervento demolitivo come quello praticato in concreto.

La Corte di legittimità chiamata nuovamente a pronunciarsi, si sofferma innanzitutto sul problema della compatibilità tra responsabilità preterintenzionale e responsabilità medica per morte non voluta di un soggetto a seguito di intervento eseguito in difetto di consenso informato del paziente, così affermando: «[a] parere di questo collegio il problema [...] va invece riportato all'accertamento dei presupposti per ritenere l'esistenza del dolo intenzionale. L'agente deve anticipatamente (sia pure nel corso dell'intervento chirurgico) rappresentarsi l'esito (voluto) della sua condotta e non agire «a costo» di provocare quell'evento. Non va infatti dimenticato che, nella fattispecie dell'omicidio preterintenzionale, l'agente pone in essere una condotta che sa, e vuole, diretta a provocare un'alterazione dell'integrità fisica della persona offesa; egli si pone consapevolmente in una situazione di illiceità ponendo coscientemente in pericolo l'incolumità fisica o la salute del paziente. Non è necessario, come da taluni è stato osservato, che l'agente sia animato da una «malvagia volontà» nei confronti della persona offesa ma è comunque necessario che egli si rappresenti, come conseguenza della sua condotta voluta, la lesione dell'integrità fisica del paziente. E non va sottaciuta la differenza – proprio per l'incidenza che ne può derivare sulla natura intenzionale dell'elemento psicologico richiesto – tra i casi nei quali

l'intervento sia deciso nel corso dell'intervento per sopraggiunte e imprevedibili (ovvero prevedibili ma non previste) circostanze e il caso in cui l'intervento sia stato programmato con quelle caratteristiche fin dall'inizio»³⁸.

A chiarimento di quanto è già possibile evincere con le poche righe riportate, la Corte afferma che «[l]a soluzione indicata, tesa alla valorizzazione dell'elemento soggettivo richiesto nella forma del dolo intenzionale, viene incontro anche all'esigenza, sottolineata da alcuni commentatori, che non venga obliterata, nella ricostruzione in esame, la necessità che venga osservato il principio di offensività, anche nell'individuazione dell'elemento soggettivo del reato, proprio richiedendosi la necessità che l'agente debba raffigurarsi anticipatamente le conseguenze dannose della sua condotta», come nei casi in cui «la menomazione del corpo o della mente venga provocata, intenzionalmente, per scopo scientifici, di ricerca o per scopo esclusivamente estetici (in questi casi non viene surretiziamente reintrodotta un dolo specifico: lo scopo è estraneo al reato ma vale a qualificare l'elemento soggettivo come intenzionale)», in cui «il medico proceda ad un'amputazione per curare una patologia che sa poter essere affrontata agevolmente con diversi mezzi terapeutici» o in cui «produca un'inutile e consapevole mutilazione all'integrità fisica del paziente. In definitiva, si tratta dei casi nei quali, già nella rappresentazione dell'agente, il normale rapporto tra costi (certi) dell'intervento e benefici

38 Così Cass. pen., sez. IV, 9 marzo 2001-12 luglio 2001, n. 585, in Cass. pen., 2002, pp. 517 ss., con nota di G. IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*.

(eventuali) di esso è ampiamente e preventivamente conosciuto e rappresentato dall'agente come assolutamente squilibrato verso i primi. Insomma si avrà l'elemento soggettivo del delitto di lesioni volontarie in tutti i casi in cui il chirurgo, o il medico, pur animato, da intenzioni terapeutiche, agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente».

A fini dell'integrazione di una responsabilità per omicidio preterintenzionale la Corte non esclude possa venir in rilievo anche solo il dolo di percosse, giacchè «anche se appare difficile immaginare il concreto verificarsi di queste ipotesi, che l'evento morte non voluto [potrebbe essere] conseguente ad una condotta diretta non a provocare una malattia nel corpo o nella mente ma ad una condotta qualificabile come percossa (il che rende inutile, tra l'altro, affrontare il problema, dibattuto soprattutto in dottrina, sulla nozione di malattia con particolare riferimento alla necessità che, all'alterazione anatomica, si accompagni anche una riduzione apprezzabile delle funzionalità)», pervenendo in tal modo ad una estensione dei fatti penalmente rilevanti, ben oltre i confini tracciati dai giudici del caso Massimo, fino a ricomprendere anche a quelli che non comportino un pericolo di malattia, ma ciò nonostante rappresentino di per sè una manomissione inutile, non necessaria dell'incolumità individuale del paziente.

Quanto alla riconduzione del consenso al piano delle cause che escludono l'antigiuridicità del fatto, la Corte opera un forte ridimensionamento di questa impostazione, ritenendo in particolare che il consenso dell'avente diritto possa essere validamente prestato soltanto

ove esso si mantenga entro i limiti fissati dall'art. 5 c.c. nei confronti della disponibilità del diritto. Ne deriva che in presenza di urgenza terapeutica, ossia di pericolo grave e attuale per la vita o la salute del paziente, il consenso non solo non sarà necessario ma il medico sarà legittimato ad intervenire anche in presenza di dissenso. Qualora in presenza di tale pericolo il medico non intervenga, rispettando ad esempio la volontà del paziente di non sottoporsi all'intervento, coerentemente con l'impostazione su delineata dovrebbe ritenersi sussistente una volontà di porre in essere una condotta che si sa certamente pericolosa per i beni in questione e, dunque, perfettamente compatibile con il delitto di lesioni volontarie. All'invalidità del consenso per superamento dei limiti di disposizione consentiti nei confronti del bene giuridico-integrità fisica, farebbe da naturale *pendant* una responsabilità del medico per aver superato detti limiti, con ciò volendo compromettere i beni del paziente. È agevole evidenziare di conseguenza come, nella qualificazione dell'esito, ciò che conta non sia tanto la sua esecuzione a regola d'arte, o piuttosto il fatto che sia "riuscito", quanto l'opportunità in sé dell'intervento; per quanto chi scrive ritiene che un simile ragionamento sarebbe stato più difficile da portare in fondo da parte dei giudici qualora l'asportazione della massa tumorale fosse conclusasi con successo.

Soltanto al di fuori di queste ipotesi, comunque, secondo la Corte, l'esplicito dissenso del paziente «rende l'atto asseritamente terapeutico, un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente ma anche della sua integrità con conseguente applicazione delle ordinarie regole penali».

Qualora dunque si dovesse immaginare che il paziente, affetto da una patologia grave, non intenda iniziare una terapia ed il pericolo di morte o lesioni non sia imminente, il dovere di cura del medico incontrerebbe un ostacolo alla sua configurazione, per via di un bilanciamento implicitamente compiuto dalla Corte ed in virtù del quale, in assenza di urgenza terapeutica, prevale sempre il diritto all'integrità fisica, ossia a non subire trattamenti sanitari contro la propria volontà, al di fuori dei casi previsti dalla legge, come espressamente affermato dall'art. 32 Cost. Al caso dell'urgenza terapeutica che costituisce una condizione di legittimazione dell'intervento medico, dove deve ritenersi, come già appuntato, difettante la volontà del medico di porre in pericolo la vita o l'integrità fisica, la Corte accosta anche quello in cui il medico, «nel corso dell'intervento chirurgico, rilevi la presenza di una situazione che [...] potendo essere affrontata in tempi diversi, venga affrontata immediatamente senza il consenso del paziente; per es. per evitargli un altro intervento e altri successivi disagi o anche soltanto per prevenire pericoli futuri».

Non solo; in casi come questi – secondo la Corte di legittimità – sarebbe «naturalmente applicabile [...] la disciplina prevista dall'art. 59 u.c. c.p. nella parte relativa all'erronea supposizione di una causa di giustificazione. È quindi necessario [...] che il chirurgo non si sia erroneamente rappresentato la situazione patologica in modo tale da ritenere che essa richiedesse l'intervento non consentito, ovvio essendo, anche in questo caso, il venir meno dell'intenzionalità della condotta. E ferma restando la sua responsabilità per il reato colposo quando si accerti l'esistenza di questo elemento soggettivo del reato».

Tracciato così l'itinerario lungo il quale condurre l'addebito colposo, la Corte di cassazione perviene alla conferma della sentenza della Corte d'Appello di Catanzaro, concludendo secondo le seguenti cadenze argomentative: «[v]a ricordato che l'intervento chirurgico era stato programmato per l'asportazione di una cisti ovarica che, sulla scorta degli accertamenti strumentali eseguiti prima dell'intervento, «era responsabile di compressione di vasi, con conseguente gonfiore, dolenzie e chiazze di ipopigmentazione estese». L'imputato [...] è quindi intervenuto per eliminare questa patologia ritenendo, erroneamente, che l'intervento demolitivo fosse idoneo a questo scopo ed eseguendolo, peraltro, in modo scorretto. E se è vero che le finalità che l'agente si propone sono, nel nostro caso, irrilevanti è altrettanto vero che l'erronea rappresentazione della realtà si riverbera sull'elemento soggettivo sì da escludere non solo il dolo generico del delitto di lesioni volontarie ma altresì quello intenzionale richiesto per l'omicidio preterintenzionale. [...] l'imputato aveva erroneamente ritenuto di poter eliminare non solo la patologia che si era presentata nel corso dell'intervento ma altresì quella preesistente che l'intervento aveva giustificato; ne consegue che egli deve essere ritenuto in colpa».

È così che attraverso una ricostruzione dell'elemento soggettivo guidata dal principio di offensività del fatto commesso, la Corte ha rilevato il difetto di una volontà in capo al medico di porre in pericolo il bene giuridico salute della paziente. Tale posizione non vuole espressamente smentire l'impostazione assunta da giudici del caso Massimo in tema di dolo, la quale viene riconfermata nel suo nucleo essenziale per quanto attiene alla necessità di bandire dalla lente di accertamento i motivi ed i

fini particolari con cui l'agente ha agito; ma ravvisa l'opportunità di meglio definirla alla luce dei principi dell'ordinamento giuridico, focalizzando sull'offensività la chiave di interpretazione dell'elemento subiettivo del reato. La particolarità dell'assunto conclusivo è rappresentata dal fatto che, sposando la visione integralista del dolo, i giudici non avrebbero certo potuto pervenire alla sua esclusione. Invece, ritenendo doveroso un accertamento orientato dall'offensività, sono giunti alla conclusione che una volontà di porre in pericolo il bene giuridico non possa ravvisarsi in concreto quando inficiata da una erronea rappresentazione della realtà. E, quest'ultima, parrebbe di dedurre, andrebbe ravvisata ogni qual volta il medico si senta investito di un dovere di agire al fine di realizzare quanto concordato con la paziente. È questo rapporto da "mezzo a fine" su cui converge l'errore, la patologia che secondo i giudici avrebbe impedito il configurarsi di una volontà di porre in pericolo il bene giuridico-salute.

7. Il caso Firenzani (sent. n. 1572/2001): teoria dell'autolegittimazione dell'attività medica, consenso informato come presupposto di liceità della stessa e rilevanza del consenso putativo.

Con un'altra sentenza a brevissima distanza da quella precedentemente emessa, la Corte di legittimità torna a pronunciarsi in materia di fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica e di responsabilità penale del medico nel caso di trattamento eseguito in assenza di consenso del paziente.

Il caso vede imputato Claudio Firenzani, medico in servizio presso un reparto di traumatologia ed ortopedia, per aver erroneamente operato il ginocchio destro di una paziente, anziché quello sinistro affetto da

gonalgia, in riferimento al quale, peraltro, era stata riscontrata una sofferenza mediana del menisco.

Il Tribunale di Firenze assolveva l'imputato sulla base del fatto che l'errore in cui era incorso il Firenzani non era a lui attribuibile dato che la diagnosi di ingresso della paziente, redatta il giorno prima da altro sanitario, riportava l'indicazione di sofferenza al ginocchio destro per probabile meniscopatia da accertarsi con artroscopia diagnostica appunto da eseguirsi su detto arto inferiore. Inoltre, l'imputato aveva rinvenuto la paziente sul tavolo operatorio in stato di anestesia generale ed il ginocchio preparato per l'indagine endoscopica era quello destro. Contro la decisione proponevano impugnazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze ed il Procuratore generale della medesima Corte. La Corte d'appello di Firenze, dal canto suo, dichiarava la sussistenza del reato di cui all'art. 590, comma 2, c.p., dovuto al comportamento negligente del Firenzani che avrebbe dovuto possedere la piena conoscenza del quadro patologico della paziente e così individuare gli atti chirurgici da compiere. L'imputato proponeva ricorso per Cassazione, il quale veniva ritenuto infondato sulla base di una serie di motivazioni che partono, innanzitutto, dall'individuazione dei presupposti di liceità dell'attività medica.

Partendo da una teoria di elaborazione giurisprudenziale, la Corte afferma che «l'attività medica trova fondamento e giustificazione non tanto nel consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), bensì in quanto essa stessa legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo Stato. L'*autolegittimazione* dell'attività medica, peraltro, non consente che il

sanitario possa, di norma e al di fuori di taluni casi eccezionali [...] intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. [...] In altre parole, la legittimità di per sé dell'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico»³⁹.

Tale presupposto afferisce non solo alla libertà morale del soggetto, nonchè alla sua autodeterminazione, ma anche alla libertà fisica, intesa come diritto al rispetto dell'integrità corporea, «le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.[...] Ne discende che non è attribuibile al medico un generale «diritto di curare», a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato [...]; appare, invece, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive queste derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi». Le uniche eccezioni a tale criterio, secondo la Corte di legittimità, si configurerebbero nei casi di trattamenti obbligatori *ex lege* e di urgenza terapeutica quando il paziente non sia in grado di prestare il proprio consenso o si rifiuti di prestare il proprio consenso, e dunque opponga il proprio rifiuto.

39 Così Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2001-3 ottobre 2001, n. 1572, in Cass. pen., 2002, p. 2041 con nota di G. IADECOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, pp. 2044 ss.

Se da un lato, dunque, viene riconosciuto nel consenso il fondamento di liceità dell'attività medica, dall'altro, l'urgenza terapeutica si qualifica come eccezione alla regola del consenso, all'interno della quale l'operazione di bilanciamento tra vita/integrità fisica e autodeterminazione si conclude con una netta prevalenza dei primi sulla seconda. Così ragionando, il consenso finisce per essere assoggettato ai medesimi limiti ai quali avrebbe dovuto invece sottrarsi – a dire della Corte – per «essenza diversa» rispetto al consenso di cui all'art. 50 c.p.; confermando in tal modo la teoria dell'autolegittimazione che impone al medico di intervenire in caso di imminente e grave pericolo per la vita o la salute del paziente⁴⁰.

Da un punto di vista penalistico, al di fuori delle eccezioni evidenziate, ogni intervento effettuato senza consenso è in quanto tale rilevante. Tuttavia, solo nel caso del trattamento chirurgico si profilerebbero gli estremi di una invasione della integrità corporea del paziente, come tale suscettibile di una sussunzione sotto il delitto di lesioni personali volontarie *ex art. 582 c.p.* – al contrario del trattamento non chirurgico che potrebbe rilevare sotto altre fattispecie (come l'art. 605, 610, 613 c.p.), a condizione – s'intende – che ne sussistano tutti i presupposti.

Sul piano delle conseguenze, dunque, la Corte aderisce agli orientamenti in precedenza espressi in materia di responsabilità medica per trattamento sanitario arbitrario, in particolar modo a quello della sentenza

⁴⁰ Conforme sul punto, G. IADECOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, cit., p. 2046, il quale nel commentare la sentenza osserva che sarebbe «*fondatamente al medico consentito, in attuazione della posizione di garanzia che gli compete, prescindere dalla stessa volontà dissenziente del paziente, quando al rispetto della stessa consegua la morte o il rischio di pregiudizio grave per il bene della salute del soggetto*».

Massimo, dove tra dolo e recisione dei tessuti in assenza di consenso viene sostanzialmente individuata una "naturale" relazione.

Tuttavia, prolungandosi questa volta lungo il solco tracciato dalla sentenza Barese, la Corte illustra un ulteriore caso in cui il medico può andare esente da responsabilità dolosa, affermando che «il criterio di imputazione soggettiva dovrà essere, invece, di carattere colposo qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso». Ciò sarebbe accaduto nel caso di specie, stante il comportamento negligente dell'imputato «il quale ha proceduto all'intervento di artroscopia diagnostica e poi propriamente chirurgica sul ginocchio destro [della paziente] senza accertare in alcun modo che quello fosse effettivamente l'arto da operare» e senza aver preso conoscenza «come doveroso, quale primo responsabile dell'attività operatoria, del consenso all'intervento rilasciato dalla interessata su un modulo del tutto generico, privo di ogni specificazione circa l'arto da operare, e solo per questo mancante delle condizioni per far palesare la volontà della paziente».

Tale pronuncia costituisce la prima significativa applicazione della scriminante putativa del consenso dell'avente diritto, il quale consiste in una falsa rappresentazione della realtà, il cui carattere colposo deve essere individuato nella impedibilità del comportamento attraverso una serie di adempimenti cautelari cui il soggetto preposto all'attività era chiamato; tra queste *in primis*, come sembra di potersi desumere dalle argomentazioni della Corte, figurerebbe l'accertamento circa l'effettiva

sussistenza del consenso informato in merito all'operazione di fatto eseguita.

8. Il trattamento sanitario eseguito leges artis ed avente finalità terapeutica non integra un fatto di lesioni personali: il caso Volterrani (sent. n. 26446/2002).

Il 23 ottobre 1995, un paziente veniva ricoverato per ernia ombelicale. Il giorno seguente, il dott. Pietro Volterrani lo sottoponeva ad intervento chirurgico il quale avrebbe dovuto consistere in una riduzione dell'ernia e nella esplorazione della cavità addominale. Sennonché, avendo da tale ultima operazione ricavato la certezza della presenza, già adombrata dall'esito di una indagine eseguita alcuni giorni prima, non comunicata al paziente, di un tumore maligno, procedeva a duodenocefalopancreasectomia. Per sopravvenute complicanze di varia natura, il paziente moriva nel mese successivo a quello del ricovero.

In seguito alla denuncia della figlia del defunto, il dott. Volterrani veniva imputato di omicidio preterintenzionale per avere eseguito un «intervento altamente invasivo, demolitorio, mutilante e complesso», senza informare preventivamente il paziente, senza compiere ulteriori accertamenti confermativi del sospetto carcinoma e in assenza di uno stato di urgenza che potesse giustificare l'intervento.

Volterrani veniva condannato dal Tribunale di Torino ai sensi degli artt. 610 e 586 c.p., vedendo così mutare e sdoppiare l'accusa originaria; mentre la Corte d'appello di Torino ripristinava l'originaria contestazione. La Corte di cassazione, adita dal Volterrani, annullava per incompetenza detta sentenza trasmettendo gli atti alla Corte d'Assise d'Appello la quale

assolveva Volterrani con ampia formula, ritenendo il fatto giustificato dal soccorso di necessità poichè la grave emorragia seguita allo scollamento del blocco duodenopancreatico costituiva un evento raro e tale per sua natura da rendere inevitabile l'intervento successivo. La Corte aggiungeva anche che in ogni caso la finalità curativa in concreta perseguita dal medico e la proporzionalità dell'intervento intrapreso dovevano ritenersi sufficienti ad escludere l'elemento del dolo richiesto dall'art. 584 c.p.; ed infine, osservava l'impossibilità, in assenza di un espresso dissenso del paziente, di considerare violento o minaccioso il comportamento del medico. Contro questa sentenza proponeva ricorso il Procuratore generale della Repubblica di Torino per avere il giudice di merito erroneamente escluso la responsabilità per omicidio preterintenzionale, riconducibile all'inutilità dell'intervento praticato rispetto alla particolare natura del carcinoma; all'alterazione cruenta dello stato fisico anteriore; all'arbitrarietà della c.d. *manovra di Coker* che aveva causato l'emorragia, peraltro fronteggiabile con ordinari interventi trasfusionali.

La Corte di cassazione dal suo canto respinge il ricorso articolando la sua motivazione intorno a tre punti fondamentali.

Il primo punto è quello che concerne il valore del dissenso esplicitamente manifestato dal paziente. Per la prima volta, la Corte riconosce validità al rifiuto esplicito delle cure affermando che «[q]uella del malato deve essere, tuttavia, una scelta consapevole ed esente da condizionamenti, interni o esterni, di qualsivoglia natura che possono inficiare il normale processo di formazione della volontà. Il medico non può limitarsi, pertanto, a informare dettagliatamente il paziente di ciò che ha, ciò che lo

aspetta e ciò che non si può fare secondo la sua scienza e coscienza; di fronte ad un atteggiamento esplicito e deciso dell'interessato, ha altresì l'onere di verificare il concorso delle condizioni di cui s'è detto e in presenza di una determinazione autentica e genuina non può che fermarsi, ancorchè l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte»⁴¹.

Ad avviso della Corte, allorchè invece il paziente versi in pericolo di vita o di danno grave alla sua incolumità individuale, difficilmente sarà in grado di manifestare liberamente la sua volontà, «a causa dell'inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia», cosicchè nessuna responsabilità potrà configurarsi in capo al sanitario che abbia adempiuto al suo dovere.

Parimenti, ogni qual volta il medico agisca per il bene del paziente deve escludersi un *animus laedendi* in capo allo stesso, necessario – come sembra di desumersi dalle frasi della pronuncia – per integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 584 c.p., così aderendo a quell'indirizzo della dottrina che ritiene che quando il medico agisce correttamente nei confronti del paziente, debba escludersi ogni responsabilità in capo allo stesso.

Tuttavia, l'assenza dei requisiti costitutivi previsti dall'art. 582 c.p. non sottrae, secondo la Corte, da una considerazione che riguarda la condotta iniziale, ovvero quella consistente nella lacerazione dei tessuti. A ragione

41 Cass. pen., sez. V, 29 maggio 2002-11 luglio 2002, n. 26446, in *Cass pen.*, 2003, pp. 1945 ss., con nota di G. MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, cit.

deve concordarsi con quanti sostengono che il fatto integri in sé una malattia. La lacerazione del tessuto cutaneo e sottocutaneo richiede un certo lasso di tempo prima che guarisca del tutto e può anche lasciare una cicatrice indelebile: «[m]a è ovvio che si tratta di un'attività strumentale, priva di una propria autonomia funzionale, un passaggio obbligato verso il raggiungimento dell'obiettivo principale dell'intervento, quello di liberare il paziente dal male che lo affligge. Anch'esso si inserisce, dunque, a pieno titolo, nell'esercizio dell'azione terapeutica in senso lato, che corrisponde all'alto interesse sociale di cui s'è detto, interesse che lo stato tutela in quanto attuazione concreta del diritto alla salute riconosciuto a ogni individuo, per il bene di tutti, dall'art. 32 della Costituzione della Repubblica e lo fa, autorizzando, disciplinando e favorendo la creazione, lo sviluppo e il perfezionamento degli organismi, delle strutture e del personale occorrente. Per ciò stesso, questa azione, ove correttamente svolta, è esente da connotazioni di anti-giuridicità anche quando abbia un esito infausto».

Del tutto inconferente deve ritenersi, dunque, il richiamo allo stato di necessità ove si renda necessaria un'azione a contenuto doveroso. «Sembra lecito, allora, prospettare l'esistenza di uno stato di necessità generale, e per così dire, «istituzionalizzato», intrinseco, cioè, ontologicamente, all'attività terapeutica. Ne consegue che quando il Giudice di merito riconosca, in concreto, il concorso di tutti i requisiti occorrenti per ritenere l'intervento chirurgico eseguito con la completa e puntuale osservanza delle regole proprie della scienza e della tecnica medica deve, solo per questa ragione, anche senza fare ricorso a specifiche cause di illiceità codificate, escludere comunque ogni

responsabilità penale dell'imputato, cui sia stato addebitato il fallimento della sua opera».

Con questa nuova pronuncia, di cui si sono ripercorse le fondamentali tappe argomentative, la Corte di cassazione ribadisce la teoria della autolegittimazione dell'attività medica avente finalità terapeutica, la quale in funzione dell'alto interesse sociale perseguito, la tutela della salute, consente al medico di operare anche in assenza di consenso, dovendosi in questo caso addebitarsi soltanto le conseguenze infauste associate ad un comportamento autenticamente colposo.

9. I principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite del 2008 e la colpa "geneticamente modificata".

Il problema riguardante la penale rilevanza del trattamento sanitario arbitrario eseguito *leges artis* e seguito da esito fausto è stato affrontato anche in un'altra pronuncia, inerente ad un caso in cui una paziente aveva prestato il consenso a sottoporsi ad un intervento di laparoscopia operativa.

A seguito dell'intervento la paziente, senza soluzione di continuità e senza consenso informato, veniva sottoposta a salpingectomia che determinava l'asportazione della tuba (*salpinx*) sinistra. L'intervento veniva condotto con una competenza superiore alla media, nel rispetto delle leggi dell'arte medica.

Il Tribunale di Rimini, riscontrata l'assenza di consenso, riteneva il medico imputato responsabile a titolo di lesioni dolose aggravate, dal

momento che – stante l'elevata prevedibilità del successivo intervento – l'omessa informazione non poteva che essere frutto di una scelta consapevole da parte del primo, tale – pertanto – da influire in punto di accertamento dell'elemento psicologico.

La Corte d'Appello di Bologna, dal canto suo, dichiarava da un lato insufficiente la prova fornita dal difensore dell'imputato circa l'avvenuta acquisizione del consenso della paziente; dall'altro, rilevata l'intervenuta prescrizione del reato, stante l'assenza di una prova idonea circa la commissione del fatto disponeva la revoca delle statuizioni civili.

Avverso la sentenza di secondo grado, i difensori dell'imputato e la parte civile proponevano ricorso per Cassazione, a seguito del quale la Quinta Sezione penale della Corte di legittimità, ravvisando un contrasto giurisprudenziale sui temi coinvolti, decideva di investire le Sezioni Unite ritenendo pregiudiziale la risoluzione del quesito *se abbia o meno rilevanza penale e, nel caso di risposta affermativa, quale ipotesi delittuosa configuri, la condotta del sanitario che, in assenza del consenso informato del paziente, sottoponga il medesimo ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle "regole dell'arte" e con esito fausto.*

Nella composizione di una risposta a tale quesito, le Sezioni Unite hanno anzitutto riconosciuto l'inscindibilità di una possibile soluzione da alcune principali e dibattute questioni, che concernono: il fondamento giuridico dell'attività medico-chirurgica; il concetto di malattia che in relazione alla stessa deve venire in rilievo; ed infine il valore che, nel sistema, occorre riconoscere al consenso informato.

Con riferimento al fondamento dell'attività medica, questo – secondo la Corte – deve rinvenirsi direttamente nelle norme della Carta costituzionale che riconoscono il bene della salute quale diritto fondamentale dell'individuo, in vista del quale è preordinata l'attività medica. Da questo punto di vista, dunque, appare decisamente eccentrico continuare a rinvenire nella sola scriminante del "consenso dell'avente diritto" disciplinata dall'art. 50 c.p. la base per l'eliminazione di una anti giuridicità della condotta medica.

«Se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di "scriminante costituzionale", tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (è il caso, come è noto, degli interventi a carattere sperimentale puro o scientifico, e degli interventi che si risolvano in un trattamento di pura estetica). Come, quindi, l'attività del giudice che adotti, secondo legge, una misura cautelare personale non potrà integrare il delitto di sequestro di persona, e ciò non perchè la sua condotta è "scriminata" "semplicemente" dall'art. 51 c.p., ma in quanto direttamente "coperta" dall'art. 13 Cost., allo stesso modo può dirsi "garantita" dalla stessa Carta l'attività sanitaria, sempre che ne siano rispettate le regole e i presupposti»⁴².

42 Così Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, *Dir. pen. e proc.*, 2009, 447 ss., con nota di M. PELISSERO., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*; G. FIANDACA., *Luci e ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, *Foro it.*, 2009, pp. 305 ss.; F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1793 ss.; E. PALERMO FABRIS, S. RIONDATO, *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009,

Completa la Corte: «[d]al divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall'art. 32 Cost., comma 2, e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefettibile che "giustifica" il trattamento sanitario, va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole [...] della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinviene base precettiva, e, per così dire, "costitutiva" negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale».

Dal punto di vista penale, ferma la sicura rilevanza di un eventuale dissenso del paziente, a prescindere dall'esito fausto o infausto della condotta medica, occorre verificare la compatibilità strutturale delle norme esistenti con quelle situazioni in cui "semplicemente" manchi un consenso del paziente.

Con riferimento al delitto di violenza privata, la Corte aderisce a quell'orientamento in base al quale la violenza non si identifica nell'azione od omissione oggetto della costrizione, ma costituisce un mezzo di attuazione di un evento ulteriore, ovvero la coercizione a fare, tollerare od omettere qualcosa.

Deve pertanto escludersi la configurazione della violenza privata nel caso di colui che, medico, approfitti della semplice condizione di anestetizzato del paziente per sottoporlo, senza previa acquisizione del consenso, ad un intervento chirurgico. Tale figura delittuosa deve ritenersi altresì

pp. 395 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1060 ss.; E. TURILLAZZI, M. NERI, I. RIEZZO, *Le Sezioni Unite ed il consenso informato: una decisione tra miti e misteri disquisendo tra esito fausto (del trattamento) e malattia, indizi preziosi (ma non risolutivi) tra le pieghe delle frasi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1086 ss.

insussistente nel caso in cui, come in quello di specie, il medico sottoponga il paziente ad un ulteriore e diverso intervento senza soluzione di continuità rispetto a quello originariamente concordato. Ritiene la Corte, che nella fattispecie la violenza non si concretizzerebbe in un qualcosa di diverso dall'operazione effettuata, ma verrebbe a coincidere con la medesima. Quanto poi all'elemento costitutivo della costrizione, esso postula il dissenso della vittima: pertanto, nei confronti di paziente anestetizzato *pleno iure*, sottoposto ad altro intervento non consentito, non potrà parlarsi di costrizione della sua volontà proprio perchè difetta, in quel frangente, il requisito del contrasto tra soggetto attivo e soggetto passivo del reato.

Infine, in ordine alla possibilità di ritenere integrato – invece – l'art. 582 c.p., la Corte muove dal presupposto che «una condotta istituzionalmente rivolta a curare e, dunque, a rimuovere un male non può essere messa sullo stesso piano di una condotta destinata a cagionare quel "male" [...] La questione, pertanto, finisce per coinvolgere direttamente la disamina della nozione stessa di "malattia", ai sensi dell'art. 582 c.p.».

Partendo da una nozione funzionalistica di malattia, in base alla quale deve definirsi tale soltanto quel processo patologico accompagnato da una menomazione apprezzabile delle funzionalità dell'organismo, la Corte conclude che qualora l'intervento medico si sia tradotto in un c.d. esito fausto, ovvero abbia portato all'eliminazione della pregressa malattia e si sia tradotto in un complessivo miglioramento della salute del paziente, difetterà uno dei presupposti essenziali della tipicità del delitto di lesioni personali, ossia l'evento.

Mentre, «ove invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto, [...] la condotta del sanitario, avendo cagionato una "malattia", realizzerà un fatto conforme al tipo e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale"», intendendo per tale la Corte quella approntata dalla stessa Costituzione nel momento in cui il medico non solo esegue correttamente l'intervento ma rispetta anche la volontà del paziente.

«Ciò non toglie, peraltro, – concludono le Sezioni Unite – che nell'ambito dell'imputazione del fatto a titolo soggettivo – trattandosi pur sempre di condotta rivolta fini terapeutici – accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all'art. 582 c.p., [...] potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui – a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il "vizio" del consenso informato, si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorchè i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento a titolo di colpa (art. 55 c.p. e art. 59 c.p., comma 4)».

Stando ai principi di diritto formulati dalla Corte di legittimità, oltre che nel caso di inosservanza delle normali regole di diligenza, prudenza ed imperizia, ulteriori sembrerebbero i fronti di operatività reclamabili dalla colpa:

- quello dell'errore sull'esistenza del consenso informato, ovvero del superamento colposo dei limiti da esso fissati, aspetti sui quali ci soffermeremo diffusamente all'interno del terzo capitolo;

- e quello più ampio, destinato a ricomprendere, ad avviso di chi scrive, tutte quelle ipotesi in cui l'attività correttamente esercitata dal medico, abbia rispettato il canone della "terapeuticità" e dunque abbia avuto di mira, nonostante l'esito infausto, un miglioramento della salute del paziente, quantunque perseguito con una strategia di intervento arbitraria. Una fisionomia di colpa, quella da ultimo scandita, geneticamente modificata, disancorata dal tradizionale presupposto della violazione delle regole precauzionali strettamente inerenti all'intervento, in cui a contare – al lordo della non volontà dell'evento prodottosi – è unicamente la "non irragionevolezza" della condotta tenuta dal medico, seppur in assenza di consenso e produttiva di un esito negativo per il paziente.

PARTE TERZA DELLE FATTISPECIE PENALMENTE RILEVANTI

SOMMARIO: 1. Appunti sulla problematica individuazione di una nozione di malattia penalmente rilevante ex art. 582 c.p. 2. I limiti all'applicazione della fattispecie disciplinata dall'art. 610 c.p. nel caso di trattamento sanitario arbitrario. 3. Dello stato di incapacità procurato mediante violenza (art. 613 c.p.).

1. Appunti sulla problematica individuazione di una nozione di malattia penalmente rilevante ex art. 582 c.p.

Una delle questioni da tempo dibattute, sia in dottrina che in giurisprudenza, è quella che riguarda l'estensione dell'art. 582 c.p.

all'ambito dei trattamenti eseguiti in assenza di consenso oppure contro la volontà del paziente.

In base a quanto stabilito dal primo comma dell'art. 582 c.p., collocato nel Libro II, Titolo XII, Capo I del Codice penale dedicato ai «*Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*», «Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una *malattia* nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni»⁴³.

Secondo una prima impostazione, l'atto medico chirurgico costituisce sempre un fatto penalmente rilevante, come tale suscettibile di rilevare sotto l'art. 582 c.p. Tale indirizzo, in particolare, troverebbe le proprie basi d'appoggio all'interno della Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, seguita per molti anni sia dalla giurisprudenza che dalla prevalente dottrina medico-legale. Nella Relazione, in particolare, si dà conto di aver fatto uso della «espressione, correttamente scientifica, di *malattia*, anzichè quella di danno nel corpo o perturbazione della mente, giacchè una *malattia* è indistintamente qualsiasi alterazione anatomica o

43 L'introduzione di un'apposita fattispecie dedicata alla lesione personale, distinta da quella delle percosse, deve considerarsi una scelta innovativa rispetto a quella compiuta nel codice del 1889, il quale all'art. 372 riuniva entrambi i fatti di reato sotto un'unica fattispecie incriminatrice, la quale al primo comma disponeva: «Chiunque, senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un *danno nel corpo o nella salute o una perturbazione di mente* è punito con la reclusione da un mese ad un anno». All'ultimo comma, poi, veniva prevista una attenuazione della pena «se il fatto non produca una *malattia* o incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni, o se l'una o l'altra non duri più di dieci giorni». Secondo una parte della dottrina, non vi sarebbe sostanziale differenza tra l'art. 582 c.p. e l'art. 372 Cod. Zan. sotto il profilo dei requisiti costitutivi richiesti per la configurabilità dell'evento di lesioni. Diversamente si è sottolineato come l'introduzione del termine «*malattia*» non possa ritenersi equivalente a quello di «*danno nel corpo*», idoneo a ricomprendere anche la mera sensazione fisica dolorosa, di tal chè il passaggio dalla seconda alla prima espressione deve piuttosto interpretarsi all'insegna di una precipua volontà di differenziare, attraverso l'elemento della *malattia*, l'evento delle lesioni da quello che caratterizza le percosse. Sul punto, ampiamente, T. GALIANI, voce *Percolse e lesioni*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Roma, 1974, par. 6.

funzionale dell'organismo, ancorchè localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali»⁴⁴.

Un altro indirizzo interpretativo, piuttosto variegato al suo interno per quanto concerne – come si illustrerà – l'individuazione del fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico, ha ritenuto che un problema di responsabilità per trattamento sanitario arbitrario possa eventualmente profilarsi soltanto nel caso in cui l'esito derivante dal trattamento si qualifichi come *infausto* e sia determinato dalla violazione delle regole cautelari che governano l'attività medica.

Tale impostazione è stata di fatto avallata, seppur con elementi di mitigazione, anche dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali recependo un orientamento consolidato in giurisprudenza, che fa capo ad una nozione medico-legale, hanno affermato che il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una «riduzione apprezzabile di funzionalità, cui può anche non corrispondere una lesione

44 *Lav. Prep. al Cod. Pen.*, V, Parte II, p. 379. V. altresì, Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. VIII, Torino, 1985, p. 167, secondo cui «[p]er la vita pratica, che è la vita del diritto, malattia (guaribile o inguaribile) è soltanto quel processo patologico che richiede cura, riguardi o custodia. Che questa nozione corrisponda o no a quella biologica, è, ripetiamo, cosa giuridicamente indifferente, perchè non si tratta di fare dell'accademia medica, ma di interpretare la legge penale». Cfr. Cass. pen., ss. uu., Giulini, 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437, la quale ha riconosciuto che un «simile approccio definitorio è stato [...] pedissequamente recepito dalla giurisprudenza di legittimità, rimasta sino ad epoca recente, consolidata nell'affermare che, in tema di lesioni personali volontarie, costituisce malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorchè localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura fino a quando è in atto il suddetto processo di alterazione, malgrado il ritorno della persona offesa al lavoro (cfr., ex plurimis, Cass. pen., sez. V, 2 febbraio 1984, n. 5258, De Chirico; sez. V, 14 novembre 1979, n. 2650, Miscia; sez. I, 30 novembre 1976, n. 7254, Saturno; sez. I, 11 ottobre 1976, n. 2904, Carchedi)». V. altresì, Cass. pen., sez. V, 11 giugno 1985, Bellomo, in *Riv. pen.*, 1986, pp. 590 ss.; Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2005, n. 45345; Cass. pen., sez. V, 26 aprile 2010, n. 22781; Cass. pen., sez. V, 29 settembre 2010, n. 43763; Cass. pen., sez. V, 25 ottobre 2012, n. 8351; Cass. pen., sez. V, 25 ottobre 2013, n. 51393.

anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte»⁴⁵. In base a questa definizione di malattia, il presupposto della alterazione anatomica non costituirebbe un elemento indefettibile, mentre al contrario, un'alterazione anatomica che non determini alcuna incidenza sulla

45 Nella giurisprudenza, v. *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 1996, n. 10643, P.C. Francolini. Nella fattispecie gli imputati, medici chirurghi, erano stati assolti dall'accusa di lesioni in relazione ad un intervento di chirurgia estetica a seguito del quale la paziente aveva riportato una asimmetria delle mammelle e dei capezzoli. Tali conseguenze, per i giudici d'appello, costituivano un peggioramento della preesistente condizione anatomica, ma non integravano il delitto di cui all'art. 590 c.p., potendo dare luogo solo ad un'azione civile per risarcimento del danno. La Corte di cassazione dal canto suo ha osservato che, sebbene il danno consistesse in un indebolimento permanente della funzione estetica di una parte della cute, l'evento era penalmente irrilevante perchè l'unico inestetismo cutaneo permanente di rilevanza penale è la lesione gravissima che riguarda il viso. V. altresì, Cass. pen., sez. V, 15 ottobre 1998, n. 714, Rocca, in cui la Corte ha ritenuto sussistenti le lesioni per difficoltà respiratorie, durate alcuni minuti, a seguito di stretta al collo e scuotimento della vittima; Cass. pen., sez. V, 22 giugno 2006, n. 25033 in *De Jure*, in cui la Corte ha ritenuto sussistente la malattia nella mente con riferimento ad una condotta di aggressione verbale che aveva causato vertigini, palpitazioni e stato ansioso; Cass. pen., sez. IV, 19 marzo 2008, n. 17505, Pagnani; Cass. pen., sez. V, 11 giugno 2009, n. 40428, in *De Jure*, relativamente ad un caso di cefalea post-traumatica; Cass. pen., sez. IV, 14 ottobre 2009, n. 2474, in *De Jure*, in cui la Corte ha ritenuto sussistente il requisito della malattia con riferimento ad un caso di ritardo nella diagnosi di una patologia tumorale, che ne aveva prolungato le correlate alterazioni funzionali, nonché lo stato di sofferenza fisica e morale; Cass. pen., sez. V, 14 giugno 2013, n. 46787, in *De Jure*, con riferimento agli effetti derivanti dal getto sul viso di gas urticante, consistenti non soltanto in una irritazione cutanea prolungata ma anche in fenomeni di nausea e conati di vomito accompagnati da senso di soffocamento; Cass. pen., sez. V, 18 maggio 2015, n. 34390, in *De Jure*, che ha considerato alterazione funzionale dell'organismo l'acufene. Secondo Cass. pen., sez. V, 16 marzo 2010, n. 16271 in *De Jure*, costituisce malattia la lesione cutanea consistente in un taglio dell'avambraccio guaribile in tre giorni, in quanto anche una modesta soluzione di continuo dell'epidermide, con soffiatura ematica, non può non comportare una sia pur minima, ma comunque apprezzabile compromissione locale della funzione propria dell'epidermide che non è solo quella di carattere estetico-sensoriale ma anche e soprattutto quella di protezione dell'intero organismo, in ogni sua parte, da contatti potenzialmente nocivi con agenti esterni di qualsivoglia natura; Cass. pen., sez. VII, 31 maggio 2016, n. 29786 in *De Jure*, secondo cui la contusione in quanto alterazione anatomica e funzionale costituisce malattia.

normale funzionalità dell'organismo non può integrare il concetto di malattia⁴⁶.

In dottrina, è stato obiettato come una definizione di malattia *in senso funzionalistico* pecchi in realtà di non rispecchiare la plurima terminologia utilizzata in argomento da parte della scienza medica, i cui poli essenziali sono rappresentati dal termine *patologia* in contrapposizione alla normale *anatomia-fisiologia*. Essa, ad esempio, non terrebbe in debito conto la distinzione tra *malattia organica* «che ha come substrato alterazioni anatomo-istologiche e biochimiche, con svariate espressioni cliniche» e *malattia funzionale* «che si caratterizza per la presenza di sintomi clinici ma in assenza di una accertabile modificazione patologica morfologica e biochimica. Si ricorre a questa accezione in assenza, appunto di alterazioni organiche riscontrabili: tuttavia ciò non significa che talora esse sussistano senza essere accertabili dal medico che pur si sia avvalso di tutte le risorse a sua disposizione. È evidente che una trasposizione in sede medico-legale di questa distinzione sarebbe assurdamente restrittiva: non è peraltro da ritenere fosse questa l'intenzione delle sezioni unite e di coloro che in precedenza si sono espressi in senso «funzionalista»⁴⁷. Altri avrebbe rimarcato come non sia certo recente «la constatazione che il concetto di

46 V., ad esempio, Cass. pen., sez. IV, 16 ottobre 2012, n. 47265, massimata in *De Jure*, in cui la Corte ha escluso il reato di lesioni personali colpose contestato ad un medico chirurgo il quale aveva sottoposto una paziente ad un intervento estetico, che in ragione della malaccorta tecnica operatoria, aveva determinato degli effetti antiestetici, quali un eccesso di tessuti e irregolarità della pelle sull'addome e una antiestetica asimmetria fra i due seni. Secondo i giudici, trattavasi di una anomalia morfologica che, tuttavia, non aveva causato alcun pregiudizio funzionale e non aveva innestato un processo evolutivo morboso; Trib. Bologna, 11 luglio 2012, n. 2708, in cui è stato ritenuto insussistente il requisito della malattia in riferimenti ad episodi – riqualificati come percosse – di colpi inflitti da un padre sulle gambe del figlio, i quali avevano determinato degli arrossamenti.

malattia «medicalmente» intesa differiva sostanzialmente dalla equivalente nozione penalistica soprattutto a motivo del fatto, che la nozione «biologica» di malattia implicava di necessità una partecipazione organismica, a differenza dell'equivalente giuridico che non ne richiedeva una pari estensione, essendo sufficiente ad integrarne gli estremi anche un peggioramento localizzato dello stato anteriore, purchè in evoluzione». In sostanza, fa presente l'Autore della critica, «ciò che ha sempre separato «consensualmente» la nozione biologica di malattia dalla medesima nozione d'indole penale, era, dunque, indubbiamente, l'estensione del processo e, soprattutto, la sua genesi»⁴⁸, mentre la scienza medica non ha mai proposto divergenze argomentative fra una nozione di malattia funzionale o anatomica, giacchè sul piano biologico essa ha scarso fondamento. «Onde il termine di malattia non può che modernamente leggersi come una sorta di «disequilibrio» mono- o pluri-distrettuale o sistemico, che ben poco può condividere con la superata nozione di «danno anatomico» o «danno funzionale»»⁴⁹.

47 Così A. FIORI, *Il concetto di malattia in sede penale: riconsiderazioni della Cassazione penale e considerazioni medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, pp. 520-521.

48 Così G.A. NORELLI, *Allorchè l'interpretazione di un concetto ne modifica sostanzialmente la nozione...*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 221, il quale afferma anche che «la «malattia» era intesa dalla clinica come la pregiudiziale ricorrenza di una genesi spontanea più o meno conosciuta, o la derivazione da una forma batterica o virale o simili, nel momento in cui poteva ritenersi «malato» solo chi soffriva di una forma infiammatoria, degenerativa o neoplastica ad interessamento organismico generale, od anche locale (una polmonite, per esempio, od un flemmone o un tumore o l'artrosi), ma non chi avesse subito fratture estese o limitate ad un distretto corporeo, o ferite, o varie forme di lesività. In altri termini chi avrebbe mai definito «malato», sul piano clinico, un polifratturato, per esempio, o chi fosse attinto da un colpo d'arma da fuoco o dall'azione di un cirpo contundente?».

49 ID., *Allorchè l'interpretazione di un concetto*, cit., p. 222.

Da un altro canto, in dottrina si sarebbe osservato che, seguendo la definizione di malattia cui ha fatto riferimento il legislatore, si giungerebbe a privare di buona parte della sua sostanza la fattispecie di percosse⁵⁰, sicchè – come anche dimostrato dall'equiparazione contenuta nell'art. 583, comma 1, n.1 c.p. tra malattia ed incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per archi di tempo eccedenti i 40 giorni – deve ritenersi che il punto focale della nozione di malattia, ai fini dell'applicazione degli artt. 581 e 582 c.p., sia la disfunzione dell'organismo, «mentre l'alterazione anatomica va vista e valutata in relazione all'incidenza che ha avuto sulla funzionalità del corpo e della mente»⁵¹.

A tale ultimo orientamento, come anticipato, hanno aderito anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali tuttavia hanno anche affermato che, nel caso in cui il paziente, durante le fasi della relazione terapeutica, abbia manifestato direttamente o indirettamente la propria volontà nei confronti di un determinato trattamento, di tali espressioni

50 V. T. GALIANI, voce *Percosse e lesioni*, cit., par. 5 e par. 11, secondo cui «[p]er «lesione personale» [...] non deve intendersi un danno generico nel corpo, ma un disordine organico con i caratteri della malattia; un danno cioè che superi la mera sofferenza fisica delle percosse». La «lesione personale» indica, quindi, un effetto diverso da una semplice sensazione dolorosa: essa comprende cioè ogni danno nel corpo che superi tale sensazione la quale, viceversa, costituisce evento tipico delle percosse.[...] Del resto, omettendo questo carattere dalla definizione della malattia, prescindendo cioè dall'elemento quantitativo del disordine funzionale, sarebbe in certi casi impossibile distinguere la malattia (derivante dalle lesioni) dal mero dolore fisico (derivante dalle percosse), perché – come è stato osservato – anche il solo dolore o arrossamento procurato da uno schiaffo, in quanto produttivo di certi sintomi caratteristici (color, rubor, dolor, tumor, functio laesa), costituisce, a stretto rigore, un'alterazione anatomica e funzionale». Nello stesso senso, in precedenza, R. PANNAIN, *Lesioni e percosse (Diritto penale comune)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 746; ID., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965, p. 184 ss; A. MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, Varese, 1992, p. 1288. 51 P. BAIMA BOLLONE, V. ZAGREBELSKY, *Percosse e lesioni personali (Art. 581, 582, 583 c.p.)*, Milano, 1975, pp. 15 ss.

della volontà si dovrà tener conto nel giudizio che concerne la qualificazione dell'esito del trattamento, rispetto al quale – dunque – non sarà più sufficiente accertare che il medico abbia agito con finalità terapeutica e secondo i dettami della scienza medica (v. *amplius*, Cap. III, P. I, 2).

2. I limiti all'applicazione della fattispecie disciplinata dall'art. 610 c.p. nel caso di trattamento sanitario arbitrario.

Ai sensi dell'art. 610 c.p., rubricato *Violenza Privata*, collocato nel Titolo II, Libro XII, Capo III, dedicato ai *Delitti contro la libertà individuale*, «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni. La pena è aumentata se concorrono le condizioni prevedute dall'art. 339».

Si tratta di una particolare tipologia di reato a forma vincolata, posta a presidio della libertà morale del soggetto, intesa come diritto di autodeterminarsi in base a processi motivazionali autonomi. Per questa sua precipua finalità, la violenza o la minaccia devono essere intese come elementi autonomi dall'atto di costrizione.

Per quanto poi concerne il contenuto della violenza, questo è ancora molto controverso. Secondo l'indirizzo prevalente, si distinguono due tipi di violenza: una violenza c.d. *propria*, che si esprimerebbe attraverso una *vis absoluta corpore corpori afflicta*; e una violenza c.d. *impropria*, la quale consisterebbe in qualsiasi altro mezzo idoneo a produrre l'effetto di coartazione dell'altrui volere⁵². Tale interpretazione estensiva del concetto

52 F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2008, p. 256, p. 311 ss., il quale distingue tra violenza-fine, usata «con lo scopo immediato di arrecare al paziente quel

di violenza si fonderebbe sul significato che l'art. 613 c.p. gli attribuisce stabilendo una inequivocabile coincidenza tra la violenza e tutti quegli atti finalizzati, «*mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo*», a porre un soggetto in stato di incapacità senza il suo consenso. Sennonchè, ad avviso di un altro orientamento, una simile impostazione non può essere accolta, poichè impedirebbe una considerazione unitaria della violenza. L'elemento della violenza deve essere tenuto distinto dall'atto del costringere, conoscendo il codice diverse fattispecie in cui la violenza viene in rilievo come mera modalità della condotta non rivolta alla coartazione dell'altrui volontà⁵³.

Il rischio sarebbe, altrimenti, quello della trasformazione di un reato a forma vincolata in uno a forma libera, polarizzato sul risultato di coazione della volontà e ravvisato tutte le volte in cui si riscontri un costringimento del soggetto passivo⁵⁴. L'indicazione della violenza e

danno in essa stessa insito» e la violenza-mezzo, utilizzata per «*incidere sull'altrui volontà, annullandola o coartandola, perchè il soggetto faccia, ometta o tolleri qualche cosa*»; ID., voce *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 930 ss.

53 G. DE SIMONE, voce *Violenza (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 887, p. 833, pp. 887 ss., il quale ritiene che sia più corretta la distinzione tra "violenza come mezzo o modalità della condotta" e "violenza come mezzo di coercizione in senso stretto", sostenendo che la prospettiva bipartita equivarrebbe a «*riesumare l'antica concezione – risalente al Binding – secondo cui in ogni reato sarebbe insito un momento di coercizione della volontà, considerato dal legislatore nell'astratta determinazione della pena edittale*».

54 V. sul punto le osservazioni di M. MANTOVANI, voce *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, pp. 930 ss., il quale afferma che «*tenendo presente che la tutela penale accordata dall'art. 610 c.p. alla libertà morale non si attiva in presenza di ogni e qualsivoglia coazione dell'altrui volere, ma soltanto di quella che è l'effetto dell'impiego di violenza e/o minaccia, ci sembra che questa insistenza sul carattere generico di detta ipotesi delittuosa, che fa da preambolo all'analisi della struttura della fattispecie medesima, sia censurabile sotto due diversi profili. Da una parte, essa si risolve in una petizione di principio, perchè assume come dato di partenza nell'interpretazione della norma quello che dovrebbe viceversa essere un risultato cui si perviene attraverso l'interpretazione stessa, ammesso e*

della minaccia come modalità della condotta rifletterebe l'esigenza di selezionare, tra le varie modalità di condizionamento dell'altrui libertà morale, quelle avvertite come intollerabili dalla coscienza sociale e più precisamente consistenti in una aggressione fisica della vita, dell'integrità fisica o della libertà di movimento⁵⁵. Tale impostazione consentirebbe di prescindere dalla natura del mezzo utilizzato la quale non dovrà richiedere necessariamente un'esplicazione di energia fisica sul soggetto passivo del reato⁵⁶.

Un uso polivalente del concetto di violenza, peraltro, emergerebbe implicitamente anche dalla lettura dei lavori preparatori al Codice Rocco in tema di delitti contro la libertà morale. La pena di quattro anni prevista per il delitto di violenza privata (art. 618 del Progetto al Codice penale) è stata oggetto di discussione: così, ad esempio, in risposta alle critiche

non concesso che ciò sia possibile. Dall'altra, sempre questa medesima insistenza finisce con il fornire una solida legittimazione a quella prassi giurisprudenziale che - con l'avallo, come vedremo, di una cospicua parte della dottrina - attraverso una progressiva erosione del concetto di violenza tendente a privarlo di qualsiasi funzione delimitativa rispetto alla selezione delle condotte rilevanti nella prospettiva dell'art. 610 c.p., arriva ad incentrare l'intera fattispecie sulla produzione di un effetto costringitivo a carico del soggetto passivo; al che consegue una tacita trasformazione del delitto di violenza privata da reato a forma vincolata a reato a forma libera, polarizzato sul solo verificarsi di un risultato di coazione dell'altrui volere».

55 Sul punto, *amplius*, F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I. L'offesa mediante violenza*, , 2002, pp. 241 ss.

56 Conformi in dottrina, F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, cit., p. 163, laddove afferma che «ci sono ottimi argomenti per ritenere che, nel nostro ordinamento, la causazione di uno stato di incapacità del paziente, comunque realizzata, possa essere qualificata come condotta "violenta"; e ciò, anche se, come di regola avviene nei casi all'esame, il paziente abbia previamente consentito a tale condotta. Ciò in quanto la nozione di "violenza" non sembra necessariamente presupporre, come invece opinano la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria nel nostro paese, alcun necessario momento coattivo: una violenza intesa come fatto offensivo della vita o della integrità fisica della vittima, resta tale anche se consentita da quest'ultima»; S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1067.

della Corte d'Appello di Bologna, che l'aveva reputata notevolmente estesa, l'allora Presidente della Commissione affermò che «è necessaria per adeguare la pena alla infinita varietà di ipotesi che possono presentarsi in pratica»⁵⁷.

Nell'intenzione del legislatore del Trenta, l'elemento tipico della violenza richiesto avrebbe avuto la precipua finalità di graduare la pena in concreto applicabile: una scelta questa che non poteva assestarsi sopra di una nozione univoca di violenza, mentre era perfettamente in linea con "l'infinità varietà di ipotesi che possono presentarsi in pratica". È anche vero peraltro che, nell'ipotesi in cui l'assunzione di sostanze incapacitanti sia procurata mediante violenza in senso proprio, il Presidente avrebbe prospettato l'applicazione del delitto di violenza privata⁵⁸. Questa soluzione potrebbe in effetti far propendere per l'identificazione della violenza di cui all'art. 610 c.p. (art. 154 Cod. Zan. e art. 618 del Progetto di codice penale) con un atto di tipo fisico esplicito sul soggetto passivo. Tuttavia personalmente ritengo che in questo caso il rinvio al delitto di violenza privata fosse teso semplicemente a segnalare la necessità di un atto di costrizione della vittima, finalizzato a tollerarne la messa in stato di incapacità; e non tanto la necessità di una violenza fisica, a livello più generale, ai fini della sua integrazione⁵⁹. Peraltro, resta ancora

57 Così Appiani, *Verballi delle sedute della Commissione (Libro 2 del Progetto: verbali dal n. 63 al n. 71) e relazione riassuntiva dei lavori della Commissione*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, IV, 4, 1929, p. 109.

58 Cfr. Appiani, cit., p. 111, il quale – alla domanda del Commissario Carinci «se non debba aggravarsi il fatto quando la suggestione ipnotica o l'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti siano stati procurati mediante violenza o minaccia» – risponde: «se lo stato di incapacità sia stato procurato mediante violenza, si applicherà l'art. 618».

59 In dottrina v. F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, cit., p. 165, laddove afferma che «un atteggiamento interiore di dissenso è pur sempre necessario: la vittima deve subire suo malgrado una determinata

problematico comprendere se la lettera dell'art. 613 c.p., al primo e al secondo comma, oggi consenta di ricavare uno spazio di applicazione per l'art. 610 c.p. in quei casi in cui, appunto, lo stato di incapacità sia provocato mediante violenza o minaccia.

Con riferimento all'ambito dei trattamenti sanitari arbitrari, la questione dell'applicazione dell'art. 610 c.p. è venuta in rilievo con riferimento a due particolari situazioni: a) quella dell'esecuzione di un trattamento diverso da quello consentito, in assenza di un previo rifiuto; b) quella dell'esecuzione di un trattamento nonostante il previo dissenso del paziente.

Salve le ipotesi in cui il trattamento sia effettuato tramite di un costringimento fisico del paziente, rispetto alla quale deve ritenersi applicabile l'art. 610 c.p. ed eventualmente non escludersi l'art. 605 c.p., per entrambe queste situazioni la questione riguarda il significato da attribuire alla previa narcotizzazione del paziente effettuata su consenso di quest'ultimo.

Nel 1914 Filippo Grispiigni, guardando all'art. 154 Cod. Zanardelli, scriveva che «[d]al fatto poi che la violenza e la minaccia debbano essere effettive, deriva pure che non sarebbe punibile per violenza privata il medico che compisse un'operazione, consigliata dalla scienza ma non voluta dal malato, approfittando del momento in cui questo fosse

condotta dell'agente, ovvero essere forzata a compiere una condotta che non voleva compiere; altrimenti non potrà dirsi "costretta" a quella condotta. L'idea di "costrizione" evoca, cioè, la necessità di un effettivo contrasto di volontà tra soggetto attivo e passivo. Nei confronti di chi dorme, o sia altrimenti incosciente, potrà parlarsi di "abuso", di "approfittamento", o anche di contrasto con la sua ipotetica volontà (con quella, cioè, che egli avrebbe presumibilmente espresso se ne avesse avuto la possibilità): ma non, per l'appunto di autentica costrizione».

addormentato o, comunque, incosciente per ubbriachezza, ecc... come non sarebbe punibile per lo stesso reato il medico che, cloroformizzata una persona consenziente ad una data operazione, durante lo stato di incoscienza praticasse alla medesima anche un'altra operazione oltre quella consentita, ovvero ne praticasse un'altra da quella differente. *Per questi ultimi casi però la non punibilità è subordinata alla circostanza che la determinazione del medico di compiere la operazione non consentita, sia posteriore al fatto della cloroformizzazione: altrimenti l'estremo della violenza si avrebbe nel fatto della cloroformizzazione, in quanto il consenso a questa non sarebbe più valido, perchè dato per rendere possibile una operazione diversa da quella progettata dal medico» [corsivi nostri]⁶⁰.*

Un altro orientamento avrebbe rilevato come «nell'art. 610 c.p. vigente la violenza non viene più ricondotta alla perturbazione dell'altrui sfera del volere, quanto invece ad un comportamento concreto – di azione, tolleranza od omissione – non consentito dal soggetto passivo, non richiedendo mediazione intellettuale alcuna da parte della vittima, poichè, inoltre, non può negarsi come, nell'eseguire un intervento consentito, il medico espliciti energia fisica sul corpo del malato, in tal modo ponendo in essere una condotta certamente violenta, integrante una *vis absoluta corpore corpori afflicta*, dinanzi alla quale il paziente non può opporre resistenza alcuna, ne discende che il trattamento arbitrario configuri

60 Così F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico «arbitrario»*, cit., 1914, p. 783 s., il quale peraltro afferma che «nel caso in cui la malattia costituisca «pericolo grave ed imminente» alla persona, si può compiere il trattamento medico chirurgico, nonostante che questo sia invalido, e perfino nonostante che il paziente opponga un divieto e questo, magari, cerchi di fare valere ricorrendo alla resistenza».

un'ipotesi di costrizione violenta del paziente, a soggiacere ad un'azione non voluta»⁶¹. Ad avviso di questa corrente di pensiero, deve ritenersi integrato il coefficiente psicologico richiesto dall'art. 610 c.p., il quale consisterebbe nella rappresentazione e nella volizione del medico di sottoporre il paziente ad un trattamento non consentito.

Qualora poi dal trattamento derivino le lesioni o la morte del paziente, si applicherà l'art. 586 c.p. e, in conformità con il principio costituzionale di colpevolezza, l'evento potrà essere imputato al soggetto agente soltanto qualora cagionato con colpa ⁶².

A parziale scioglimento del nodo in questione, come già affrontato nel corso di questa trattazione, dopo varie pronunce di segno differente, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali con sentenza n. 2437/2008 hanno affermato che «al riguardo, va rammentato, anzitutto che la giurisprudenza di questa Corte ha più volte avuto modo di puntualizzare che, ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica propria, [...] o di violenza impropria. [...] La violenza è un connotato essenziale di una condotta

61 A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario"*, cit., p. 476. Così anche M. MANTOVANI, voce *Violenza privata*, cit.

62 A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario"*, cit., p. 476; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 730. Cfr. la posizione di G. MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, cit., p. 67 secondo cui, invece, «la prospettata soluzione non conduce peraltro a collocare il fondamento della responsabilità per gli effetti del trattamento medico arbitrario in un ambito colposo poichè, così come opportunamente posto in evidenza, il rinvio alla disciplina degli artt. 589 e 590 opera esclusivamente quoad poenam senza avere alcuna valenza di significazione in ordine alla natura della fattispecie, la ricostruzione della quale non esige alcun riferimento ai requisiti della colpa».

che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare, omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di "qualcosa" di diverso dal "fatto" in cui si esprime la violenza. Ma poichè nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poichè l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di "tollerare" l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violazione ed evento di "costrizione a tollerare" rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto cui all'art. 610 cod.pen.». La Corte ha inoltre chiarito che «il concetto di costrizione, postula, infatti, il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta dell'agente e per conseguenza di essa è indotta a fare, tollerare, od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà. Nei confronti del paziente anestetizzato pleno iure, perchè nel quadro di un concordato intervento terapeutico, il chirurgo che si discosti da quell'intervento e ne pratichi un altro potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di "incapacitazione", ma non certo di "costrizione" della sua volontà, proprio perchè nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà tra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell'essere umano, verso (e, dunque per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva».

La pronuncia è molto significativa perchè contribuisce alla qualificazione del concetto di violenza come elemento autonomo dalla costrizione. Ma *quid iuris* nell'ipotesi di trattamento eseguito con la consapevolezza del rifiuto del paziente?

Si pensi all'ipotesi del rifiuto delle emotrasfusioni sovente opposto dal paziente Testimone di Geova che per disavventura si trovi in pericolo di vita. A mio avviso, qualora il paziente abbia rifiutato la trasfusione di sangue e ciò nonostante sia sottoposto ad emotrasfusione approfittando del consenso da lui prestato per essere anestetizzato in vista di un altro trattamento, sembra possibile identificare senza difficoltà sia l'elemento della violenza, attuata mediante somministrazione, anche precedente di farmaci narcotizzanti⁶³; sia quello della costrizione, in particolare sorretta dalla consapevolezza in capo al sanitario del contrasto di volontà rispetto al trattamento *quoad vitam* necessario⁶⁴.

Senza esplicito dissenso al trattamento, infatti, la provocazione di uno stato di incoscienza non assume in sé alcun rilievo e non diventa un "mezzo violento" per "costringere" nei termini richiesti dall'art. 610 c.p.

3. Dello stato di incapacità procurato mediante violenza (art. 613 c.p.)

Ai sensi dell'art. 613, primo comma, c.p., collocato sempre all'interno del Libro II, Titolo XII, Capo III, dedicato ai delitti contro la libertà individuale, «Chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanze alcoliche o di stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona, senza il consenso di lei, in

63 In questo senso F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., p. 163.

64 La questione è affrontata diversamente da L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, p. 415 s., il quale opportunamente distinguerebbe tra trattamenti sanitari coatti e trattamenti arbitrari divergenti, ma – seppur con qualche dubbio – limiterebbe l'applicabilità dell'art. 610 c.p. alle sole ipotesi in cui «la stessa somministrazione dell'anestesia sia praticata contro la volontà del paziente»; nello stesso senso, G. MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 65.

stato di incapacità di intendere o di volere, è punito con la reclusione fino ad un anno».

Come anticipato nel precedente paragrafo, l'elemento che rende particolarmente problematica l'applicazione di tale fattispecie ai casi di trattamento sanitario arbitrario è rappresentato dal requisito negativo dell'assenza del consenso ad essere posto in stato di incapacità.

Normalmente, infatti, il paziente acconsente all'anestesia ma vi acconsente in funzione di un trattamento differente da quello poi effettivamente praticatogli. Ecco, allora, che mentre nel caso della violenza privata il nodo problematico concerne l'individuazione di una condotta violenta finalizzata a costringere il paziente che subisca un trattamento senza aver fornito il proprio consenso; nel caso dell'art. 613 c.p., si pone una questione di validità del consenso prestato per l'anestesia in funzione di un trattamento divergente da quello praticato dal medico. In particolare, ai sensi del secondo comma dell'art. 613 c.p., il presupposto dell'assenza del consenso ricorrerebbe sia nell'ipotesi di mancata prestazione del medesimo, sia in quella di sussistenza di un consenso invalido perchè prestato: a) da soggetto di minore degli anni diciotto; b) da persona inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica per altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche o di stupefacenti; c) da persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.

Secondo un primo orientamento, «l'errore nel quale il paziente versa, o viene indotto, è [...] un errore sui *motivi* che lo inducono ad acconsentire all'anestesia: un errore, cioè, sulla portata dell'atto

operatorio cui l'anestesia è funzionale, e che non pare poter di per sé invalidare il consenso all'anestesia in quanto tale»⁶⁵.

Una seconda impostazione, al contrario, partendo da una lettura congiunta degli artt. 613 e 728 c.p., avrebbe posto l'accento sul fatto che ai fini della validità del consenso dell'interessato ad essere posto in stato di incapacità rileverebbe altresì la condizione che dal fatto non derivi un pericolo per l'incolumità della persona; «da ciò discendendo pianamente l'applicabilità dell'art. 613 c.p. alle ipotesi di trattamento medico arbitrario, previa sottoposizione del malato ad uno stato di narcosi, quale certamente appare essere quello derivante dall'anestesia».

Si tratta di una impostazione che, all'evidenza, tende a fornire una interpretazione dell'art. 613 c.p., opposta a quella del primo orientamento, all'interno della quale rileverebbero anche i motivi del consenso all'anestesia. Di conseguenza il consenso potrebbe essere considerato valido soltanto quando il medico pratici il trattamento per il quale il paziente abbia accettato di porsi in stato di incapacità.

Inoltre, questo orientamento, riflette sicuramente una concezione estensiva del nesso di causalità occorrente tra il trattamento idoneo ad annullare la coscienza e la volontà dell'interessato e il pericolo per l'incolumità individuale del medesimo. Partendo dal presupposto, ex art.

65 Così F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., p. 166, il quale rileva che «anche a voler immaginare [...] un vero e proprio inganno del medico circa i propri reali intenti, o comunque un suo consapevole e preordinato silenzio circa la prospettiva di effettuare un intervento diverso da quello specificamente consentito, resterebbe la difficoltà di considerare invalido il consenso del paziente all'anestesia per effetto di un'erronea rappresentazione relativa all'operazione cui egli dovrà essere sottoposto. Il paziente sa benissimo di prestare il consenso ad un'anestesia, e cioè ad un trattamento idoneo a porlo temporaneamente in stato di incapacità di intendere e di volere [...], diversamente da quanto accadrebbe, ad es., nell'ipotesi di un soggetto indotto con l'inganno a bere una sostanza che egli non sa essere un potente sonnifero»

613 c.p., dell'invalidità del consenso del paziente ad essere anestetizzato, si pone la questione se sia necessario che il pericolo sia direttamente cagionato dallo stato di incapacità, oppure se debba ad esso ricollegarsi qualsiasi pericolo esterno corso dal soggetto che si trovi in tale stato, *ivi* ricompreso quello provocato da terzi mediante condotta autonoma.

Il problema, si ribadisce, si apre nel momento in cui si accetti che il consenso debba essere valutato non tanto in funzione dell'anestesia, ma anche della stretta relazione esistente tra questa e lo scopo per cui è stata consentita dal paziente (il trattamento sanitario).

CAPITOLO SECONDO

DEL PROBLEMA DEL FONDAMENTO DI LICEITÀ DELL'ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA

SOMMARIO: 1. La teoria della mancanza del fatto tipico. La malattia soltanto come esito (finale) infausto dell'atto medico-chirurgico. 2. La teoria dell'azione socialmente adeguata. «La funzione costitutiva dell'elemento psicologico per la determinazione del valore dell'azione come fenomeno sociale» e la sua applicazione in campo medico-chirurgico. 3. La teoria dell'atipicità fondata sull'assenza del requisito psicologico richiesto dall'art. 582 c.p. 4. La tesi della applicazione caso per caso delle disposizioni di legge già esistenti. 5. L'attività medica come adempimento di un dovere (condizionato). 6. L'attività medica come esercizio di un diritto (condizionato). 7. La teoria che riconduce il fondamento dell'attività medica alla causa di giustificazione disciplinata dall'art. 50 c.p. 8. La teoria della causa di giustificazione non codificata (o ultralegale). L'orientamento delle Sezioni Unite del 2008 in materia di fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica. 9. Alcune riflessioni e prime conclusioni in tema di fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica. La concezione della tipicità come mera

integrazione degli elementi costitutivi del fatto descritto dalla norma al cospetto della peculiare relazione tra libertà di autodeterminazione e bene giuridico-salute in ambito sanitario. 10. L'impossibilità di procedere ad una valutazione della condotta del sanitario in termini di tipicità prescindendo da un contestuale accertamento di tutti i requisiti che governano l'esercizio dell'attività medica. 11. L'irrilevanza della fattispecie di cui all'art. 579 c.p. dopo la legge n. 219/2017. 12. La questione della interpretazione dei limiti previsti dall'art. 5 c.c.

1. La teoria della mancanza del fatto tipico. La malattia soltanto come esito (finale) infausto dell'atto medico-chirurgico.

Secondo una prima teoria, che l'atto medico-chirurgico costituisca in sé una lesione personale non v'è dubbio, nè potrebbe infatti negarsi che a ciò debba essere equiparato il gesto del chirurgo che compie un'amputazione.

Tuttavia, anche a seguito dell'approvazione del Codice Rocco, «è rimasto nitido il principio per cui la lesione personale come reato non sta nell'atto in sé quanto nell'effetto che da quell'atto è cagionato», ovvero: «non è lesione personale tagliare il corpo altrui con un coltello ma la lesione sta nella conseguenza di danno che a quel taluno dal taglio proviene».

L'equivoco starebbe «[nel] fatto che da parecchi l'attività del medico è stata giudicata e discussa prendendo a riferimento uno stato di integrità fisica preesistente nel paziente; ma non solo questa integrità non preesiste, bensì si tratta di un intervento su di una situazione negativa e menomativa rispetto alla norma, con lo scopo di riportarla alla norma»⁶⁶.

⁶⁶ «Ora si può dire, alla luce di quanto sopra, che il chirurgo che incide il copro di un uomo nell'espletamento della sua funzione cagioni un danno, compia cioè un atto idoneo a diminuire l'efficienza fisica e psichica del suo paziente? certamente no ed è certo anzi il

Si tratta di una linea di pensiero che risolve il problema della liceità dell'atto medico-chirurgico direttamente sul piano della riconducibilità del fatto al quello tipico previsto dalla norma. Come la corrente che ricomprende il consenso del paziente tra le cause che escludono l'antigiuridicità, essa richiede un primo vaglio in termini di tipicità, differenziandosene però immediatamente sul piano dei criteri di interpretazione del fatto tipico rilevante⁶⁷. Secondo INTRONA, peraltro, il

*contrario [...] Si tratta insomma di modificare in meglio quella modificazione in peggio che preesisteva e che non era stata provocata dal medico: un ammalato che mediante la trapanazione del cranio e conseguente dolore e spargimento del suo sangue viene liberato di un tumore al cervello non potrà certamente dire di avere riportato un danno». Così F. INTRONA, *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Padova, 1955, p. 21. Nello stesso senso si colloca, pur con alcune differenze che riguardano specificamente il ruolo del consenso [v. capitolo III], G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 222, il quale concorda sul fatto che «occorre vedere il trattamento nel suo complesso, non fermarsi all'immediata apparente lesione, ma considerarne gli effetti complessivi. Ciò significa che quando l'esito è favorevole, anche se l'operazione è stata cruenta e ha cagionato mutilazioni, essa risulta vantaggiosa e non dannosa». In dottrina v. altresì, A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955; E. LIGNOLA, *I limiti giuridico-penali dell'attività medico-chirurgica*, in *Giust. pen.*, 1960, p. 92; F. BENDINELLI, *Problemi giuridici connessi all'esercizio dell'attività medica, ed ai trapianti umani*, in *Crit. pen.*, 1969, p. 144; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1969, p. 241; A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, p. 6.; M. POLVANI, *Il consenso informato all'atto medico: profili di rilevanza penale*, in *Giust. pen.*, 1993, p. 735.*

67 Diametralmente opposto, infatti, il pensiero di R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., pp. 30 ss., il quale osserva che "[i]l trattamento medico implica, che dir si voglia, quasi sempre una interferenza nella sfera del bene giuridico inerente alla libertà (narcosi), alla morale o alla decenza (visita di parti intime), alla integrità del corpo (lesione medico-chirurgica), e quindi è «il fatto» tipico di tali reati. Non solo, ma il cosiddetto «esito» è una conseguenza del trattamento che normalmente segue a distanza l'intervento *lege artis* e dipende spesso da fattori biologici dell'organismo del paziente e da circostanze imprevedibili". Cfr., altresì F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 171, secondo il quale «[i]l problema – che in genere sfugge alla dottrina maggioritaria in tema di trattamento medico-chirurgico – è però che, anche sulla base di questa definizione, il trattamento chirurgico verrebbe sempre ad integrare il paradigma delle lesioni personali ex art. 582 o 583 c.p. : la stessa incisione operatoria produce, di regola un decorso postoperatorio (e dunque un "processo", un "fatto morboso in evoluzione") più o meno significativo, quantificabile in una precisa durata sino alla guarigione, e che spesso determina altresì una (temporanea) «incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni (e

consenso è riconducibile entro certi limiti alla scriminante prevista dall'art. 50 c.p. ed equivarrebbe all'«autorizzazione fornita dal malato alla messa in opera di tutti quei trattamenti scientificamente ammessi, la cui pericolosità sia commisurata alla gravità ed alla natura del singolo caso clinico e che siano diretti a debellare la malattia pur attraverso una amputazione, un'operazione dolorosa o un trattamento medicamentoso penoso e lungo»⁶⁸.

La conclusione dell'atipicità dell'atto medico *seguito da esito fausto* non ha mancato di suscitare critiche in dottrina. In particolare, si è osservato come seguendo tale logica, l'unica conclusione che si può trarre è quella per cui il trattamento medico atipico non necessita di alcuna causa di giustificazione, anche quindi laddove manchi il consenso del paziente. Ciò equivarrebbe a sostenere "che il medico ha in ogni caso il diritto di imporre alle persone dei trattamenti medici, anche senza il loro consenso e che questi interventi siano da considerare comunque leciti per la loro atipicità. Se tale ragionamento fosse portato fino in fondo, il medico diventerebbe arbitro assoluto del diritto di sottoporre le persone al trattamento terapeutico in violazione del principio di libertà e di disposizione del proprio corpo"⁶⁹. Come già rilevato all'interno del primo capitolo, nell'ottica di questo orientamento l'eventuale violazione del consenso sarebbe destinata ad emergere solamente per coincidenza dell'avvenuto riscontro di una malattia, e non in sé e per sé.

cioè un evento che, anche se in ipotesi non riconducibile al concetto di «malattia», certamente integra sul piano oggettivo l'ipotesi di cui all'art. 583 co. 1 n. 1. c.p.)»

⁶⁸ E tant'è che «[i]l malato non autorizza certo il medico a danneggiarlo con simili procedimenti si che al male della malattia venga ad aggiungersi il male ingiusto della cura». Così F. INTRONA, *La responsabilità professionale*, cit., p. 27.

⁶⁹ Così R. RIZ, *Il trattamento medico*, cit., p. 32.

2. *La teoria dell'azione socialmente adeguata. «La funzione costitutiva dell'elemento psicologico per la determinazione del valore dell'azione come fenomeno sociale» e la sua applicazione in campo medico-chirurgico.*

«L'idoneità della condotta – si afferma – per l'aggressione dei beni protetti dall'ordinamento non risulta esclusivamente dai suoi requisiti formali o dal decorso dei suoi effetti causali, ma dipende in primo luogo dal significato che la direzione della volontà imprime all'azione, nel suo rapporto con i valori di atto tutelati. L'irrilevanza di una condotta può determinarsi, così, nonostante la sua efficienza per la lesione di un bene giuridico protetto da una norma penale».

Così, ad esempio, «l'attività sanitaria [...] non può mai risultare aggressiva degli stessi beni per la cui conservazione e il cui accrescimento è consapevolmente organizzata e diretta: l'integrità fisica, la vita, la buona salute. L'eventuale pregiudizio di uno di questi beni, che sia connessa con la condotta causale del sanitario, si realizza nell'ambito di un'attività posta al servizio del rispetto dello stesso bene; perciò il dolore fisico, il rischio e la perdita stessa della vita non giocano di per sé alcun ruolo per una rilevanza penale del fatto. Il decorso causale dell'azione si annulla nel significato dell'atto, che va al di là dell'esito del singolo procedimento operatorio, anche se questo sia destinato, in concreto a risolversi in una effettiva lesione di interessi»⁷⁰.

70 C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, pp. 125-126. V. pt. p. 125 dove l'autore afferma che «[i]l tipo del comportamento, determinato dallo scopo che lo sorregge, fornisce dunque i lineamenti della rilevanza del fatto dal punto di vista penale. La funzione costitutiva dell'elemento psicologico per la determinazione del valore dell'azione come fenomeno sociale e come tipo di reato non è limitata ai soli reati a dolo specifico – nei quali è addirittura impossibile configurare lo stesso modello legale

Si tratta del frutto di una corrente di pensiero molto vasta secondo cui il *Tatbestand* non è limitato alla mera integrazione dei requisiti costitutivi di una determinata fattispecie, ma prevede altresì una considerazione del fatto alla luce dell'ordinamento complessivamente e storicamente considerato⁷¹.

La teoria dell'azione socialmente adeguata è stata criticata dalla maggioranza della dottrina in quanto ritenuta indeterminata, con la conseguenza di frustrare le esigenze di certezza e di stretta legalità del diritto⁷².

*del fatto incriminato, senza tener conto dello scopo dell'agente – ma contrassegna in ogni caso il tipo della condotta proibita: il dato psichico dell'agire, nel conferire all'azione il suo contenuto, la presenta nel mondo esterno con una fisionomia che costituisce anche il presupposto per la sua rilevanza nell'ambito della legge». Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 1978, pp. 313 ss., il quale ritiene che l'impostazione possa valere soltanto con riferimento alle operazioni che si sono concluse con esito felice.*

71 La teoria dell'adeguatezza sociale ebbe origine in Germania verso la fine degli anni Trenta e fu sviluppata prevalentemente dal Welzel (cfr. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZstW*, 58, 1938 pp. 517 ss.; ID., *La posizione dogmatica della dottrina penalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, pp. 13 ss.)

72 V. sul punto la critica di R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., p. 38, secondo il quale «a ben vedere [...], chi si limita a dire che il trattamento medico sarebbe «un'azione lecita, perchè socialmente adeguata», non risolve il problema, e soprattutto non affronta la tematica che, proprio nelle questioni di fondo e nei casi limite, non troverebbe alcuna risposta. Così la questione delle amputazioni, quella del prelievo di organi per i trapianti, quella del limite fra intervento lecito ed illecito nelle operazioni e nelle visite mediche, ecc., non avrebbero alcuna possibilità di soluzione, se l'interprete dovesse basarsi sui principi della teoria socialmente adeguata, data la loro assoluta indeterminatezza e imprecisione». Per diversi motivi, P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p. 172, il quale ritiene che nel concetto di azione adeguata rivive una contrapposizione tra normalità ed eccezione che non può essere sostenuta (v. pt., p. 36 s., dove l'A. afferma che «l'azione commessa in presenza di una condizione di liceità rientra per sua natura nella normalità giuridica» e che sarebbe quindi errato ritenere il fatto tipico normalmente anti-giuridico ed eccezionalmente lecito per la sussistenza di una causa di giustificazione. «In realtà vi è un solo fatto del reato, che sussiste in quanto vi siano tutti gli elementi oggettivi e soggettivi, positivi e negativi, siano essi contemplati dalla norma particolare della fattispecie o da altre norme di carattere generale»).

Altra parte della dottrina, pur non negando le difficoltà sottese a questa teoria nel risolvere i problemi legati al trattamento medico-chirurgico, ritiene che «ciò [...] non deve sminuire l'importanza che la teoria ha avuto per comprendere l'intima essenza dell'atto medico. Senza il suo ausilio, si sarebbe infatti continuato [...] ad inquadrare il trattamento medico-chirurgico nell'ambito dei delitti di cui agli artt. 575 e 582 c.p., salvo poi a giustificarlo tramite il ricorso soprattutto al consenso e allo stato di necessità, senza rendersi conto che l'operato del medico è ab origine ben diverso dal «...pugnale del delinquente» e che dunque il primo necessiterebbe semmai di una disciplina giuridica *ad hoc*»⁷³.

3. La teoria dell'atipicità fondata sull'assenza del requisito psicologico richiesto dall'art. 582 c.p.

Un altro orientamento, il quale ancora oggi trova numerosi sostenitori, partendo da una nozione finalistica del dolo, ritiene che nelle lesioni occorre la finalità di ledere, di intaccare la integrità fisica e psichica altrui. Non può dunque ravvisarsi dolo nell'ambito degli interventi medico-chirurgici giacchè essi tendono a «salvare la vita, sia pure mutilando, ed a migliorare le condizioni di salute». Pertanto, «la mancanza di consenso od un consenso invalido non potrebbero dare vita ad una imputazione di lesione volontaria, nè a quella di lesione colposa, ove non vi fossero gli elementi della colpa, ma non per questo si

⁷³ A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, p. 21 s., il quale conclude: «se il punto di vista offerto dall'azione socialmente adeguata non è sufficiente di per sé a legittimare l'operato del medico, è utile come riflessione sull'intima essenza del fenomeno, per giungere come si è ricordato, a negare la configurabilità dei delitti di lesione e di omicidio, anche nelle ipotesi in cui l'intervento sia stato infausto».

potrebbe parlare di condotta lecita, sussistendo un delitto contro la libertà individuale»⁷⁴. A tale corrente di pensiero è stato, tuttavia, obiettato che ai fini dell'attribuzione dell'evento, non sia richiesta la prova di un *animus laedendi*, di una intenzione malvagia, in capo all'agente, ma solamente la coscienza e la volontà del fatto⁷⁵.

4. La tesi della applicazione caso per caso delle disposizioni di legge già esistenti.

In base a questo orientamento, invero molto simile a quello del MANZINI⁷⁶, «mentre alcuni casi di trattamento chirurgico non sono conformi alla fattispecie per l'elemento soggettivo o sono giustificati perchè conformi all'esercizio professionale del medico onesto e capace

74 E. ALTAVILLA, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1981, p. 117 s. Per la giurisprudenza aderente a tale indirizzo si rinvia al Capitolo I. V. altresì S. RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1968, p. 155, il quale afferma che, con riferimento ai casi di trattamento terapeutico il fatto, «che il medico ha realizzato con il rispetto delle regole della sua arte e per il fine di guarire», non sarebbe conforme al tipo dell'omicidio o della lesione personale, «anche qualora il trattamento abbia esito non felice».

75 In questo senso, R. Riz, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., p. 36, il quale afferma che «[n]on essendovi dubbio che il medico ha la piena coscienza e volontà della sua condotta, e poichè è del tutto indifferente che egli abbia compiuto il fatto a fin di bene o a fin di male, si deve concludere che l'elemento soggettivo non difetta»; F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., *Contra* A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario"*, cit., p. 461 s. secondo cui tale interpretazione peccherebbe di astrattezza e formalismo e sarebbe «tale da riconoscere l'Erfolgsunwert del delitto in esame già nella mera incisione del corpo del paziente (di per sè priva di autonomia funzionale) solo perchè «arbitraria», non sorretta dalla volontà adesiva del paziente, come se l'assenza di questa, concretando l'Handlungsunwert della condotta del medico, fosse sufficiente a connotare di idoneità lesiva un'azione, invece, rivolta al miglioramento delle condizioni generali di salute del malato».

76 Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, Torino, 1961, p. 207, secondo cui tutte le cause di giustificazione sono ipoteticamente applicabili al trattamento medico-chirurgico.

(*lege artis*), altri casi rientrano nello stato di necessità o sono giustificati per il consenso dell'avente diritto, o non hanno alcuna giustificazione, malgrado il consenso, come i trapianti di ghiandole sessuali (art. 5 cod. civ), ecc.»⁷⁷.

5. *L'attività medica come adempimento di un dovere (condizionato).*

Nel 1972 PIETRO NUVOLONE, chiedendosi «[p]erchè, dunque, è lecito l'intervento medico-chirurgico?», nella ristampa della sua opera monografica intitolata "*I limiti taciti della norma penale*" (1947), ritenendo le varie teorie elaborate non sufficienti ad «inquadrare in un sistema coerente la varietà dei casi», evidenziava innanzitutto l'opportunità di distinguere il caso dell'intervento compiuto da persona abilitata dall'esercizio della professione medico-chirurgica dal caso in cui una persona, di propria iniziativa, assuma le funzioni di medico. «Nel primo caso, abbiamo l'adempimento di un dovere professionale, la cui violazione è contemplata dall'art. 40 c.p. là dove dice: «Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo». Il medico ha l'obbligo di impedire il progresso della malattia, la morte del paziente ecc. Non si tratta, però, di un obbligo assoluto; ma di un obbligo che la legge impone sotto determinate condizioni. Quali siano queste condizioni non può dirlo la legge penale, ma solo gli altri rami dell'ordinamento giuridico, la legge professionale, la legge civile, la consuetudine; mentre l'arte medica stabilirà le regole che devono essere seguite, e, non seguendo le quali, avremmo una responsabilità a titolo di

⁷⁷ S. RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 181. In giurisprudenza, questa soluzione è stata condivisa da App. Firenze, 7 ottobre 1970, in *Giur. mer.*, p. 323.

colpa, in caso di esito sfortunato. Ne consegue che l'intervento medico-chirurgico non potrà considerarsi lecito a priori per l'art. 51 cod. pen.; ma si dovrà di volta in volta, stabilire se sussistevano le condizioni richieste per il sorgere di questo dovere»⁷⁸. Dalla liceità-dovere deve poi distinguersi la c.d. liceità-autorizzazione, che ad avviso dell'Autore verrebbe in rilievo qualora al medico sia attribuita la facoltà di salvaguardare interessi diversi da quello dell'integrità fisica o della vita. La particolarità di questa costruzione teorica è rinvenibile, essenzialmente, in due aspetti: il primo è costituito dal fatto che, in quest'ultimo caso, non sarebbero le norme penali a dover individuare questi interessi, bensì disposizioni giuridiche differenti; il secondo dalla circostanza che di fronte alla positivizzazione di una facoltà, l'eventuale

78 P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 172 s., secondo cui «[a]lla base di una parte notevole delle soluzioni elaborate in materia dalla dottrina c'è un equivoco fondamentale: quello di considerare il problema della lesione medico-chirurgica come un problema che può risolversi unicamente con criteri penalistici, mentre invece esso affonda le sue radici in altri rami dell'ordinamento giuridico». Nello stesso senso, nell'ambito del delitto sportivo, T. DELOGU, *Teoria del consenso*, Milano, 1936, pp. 231 ss. Quanto al secondo caso, invece, l'A. rileva come non vi sia nessun obbligo del medico di intervenire, bensì di astenersi, a meno che ricorrano le circostanze dello stato di necessità o del consenso dell'avente diritto, fermi i limiti di cui all'art. 5 c.c. V., sulla specificazione di tale punto, G. AZZALI, *Trattamento sanitario e consenso informato*, in *L'Indice penale*, 2002, p. 933, il quale rileva come un'attenta riflessione sull'essenza logico-giuridica del consenso informato ne suggerisca l'appropriata collocazione. «L'informazione ha quale suo proprio oggetto, in sintesi, il trattamento sanitario da praticarsi, data la malattia in atto. Se prestato, il consenso non tanto è semplice abbandono dell'interesse a non subirne i contenuti invasivi, quanto viceversa assurge a richiesta che il trattamento sia praticato: è scelta rivolta ad ottenerne il contenuto terapeutico. E, si noti, la richiesta si rivolge – fosse pure indirettamente, secondo le corrispondenti regole amministrative o privatistiche – a chi è, o conseguentemente diviene soggetto preposto ad evaderla, quale medico addetto al pubblico servizio sanitario, ovvero quale medico con il quale si stringe un rapporto negoziale di carattere professionale. La legittimità cui fa luogo il consenso informato del trattamento sanitario, quale conforme ai canoni medico-scientifici, riflette dunque l'adempimento di un dovere istituzionale. È, per l'appunto, la prospettiva secondo la quale si pone, sebbene a contrario, il comma primo dell'art. 32 della Costituzione additando la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo».

lesione dei beni giuridici tutelati dall'ordinamento penale potrebbe essere giustificata dal consenso dell'avente diritto, purchè esercitato entro i limiti di cui all'art. 5 c.c., in ragione della particolare prevalenza di un determinato interesse su di quelli (es. l'interesse di natura estetica perseguito da un determinato intervento chirurgico)⁷⁹.

6. *L'attività medica come esercizio di un diritto (condizionato).*

Una prospettiva più moderna della corrente che ravvisa il fondamento dell'attività medica nell'adempimento di un dovere (condizionato) è rappresentata dalla impostazione di FERRANDO MANTOVANI. Egli, infatti, partendo dal principio dell'obbligo medico di acquisire il consenso del paziente, individua tale fondamento nelle condizioni richieste dall'ordinamento per l'esercizio di una attività giuridicamente autorizzata⁸⁰. In altri termini, il consenso viene a fungere da requisito-

79 ID., *I limiti taciti*, cit., pp. 175-176. V. altresì F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi (1960-1961)*, in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, Milano, 1967, p. 101, laddove distinguendo tra medico abilitato e non abilitato afferma che «[n]el primo caso la ragione della liceità si trova nell'obbligo giuridico che il medico ha di impedire il progresso della malattia del paziente, la sua morte ecc., cioè nell'art. 51 c.p.; obbligo che però nasce subordinamente a talune condizioni prefissate dall'arte medica tramite regole la cui trasgressione comporta una responsabilità colposa per l'esito sfortunato. Quest'obbligo nasce inoltre quando sia in gioco il bene della conservazione della vita o della salute del paziente, non così quando l'intervento risponda a finalità meramente estetiche. Qui la liceità ha da fondarsi soltanto sull'eventuale consenso dell'avente diritto. Soltanto entro questi limiti è pertanto giustificato parlare di rischio consentito come sfera di liceità-autorizzazione, in contrapposto a quella di liceità-dovere (dominata dal funzionamento dell'art. 51 c.p.). [...] Allorchè viceversa chi compie l'intervento non sia abilitato professionalmente, l'eventuale esito sfortunato potrà essere scriminato sulla base dello stato di necessità ovvero del consenso dell'avente diritto»; M. BENINCASA, *Liceità e fondamento dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 729 ss.

80 V. D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 328 ss.

limite interno per il corretto operare della scriminante di cui all'art. 51 c.p. rispetto all'attività medico-chirurgica⁸¹. La differenza che intercorre tra questa impostazione dogmatica e quella del NUVOLONE sta nella diversità dei ragionamenti condotti pur nella condivisione di un identico presupposto di partenza: il rinvio alle fonti dell'ordinamento *extrapenale* per l'individuazione dei requisiti di legittimazione dell'attività medica. Ciò chiarito, mentre la ricostruzione di NUVOLONE è prettamente incentrata sui limiti di operatività dell'obbligo di agire medico, quella di MANTOVANI sui requisiti di autorizzazione dell'attività medico-chirurgica, tra cui *in primis* rientra il consenso informato, mentre *in via del tutto eccezionale* l'adempimento di un dovere, il quale – dunque – potrà essere richiamato – come sembra – non *ex se* ai sensi dell'art. 51 c.p., ma come espressione della prescrizione a determinati soggetti, da parte dell'ordinamento, di esercitare una determinata attività in virtù di precise circostanze⁸².

81 Non paiono dunque cogliere nel segno le critiche mosse da R. RIZ, *Il trattamento medico*, cit., pp. 34-35, allorchè osserva che «anche se è vero che la legge autorizza all'esercizio della professione sanitaria coloro che hanno avuto l'abilitazione in base ad una precisa disposizione di legge, non per questo costoro possono compiere «unilateralmente» tutti i trattamenti che rientrano nella professione sanitaria». Ed inoltre che «[l]a persona abilitata all'esercizio della professione sanitaria, non può per il solo fatto della sua qualificazione, eseguire ad libitum su altri soggetti i trattamenti medici che ritenga opportuni, perchè la legge costituisce solo la premessa per l'esercizio della professione sanitaria, ma non statuisce la liceità dei singoli atti inerenti all'esercizio della professione stessa». Cfr. la posizione di M.G. GALLISAI PILO, voce *Lesioni e percosse nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 401, secondo cui laddove l'attività sia rivolta invece a fini di sperimentazione, si potrà ricorrere al consenso di cui all'art. 50 c.p.; Id., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 1989, pp. 76 s.

82 «Il fatto stesso, poi, che il medico possa obbligarsi verso il paziente ad effettuare la propria prestazione terapeutica o che, in certi casi, abbia non il potere, ma il dovere giuridico di agire, cosicchè il dovere finisce per sovrapporsi al potere, non consente di prescindere dalla considerazione della sottostante autorizzazione legislativa dell'attività medica per polarizzare il fondamento della liceità sulla pericolosa scriminante dell'adempimento di un dovere, poichè non solo il potere ma anche il dovere di intervenire

Quanto al problema dell'eventuale produzione di un esito infausto, l'A. ritiene che l'eventuale non punibilità del medico non può essere fondata sulla base dell'esercizio della attività giuridicamente autorizzata. Tale evento non rientrerebbe nel contenuto dell'autorizzazione legislativa poichè «la lesione della integrità fisica o la morte del paziente [...] costituiscono fatti non più rispondenti all'interesse che sorregge l'autorizzazione legislativa, ma addirittura in contrasto con le finalità che la legge intende perseguire mediante l'autorizzazione stessa».

Dunque, «è giuridicamente corretto ritenere che tali eventi non siano obiettivamente giustificati, leciti, ma soltanto non punibili per difetto di colpevolezza, quando si possa ritenere che il medico sia esente da colpa. Anche se la mancanza di questa rimanga pur sempre connessa al fatto dell'esercizio, giuridicamente autorizzato, di un'attività rischiosa⁸³».

7. La teoria che riconduce il fondamento dell'attività medica alla causa di giustificazione disciplinata dall'art. 50 c.p.

Una ulteriore impostazione teorica, partendo dal presupposto che il vero fondamento dell'attività medica è rappresentato dal consenso del paziente, ritiene che a livello giuridico tale fondamento non può che corrispondere alla scriminante del consenso dell'avente diritto disciplinata dall'art. 50 c.p., «salvo il caso in cui una prescrizione di legge non imponga al medico un determinato intervento che, di

si riallacciano, in radice, pur sempre al fatto che la legge autorizza l'esercizio, da parte di determinati soggetti, della professione medico-chirurgica, e alla appartenenza dell'autore dell'intervento doveroso a tale categoria di soggetti». Così F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 60.

83 F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., pp. 60-61.

conseguenza, non ha bisogno di essere altrimenti giustificato»⁸⁴. «È solo la volontà del paziente di subire il trattamento medico, cioè la sua autodeterminazione di rinunciare alla tutela del bene giuridico e la sua «coscienza» delle possibili conseguenze lesive, insite nel pericolo, che rende lecita l'azione. In altre parole è il consenso, quale causa di giustificazione, che fa venir meno l'antigiuridicità del fatto lesivo e che segna il limite iniziale e finale della liceità»⁸⁵. Quanto ai limiti previsti dall'art. 5 c.c., essi dovrebbero ritenersi inoperanti ogni qual volta l'atto di disposizione del bene sia conforme alla consuetudine, in essa trovando l'art. 5 c.c. un suo chiaro limite tacito. Esempi in cui il consenso è conforme alla consuetudine – pur comportando l'atto un pericolo potenziale per il bene – sono: il consenso al trattamento che comporti l'amputazione di un arto; il consenso a prelievo del sangue; il consenso alla narcosi nelle operazioni cosmetiche o plastiche⁸⁶.

84 R. RIZ, *Il trattamento medico*, cit., p. 42.

85 *Ibidem*. Conformi in dottrina, F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 182; E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2002, pp. 125 ss.

86 R. RIZ, *Il trattamento medico*, cit., p. 50 ss.; ID., *Lineamenti di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2001, p. 202, secondo cui «[a]pplicare l'art. 5 c.c. in modo letterale ed assoluto significherebbe far cessare gran parte della vita di relazione, a cominciare dal divieto di quasi tutte le attività sportive [...], ai campi di divertimento [...], agli interventi medici». In senso critico si è obiettato che «[d]a un punto di vista dommatico, diversa è la funzione del consenso nell'uno e nell'altro caso. Il consenso ex art. 50 c.p., in quanto scriminante, esplica in via immediata una funzione restrittiva della fattispecie incriminatrice: estende la liceità ad attività ad attività che, altrimenti, costituirebbero reato. Nel secondo caso, quale requisito-limite, delimita la liceità dell'attività medico-chirurgica: l'ambito di autorizzazione della medesima e, quindi, dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.). [...] Vi sono, infatti, dei danni, consistenti in una menomazione permanente dell'integrità fisica, i quali non possono essere validamente consentiti, ma alla cui possibilità è lecito esporsi quando collegati ad una attività giuridicamente autorizzata qual'è quella medico-chirurgica». Così, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., p. 203. Cfr. altresì C.F. GROSSO, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 7, laddove ritiene che «la disponibilità e la indisponibilità rappresentano qualità intrinseche del «diritto»; non possono pertanto variare a seconda della situazione che contraddistingue la offesa: i beni della vita e della integrità fisica, se e

Un altro orientamento, ponendo l'accento su di una ontologica differenza tra consenso informato e consenso dell'avente diritto, avrebbe rilevato come «nella visuale del trattamento sanitario, si muove da un presupposto, il consenso (o richiesta) informato, la cui stessa rilevanza in merito all'esistenza della causa di legittimità rispecchia [...] la (giuridica) disponibilità da parte del loro comune titolare degli interessi in conflitto. Il giudizio di prevalenza, vale a dire è contenuto nella scelta dell'uno piuttosto che non dell'altro che ne faccia il soggetto». Nella scelta, come vedremo, un ruolo chiave è giocato dall'informazione che «in quanto espressione della scienza medica, per ciò stesso assicura, dato un certo stato morboso, sia la necessità del trattamento sanitario che ne forma il tema, sia la (obiettiva) *proporzione* tra il suo contenuto invasivo e la sua efficacia terapeutica»⁸⁷.

*nei limiti in cui sono indisponibili, cioè sottratti alla signoria del singolo titolare, rimangono tali qualunque sia il contesto in cui si perfeziona la loro messa in pericolo o la loro lesione, anche se si tratta dell'esercizio di attività rischiose accettate sul piano della valutazione sociale dei comportamenti umani. E trattandosi di diritti indisponibili il consenso disciplinato dall'art. 50 c.p. non è in grado di esplicitare la sua efficacia scriminante assicurando di per sé la liceità degli eventi cagionati»; A. MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 1281 s., secondo il quale «ove [l'ordinamento] ha ritenuto di spingersi oltre l'art. 5 c.c., lo ha già fatto espressamente e attraverso una legge in senso formale, quale quella sul trapianto di rene. Appare inoltre quanto meno dubbia la tesi della non applicabilità dell'art. 5 c.c. in capo penale, soprattutto atteso il giusto riconoscimento delle scriminanti quali «norme generali dell'intero ordinamento giuridico» come tali pertanto senza dubbio limitabili anche da norme extrapenali». Inoltre secondo l'A. l'art. 50 c.p. «è più correttamente da porsi in relazione al diverso bene della libertà di autodeterminazione del paziente». V., altresì, L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo*, in *Riv. it. med.leg.*, 1986, 1022; A. ABBAGNANO TRIONE, *Considerazioni sul consenso del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 316 ss.*

⁸⁷ Così. G. AZZALI, *Trattamento sanitario e consenso informato*, cit., pp. 935, il quale precisa come, nonostante l'esito del trattamento si presenti incerto, se non infausto, «non per questo il trattamento smarrisce, sul fronte dell'interesse attivo, la propria rilevanza. La valutazione comparativa insita nell'informazione che presiede al consenso, in quanto tratta dalle conoscenze scientifiche che suggeriscono una determinata terapia e ne segnano la necessità e la misura, a fronte del suo contrapposto contenuto invasivo, è per ciò stesso

8. *La teoria della causa di giustificazione non codificata (o ultralegale). L'orientamento delle Sezioni Unite del 2008 in materia di fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica.*

In dottrina si sarebbe obiettato come, in realtà, il richiamo al consenso dell'avente diritto, stanti i limiti di cui all'art. 5 c.c., non sia affatto sufficiente a spiegare la liceità dei trattamenti medico-chirurgici. Si è detto: «[l]a chiave della scriminante è altrove». Essa riposerebbe in particolare in una scriminante *sui generis*⁸⁸; «[a]nche se il consenso può fungere, su questo terreno, da presupposto essenziale della liceità (ma non sempre! Non è certo che la mancanza di consenso del paziente basti a rendere il sanitario responsabile di lesioni o di omicidio, quando l'esito

formulata anche in considerazione dell'esistenza, ovvero dell'inesistenza di forme alternative di trattamento. L'interesse attivo che funge da causa di legittimità, in aderenza alla scelta del soggetto, sta dunque nella funzione terapeutica del trattamento, giusta tali conoscenze, cui corrisponde sia l'attesa del consenziente che l'aspettativa sociale congiuntamente contemplata dal comma primo dell'art. 32 della Costituzione, anche indipendentemente dall'effettivo conseguimento del risultato cui la stessa è rivolta».

88 C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, Varese, 1961, p. 144. Cfr. la posizione di L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, cit., p. 729, il quale afferma che «un intervento praticato *lege artis* non è assimilabile, suppur privo di consenso, a una qualsiasi ferita da arma da taglio. Il che implica, in termini giuridici, o escludere la tipicità stessa, quanto al delitto di lesioni, dell'aspetto invasivo di un trattamento chirurgico *lege artis* o, almeno, configurare l'indicazione terapeutica come scriminante. D'altra parte, se non vi fosse differenza, salvo il consenso, fra una generica condotta di lesioni e un atto medico-chirurgico eseguito *lege artis*, non si comprenderebbe perchè mai nei confronti di quest'ultimo il consenso possa andare esente dai limiti ordinari di ammissibilità previsti dalla legge a tutela dell'integrità fisica [...] Nè si capirebbe per quale ragione sia praticabile una terapia in favore del soggetto incapace di prestare consenso, anche al di fuori dello stato di necessità». Contra, R. RIZ, *Il trattamento medico*, cit., pp. 41-42, secondo cui «non è fondato, nè tantomeno necessario andare alla ricerca di una ulteriore causa di giustificazione, che: – se non fosse codificata, porterebbe a sostituire una causa di giustificazione qualificata dalla certezza di fatto (consenso realmente prestato) e di diritto (giustificazione ex art. 50 c.p.) con una causa comunque più incerta e discutibile; – se invece fosse codificata, costituirebbe un doppione inutile e per di più meno chiaro del consenso».

infausto consegua a un intervento deciso e condotto a regola d'arte [...]»⁸⁹. Ed invero, secondo un particolare orientamento, tale scriminante dovrebbe essere rappresentata direttamente dal trattamento medico stante l'*alto interesse sociale* cui l'attività medica corrisponde. Ciò appunto, non in tutti casi, ma soltanto in quelli in cui la condotta produca, nonostante l'osservanza delle regole cautelari, l'esito infausto⁹⁰.

La teoria della causa di giustificazione non codificata sarebbe stata oggetto di un rinnovato interesse attraverso l'ultima sentenza delle Sezioni Unite in materia di trattamento sanitario arbitrario (n. 2437/2008). In quell'occasione la Corte di legittimità ha in particolare affermato che «l'attività sanitaria [...] proprio perchè destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute [...] ha base di legittimazione [...] direttamente nelle norme costituzionali» e che «[s]e di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi

89 Così C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 144, secondo il quale «[l]a diversità con il consenso è di sostanza: con il consenso dell'art. 50 c.p. il soggetto dispone dei propri beni da arbitro insindacabile, libero di sacrificare interessi di considerevole peso a qualunque scopo gli piaccia, magari al capriccio. La concreta gerarchia degli interessi è funzione della libera scelta dell'interessato; [...]. Tanto fino a che gli interessi in gioco non esorbitino dalla disponibilità del soggetto. Varcato il limite, la scelta tra due interessi confliggenti, sia pure facenti capo al medesimo soggetto, diventa di competenza dell'ordinamento, il quale sovente si affida, per colmare le lacune del materiale normativo, alle valutazioni dominanti nella collettività. Nel bilanciamento degli interessi più non decidono le preferenze del singolo interessato, ma valutazioni in chiave di utilità sociale. Ciò che resta vero anche quando nel bilanciamento complessivo le preferenze dell'interessato continuano a pesare, e il consenso continua a essere un presupposto, ma non più il solo, della liceità».

90 F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1975, pp. 247 ss. Cfr. G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. pen.*, 1973, pp. 94 ss., il quale – a differenza dell'Antolisei e in maniera molto simile al Manzini, riterrebbe come tale causa non sia ricavabile tanto dal principio del bilanciamento degli interessi, comune alle varie cause di giustificazione codificate, quanto dall'estensione di specifiche scriminanti previste dal codice penale, come l'adempimento di un dovere, il consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità.

la presenza, nel sistema, di una sorta di "scriminante costituzionale", tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria [...] fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici»; e che «sarebbe davvero eccentrico continuare a rinvenire solamente nel consenso dell'avente diritto, di cui all'art 50 c.p., la base di semplice non anti giuridicità della condotta del medico».

9. Alcune riflessioni e prime conclusioni in tema di fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica. La concezione della tipicità come mera integrazione degli elementi costitutivi del fatto descritto dalla norma al cospetto della peculiare relazione tra libertà di autodeterminazione e bene giuridico-salute in ambito sanitario.

La maggior parte delle teorie che si sono confrontate sulla questione dell'individuazione dei presupposti di liceità del trattamento medico-chirurgico partono dal presupposto che il fatto materialmente cagionato costituisca in sé una lesione personale, come tale *tipica*, rappresentata dall'incisione dei tessuti del paziente o dalla resezione della parte malata del corpo ad opera del medico.

Con riferimento all'art. 582 c.p., in relazione al quale tanto si è dibattuto sotto il profilo della penale rilevanza del trattamento sanitario eseguito in assenza di consenso oppure contro il rifiuto del paziente, la norma richiede quale suo requisito costitutivo essenziale il cagionamento di un fatto lesivo dal quale derivi una malattia nel corpo o nella mente.

Dal punto di vista tipico, dunque, potrebbe apparire che per poter esprimere un primo giudizio di conformità del fatto al tipo descritto, sia per l'appunto sufficiente il concorso di tre elementi: la condotta, l'evento malattia ed il nesso di causalità tra i primi due.

Questa la posizione sostanzialmente assunta nella maggior parte delle teorie considerate, nel momento in cui sostengono che il trattamento medico-chirurgico costituisce un fatto corrispondente a quello tipico descritto dall'art. 582 c.p.

Alla base di una lettura formalistica della disposizione che incrimina le lesioni personali vive una concezione della tipicità che assegna un valore giuridico, già da un punto di vista intrinseco, alla constatazione di un evento significativo dal punto di vista naturalistico, ovvero la lesione dell'integrità fisica del soggetto passivo, e su cui il legislatore, nella selezione degli elementi essenziali che concorrono a disegnare il fatto penalmente rilevante, ha inteso incentrare – mediante il riferimento all'elemento-malattia – il suo contenuto di disvalore⁹¹.

In dottrina si è, in particolare, argomentato che «non v'è dubbio che vi siano beni rispetto ai quali un problema di tutela penale non si pone in presenza di un valido consenso del loro titolare alla condotta altrui: tale è il caso, in particolare, dei delitti di libertà, la cui lesione è logicamente

91 Per una spiegazione in termini netti di questa concezione v. F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., p. 168, laddove afferma: «dietro la tesi della radicale atipicità del trattamento medico-chirurgico sembra celarsi un fraintendimento di fondo sulla funzione e sul significato dei giudizi di "tipicità" ed "antigiuridicità" nella teoria generale del reato. La valutazione in termini di "tipicità" (ossia di conformità della condotta allo schema disegnato da una norma incriminatrice) ingloba certamente, in un diritto orientato al principio di offensività un primo giudizio di disvalore: fatto "tipico" non può che essere un fatto offensivo dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Ma questo primo livello di disvalore ben può essere integralmente neutralizzato dal valore positivo di cui lo stesso fatto risulti eventualmente portatore, allorchè sia compiuto in presenza degli estremi di una causa di giustificazione: la quale rende pienamente lecito il fatto in ogni settore dell'ordinamento, in quanto espressione non già di una eccezionale rinuncia dello Stato alla propria potestà punitiva, bensì in quanto attributiva di una facoltà, o addirittura di un dovere, di realizzare il fatto. Il fatto (tipico ma) giustificato non è (lecito ma) un pò meno lecito del fatto in radice atipico: è un fatto lecito tout court, perchè conforme alle pretese e agli interessi dell'ordinamento, anche se per avventura offensivo di un interesse di solito tutelato dal diritto penale».

pensabile solo contro la volontà, ovvero in presenza di una volontà viziata, del loro titolare (un rapporto sessuale volontario, non integra, ovviamente, alcuna lesione consentita della propria libertà sessuale, bensì un mero atto di esercizio della libertà stessa). *Vi sono però altri beni di natura individuale, come appunto la vita e l'integrità fisica, che sono concettualmente offendibili malgrado il consenso del titolare alla loro lesione, e che l'ordinamento entro dati limiti continua a tutelare pur in presenza di tale consenso*[corsivi nostri]. D'altra parte, la tutela oggettiva dei beni in questione non può – alla luce del principio personalistico che informa il vigente ordinamento costituzionale – essere spiegata mediante il richiamo ad un interesse collettivo alla loro conservazione [...], ma va fondata sull'esigenza di tutelare il bene nell'interesse dello stesso titolare, quanto meno contro le conseguenze più gravi ed irreparabili che deriverebbero dall'atto di disposizione (essendovi in generale validi motivi per presumere che, in tali ipotesi, la volontà del soggetto – anche se non viziata in senso tecnico – possa tuttavia non essere del tutto libera, per es. per la presenza di condizionamenti di natura economica)». Inoltre, la tesi che attribuisce al consenso l'effetto di escludere la tipicità «[finirebbe] per individuare l'oggetto di tutela non nel bene giuridico oggettivamente considerato (vita, integrità fisica, ecc.), bensì nella libertà di disposizione del bene stesso; ma una tale (ri)definizione dell'oggetto di tutela non può valere allorchè il titolare sia incapace (per ragioni di età o di infermità di mente) di disporre del bene: con conseguente necessità di una diversa considerazione dell'oggetto di tutela a seconda delle

caratteristiche soggettive del suo titolare, malgrado l'unicità della norma incriminatrice»⁹².

Con riferimento alla prima delle obiezioni sollevate, il problema da risolvere concernerebbe dunque la possibilità di individuare, in generale, una categoria di beni astrattamente offendibili malgrado il consenso del titolare; si tratterebbe di capire se un interesse a considerare rilevante, dal

92 Così, F. VIGANÒ, sub *Art. 50 – Consenso dell'avente diritto*, in *Codice penale commentato*, cit., p. 803, secondo cui «il fondamento della scriminante deve essere individuato nel bilanciamento tra tali interessi, e non già in una supposta carenza di interesse dell'ordinamento alla tutela del bene alla cui lesione il titolare abbia consentito: anche i beni di natura strettamente individuale [...] conservano sempre agli occhi dell'ordinamento una loro dignità di tutela "oggettiva", che può di volta in volta prevalere o soccombere di fronte all'opposta istanza di tutela dell'autodeterminazione individuale». Cfr. in merito le contro-argomentazioni di S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, pp. 296-297. Secondo l'Autrice, in particolare, «la presenza nel nostro ordinamento di fattispecie in cui, esplicitamente o implicitamente, il consenso è considerato causa di esclusione del fatto tipico, non può che giustificarsi sulla base della considerazione di quei beni individuali secondo una visione soggettiva»; «un'opzione del genere non ha senso, tuttavia, se non è riferibile a tutti i beni individuali, proprio perchè incentrata sul rapporto tra soggetto e bene e sulla valorizzazione di quest'ultimo quale strumento di autorealizzazione del suo titolare. Così come il patrimonio o la libertà sessuale, anche la libertà personale in genere, o la integrità fisica, o la dignità o la vita, dunque, non possono che essere visti come compendio di due elementi: il substrato oggettivo e, componente imprescindibile, la libertà di autodeterminazione del soggetto». L'Autrice, infine, osserva che «[n]on si tratta di differenziare l'oggetto della tutela penale a seconda che sia o meno individuabile un soggetto di titolare del bene capace di autodeterminarsi. L'esclusione della tipicità del fatto è condizionata, invece, alla esistenza di una libera autodeterminazione del titolare che, come già più volte precisato, deve essere oggetto di accertamento concreto e rigoroso». V. altresì, C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1996, p. 126 s., secondo cui «[l]a ragione decisiva per ritenere che ogni consenso efficace escluda la tipicità risiede nella concezione liberale del bene giuridico, orientata all'individuo, da me sostenuta. Se i beni giuridici servono al libero sviluppo della personalità del singolo, non può esserci lesione di un bene giuridico quando un'azione si fonda su di un atto di disposizione del titolare del bene giuridico, che non ostacola il libero sviluppo della sua personalità, ma, al contrario ne è espressione. [...] Lo stesso vale per la lesione personale (§ 223). Certamente esistono, in questo caso, dei limiti al potere individuale di disposizione (§ 226 a); quando questi vengono superati, il consenso non ha valore, nè di causa di esclusione della tipicità, nè di causa di giustificazione. [...] L'effetto di esclusione della tipicità del consenso risulta, dunque, non soltanto dal diritto consuetudinario o dall'adeguatezza sociale dell'azione che

punto di vista dell'ordinamento, la lesione dell'integrità fisica e psichica possa essere salvaguardato tramite di una nozione di tipicità imperniata sulla materiale produzione dell'evento, salvo poi riconoscere eventualmente al consenso (o ad altre cause di giustificazione, come visto) una valenza giustificante nei confronti del fatto materialmente verificatosi⁹³.

In dottrina è stato sostenuto, in particolare, come la questione della separazione tra tipicità e antiggiuridicità abbia una natura puramente formalistica giacchè non vi sarebbero ragioni per considerare un fatto

*si basa sul consenso stesso (per quanto entrambe le tesi siano condivisibili), ma direttamente dalla libertà d'azione costituzionalmente garantita dall'art. 2 I GG; il suo esercizio da parte del consenziente rende impossibile la contemporanea lesione di un bene giuridico di cui è titolare e, quindi, la realizzazione di un fatto tipico. [...] Se si traducono in categorie dommatiche queste considerazioni di principio sulla libertà d'azione sancita dalla Costituzione, sulla funzione del diritto penale e sulla teoria del bene giuridico, ne risulta che un consenso efficace fa venir meno il disvalore d'evento e, con esso, il disvalore d'azione ed il tipo del reato». Cfr. la posizione di F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, p. 373 s., il quale afferma: «sembra difficile sfuggire alla convinzione che il consenso dell'avente diritto abbia una natura ancipite. L'area della sua efficacia è riconducibile, per una parte all'esercizio di quel potere di autodeterminazione la cui presenza rende penalmente irrilevante il fatto perchè inoffensivo e atipico; per un'altra parte è riconducibile al bilanciamento degli interessi com'è caratteristico del meccanismo giustificativo. La linea di demarcazione è data dalla natura dell'atto dispositivo del bene. Quando si tratta di atti che, secondo le correnti valutazioni sociali, non implicano alcun sacrificio o menomazione per la personalità del titolare, essi si collocano nella sfera di una disponibilità incondizionata ed indifferenziata tipica dell'esercizio di un potere di autodeterminazione: così, ad esempio, il taglio dei capelli o delle unghie come anche una minima limitazione della libertà personale, se consentiti sono incondizionatamente leciti perchè totalmente inoffensivi. Diversamente, nelle ipotesi di atti implicanti comunque un obiettivo sacrificio, un "costo" per il soggetto che li subisce, la possibilità di validamente disporre – e dunque di un consenso dotato di efficacia scriminante – è subordinata alla considerazione dell'interesse per cui il soggetto rinuncia al bene, sopporta il sacrificio. [...] Con la conseguenza che la possibilità di disporre dei propri beni con tali atti verrà a dipendere dal bilanciamento effettuato tra l'entità oggettiva del "sacrificio" in essi implicato e il valore a cui quel sacrificio è strumentale».*

⁹³ Sul punto cfr. F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, pp. 436 ss.

giustificato dall'ordinamento "meno lecito" di un fatto ritenuto atipico. Ed infatti non si può certo affermare che le correnti che riconducono il consenso all'art. 50 c.p., assegnino per ciò solo meno valore al medesimo, intanto proprio a partire dalla equiparazione dell'atto medico all'atto lesivo.

Tuttavia, giunti a questo punto del discorso, occorre domandarsi se una tale concezione della tipicità, slegata dal rapporto con il titolare del bene giuridico tutelato, abbia il senso d'esser difesa anche quando un problema in termini di offendibilità del bene salute si ponga contemporaneamente a quello di offesa della libertà di chi ne dispone; anche, dunque, in quelle situazioni in cui il bene salute si ponga in stretta relazione con la libertà di autodeterminazione del suo titolare.

Tale relazione, che da tempo rappresenta il nucleo centrale delle numerose fonti esistenti in materia di trattamenti sanitari, è stata definitivamente certificata attraverso la fondamentale e recentissima legge n. 219/2017, la quale costituisce una delle più importanti affermazioni in tema di riconoscimento del ruolo del consenso informato in ambito medico.

Come si è visto, con tale provvedimento il Parlamento – sulla scorta di decisivi *imput* provenienti dalla riflessione giuridica contemporanea, dopo la via apertagli dalla Corte costituzionale con la fondamentale sentenza n. 438/2008 – ha riconosciuto la massima ampiezza del diritto all'autodeterminazione terapeutica, fino al diritto del paziente di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti contrari alla propria volontà.

All'art. 1, rubricato «Consenso informato», il primo comma dispone che «[l]a presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»; ed in coerenza con questo, il comma sesto stabilisce che «[i]l medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

Il consenso informato rappresenta, dunque, un requisito fondamentale di legittimazione dell'attività medica e costituisce l'espressione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente. Non si tratta, tuttavia, dell'affermazione di un diritto di morire ma di un *diritto umano* a non subire trattamenti sanitari in assenza oppure contro la propria volontà, anche quando il rifiuto di una determinata cura possa comportare la morte.

Dal punto di vista penalistico, la previsione di un *diritto/dovere* in capo al paziente di prestare il proprio consenso, prima di effettuare un qualsiasi tipo di trattamento, non solo equivale al riconoscimento *del diritto all'inviolabilità personale*, ma anche e soprattutto a ribadire il presupposto dell'*appartenenza del corpo soltanto alla persona*. Qualcuno potrebbe essere tentato nel dire che a tale appartenenza consegua,

dunque, una disponibilità del bene giuridico integrità fisica/vita da parte del suo titolare.

Senonchè nello scioglimento di tale complesso e delicato nodo, una affermazione positiva con esclusivo riferimento, lo si ribadisce, ai trattamenti sanitari, deve essere necessariamente riportata a quanto stabilito dalla legge e dalla Costituzione, che non vuol altresì significare l'implicazione di un divieto in un qualche altro senso (si pensi ad es. alla problematica concernente la c.d. eutanasia attiva).

In particolare, guardando alle fonti richiamate, il tema della disponibilità dei beni giuridici vita ed integrità fisica deve essere rapportato sia al *diritto di non subire trattamenti sanitari contro la propria volontà*, ma anche al *dovere del medico di non compromettere la salute del paziente, intesa anche come benessere fisico e psichico, a prescindere da una condizione di malattia pregressa*. Tale dovere costituisce nella sostanza un limite a tale disponibilità, giacchè – al di fuori di una necessità terapeutica, o di una rinuncia, o di un rifiuto delle cure – non sarebbe consentito al paziente di esigere dal medico prestazioni che possano compromettere in modo permanente la sua salute; ed il consenso eventualmente prestato dovrebbe essere considerato invalido. Sembra evidente, pertanto, che in una prospettiva in cui il consenso elimini la tipicità, il problema dei limiti alla disponibilità del bene giuridico salute in relazione ai trattamenti sanitari possa efficacemente essere discusso sul piano dei requisiti richiesti per la sua concreta validità.

Tornando alla questione su cui insiste la presente riflessione, occorre seriamente domandarsi se la questione che investe la separazione tra tipicità e antigiuridicità debba ritenersi coerente con la visione del

consenso emergente dal quadro costituzionale ed espressa in modo definitivamente chiaro con la legge n. 219/2017.

Secondo un certo orientamento, ad esempio, una distinzione tra consenso che elimina la tipicità e consenso che giustifica l'offesa al bene giuridico – nell'ambito dei trattamenti sanitari – può essere rintracciata tramite di un'analisi della natura dell'atto medico posto in essere. Così, qualora esso abbia natura terapeutica, il fatto si dovrà considerare atipico; mentre nel caso di trattamento non terapeutico (come nella sperimentazione o nei casi di chirurgia estetica e plastica senza indicazione medica), il consenso svolgerà soltanto una funzione scriminante. Tale impostazione non mi sembra condivisibile. E non perchè non ritengo che le lesioni poste in essere dal medico in assenza di esigenze terapeutiche non siano tali di fatto da un punto di vista naturalistico. Non lo sono nè più nè meno di quelle effettuate all'interno di un piano terapeutico⁹⁴. Ma attribuire solamente alle prime una etichetta di tipicità, significherebbe a mio avviso assegnare alla condotta un coefficiente di disvalore maggiore, che viene a dipendere unicamente dall'operare al di fuori di un dovere del medico di curare, quasi che l'assunzione del consenso in tali casi sia più

94 Una posizione analoga, nell'ordinamento tedesco, è espressa da C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, cit., p. 136: «gli Autori che ritengono che l'intervento terapeutico non realizzi il fatto tipico, ma attribuiscono al consenso solo valore scriminante, intendono considerare, senza eccezioni, realizzata la fattispecie delle lesioni personali, dal momento che il paziente subisce «temporaneamente una più o meno estesa lesione della sua integrità fisica». Ma in un'operazione clinicamente indicata succede esattamente lo stesso! Comunque, per quanto riguarda il risultato finale, l'intervento di chirurgia estetica bene riuscito può essere utile al benessere psico-fisico proprio quanto un intervento terapeutico in senso stretto. Anche nell'ipotesi estrema che qualcuno si faccia picchiare per masochismo, traendone un senso di piacere fisico, non si comprende come possa essere offeso il bene giuridico tutelato nel § 223».

importante che in quelli in cui egli agisce a scopo terapeutico, con inevitabile ed ingiustificata disparità di trattamento tra attività tutte ugualmente autorizzate dalla legge a condizione che il medico acquisisca il consenso e rispetti le condizioni per il suo legittimo esercizio.

10. L'impossibilità di procedere ad una valutazione della condotta del sanitario in termini di tipicità prescindendo da un contestuale accertamento di tutti i requisiti che governano l'esercizio dell'attività medica.

In virtù del ruolo centrale assegnato al consenso informato a protezione del diritto alla salute e della libertà personale del paziente, ritengo, dunque, che non sia possibile parlare di lesione del bene giuridico integrità fisica o psichica *in senso penalmente rilevante* senza verificare contestualmente l'illiceità dell'azione sanitaria.

La mera alterazione anatomica, o se si preferisce, il peggioramento delle condizioni fisiche del paziente da soli non rilevano laddove manchi l'accertamento dei requisiti (inerenti alla condotta) che ne determinano la penale rilevanza.

Ed invero, l'ingresso nell'area del penalmente rilevante dipende innanzitutto da un primo requisito, che è costituito dall'assenza del *consenso informato* del paziente. Anche assumendo una nozione giuridica di malattia, non posso dire se c'è lesione *rilevante* del bene giuridico integrità fisica senza valutare contestualmente la presenza di tutti i requisiti richiesti dal contesto cui afferisce la condotta dell'agente. Per questo motivo non condivido quell'orientamento della dottrina che fa della violazione del consenso tutta soltanto una questione di lesione della libertà di autodeterminazione.

Allo stesso modo, se si intende sposare la concezione che colloca il consenso sul piano della tipicità, non può essere obliterata ogni riflessione riguardante i rapporti intercorrenti tra "consenso che elimina la tipicità" e l'eventuale violazione delle regole cautelari che governano un determinato trattamento.

Occorre, allora, interrogarsi sul fondamento dell'illiceità della condotta sanitaria qualora il medico sbagli l'intervento consentito causando delle lesioni al paziente. Con riferimento a tale problematica, ritengo che l'intervento sanitario condotto in violazione delle *leges artis* non possa ritenersi coperto dal consenso prestato dal paziente; e non per qualche causa ascrivibile alla sua invalidità, ma perchè un altro dei requisiti di legittimazione dell'attività medica è rappresentato dal rispetto delle *leges artis*; pertanto, pur rimanendo nelle facoltà del singolo la scelta se denunciare o meno un determinato evento lesivo colposo, il fatto compiuto in violazione delle regole cautelari non potrebbe che considerarsi *tipico* dal punto di vista dell'ordinamento penale.

Compito dell'ordinamento è, infatti, quello di predisporre le condizioni affinché da una tale attività, pur intrinsecamente pericolosa ma di indubbia rilevanza sociale, i singoli individui possano trarre tutela in relazione ai beni giuridici disponibili; mentre la rinuncia a tale tutela da parte dell'individuo è questione che nulla ha a che vedere con l'integrazione del fatto a livello di *tipicità*.

Il *consenso informato*, in definitiva, elimina la tipicità dell'atto medico purchè siano rispettati *sia* i limiti di validità inerenti al medesimo; *sia* quelli che riguardano l'esercizio dell'attività medica in senso stretto; tutti

fattori, invero, dipendenti dal grado di evoluzione di una determinata società.

Così, con riferimento alle ipotesi di interventi chirurgici o terapeutici in cui il margine di errore da parte del sanitario è connesso alla peculiare difficoltà dell'intervento, il consenso informato sarà, a mio avviso, in grado di eliminare la tipicità dell'atto lesivo posto in essere⁹⁵.

11. L'irrilevanza della fattispecie di cui all'art. 579 c.p. dopo la legge n. 219/2017.

Una delle conseguenze del riconoscimento del diritto di autodeterminazione terapeutica nell'accezione della rinuncia o del rifiuto nei confronti di un determinato trattamento sanitario è quella costituita dal ridimensionamento della posizione di garanzia del medico sancita *ex art. 40 c.p.*

⁹⁵ Una posizione analoga, con riferimento al sistema tedesco, è assunta da C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, cit., p. 135 s.: «[r]ispetto alle lesioni personali, l'opinione dominante – in contrasto con la giurisprudenza – ha sempre considerato non tipiche le lesioni all'integrità fisica che recano benefici (cioè gli interventi terapeutici indicati dal punto di vista medico e compiuti *leges artis*), indipendentemente dalla volontà del paziente, negando in tali casi la presenza di un «danno alla salute» ai sensi del § 223. Se ciò sia esatto, è una questione di interpretazione del § 223, che qui non può essere discussa più approfonditamente. Tuttavia, il problema si relativizza considerevolmente se si considera il consenso come schudente la tipicità, perché allora un intervento terapeutico che avviene d'accordo con il paziente non è tipico già in virtù del consenso. [...] Tuttavia fin quando il codice penale tedesco non conterrà una fattispecie di trattamento terapeutico non autorizzato, qual era prevista nel Progetto di riforma del 1962 (E 1962) al § 162, permarrà l'ineludibile necessità politico-criminale di considerare protetto dal § 223 anche il diritto all'autodeterminazione sulla propria integrità fisica, per cui, in mancanza del consenso, si dovrà punire per lesione personale. Proprio lo stesso deve valere, però, anche per interventi che non perseguono finalità terapeutiche, per esempio per un'operazione di chirurgia estetica».

Tale posizione, infatti, non giunge mai ad annullarsi del tutto ma è sempre volta, seppur in qualche forma, alla tutela del paziente. Ciò è testimoniato, ad esempio, dal comma 7 dell'art. 1, laddove dispone che «[n]elle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla»; ovvero dall'art. 2 – rubricato «*Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita*» – il quale, ai primi due commi dispone che: «1. Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38. 2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente». Ad ogni modo, di fronte al rifiuto o alla rinuncia alle cure da parte del paziente, verrà meno l'obbligo del medico di intervenire o di proseguire un determinato trattamento.

Da ciò deve necessariamente concludersi che, nel caso in cui il valido rifiuto o la valida richiesta di interruzione delle cure comporti la morte

del paziente, il medico non potrà essere ritenuto responsabile per omicidio del consenziente. È, infatti, una corretta valorizzazione della stretta relazione esistente tra bene giuridico-salute e diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente a condurre in questa direzione, ossia nel senso dell'esclusione del fatto tipico (sia che tale esclusione sia imputata all'eliminazione del nesso causale per il venir meno della posizione di garanzia facente capo al medico; sia che si ritenga che il fatto, seppur causato da un punto di vista naturalistico, non assuma disvalore per il diritto penale).

12. La questione della interpretazione dei limiti previsti dall'art. 5 c.c.

Una delle problematiche da sempre rappresentate con riferimento al riconoscimento di una valenza al consenso quale presupposto di legittimazione dell'attività medica è quella che riguarda il suo incontro con i limiti previsti dall'art. 5 c.c., il quale recita: «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume».

Per lungo tempo una parte della dottrina ha ritenuto che lo scopo della norma fosse quello di vietare non solo gli atti di disposizione in

positivo⁹⁶, ma anche i comportamenti negativi od omissivi che si traducano in una menomazione permanente della integrità fisica⁹⁷.

Tale lettura, tuttavia, deve ritenersi definitivamente superata. Essa, infatti, appare inconciliabile con il quadro emergente a livello costituzionale che all'art. 32 non solo riconosce il diritto a ricevere le cure, in vista del quale può rendersi necessaria una menomazione permanente dell'integrità fisica del suo titolare; ma che per via dell'art. 13 Cost. sancisce il diritto a non subire trattamenti sanitari in assenza oppure contro la propria volontà, anche quando il rifiuto opposto dal paziente dovesse riguardare le cure necessarie alla stessa vita. A ciò deve

96 L'entrata in vigore dell'art. 5 c.c. con il nuovo codice, è legata in particolare ad un fatto verificatosi alcuni anni prima. In particolare, nell'agosto del 1930, lo studente Paolo Salvatori venne a sapere dell'intenzione, da parte di alcuni medici del reparto in cui era ricoverato, di tentare nei confronti di un cliente brasiliano il c.d. innesto Voronoff (omoplastico). Essendo il facoltoso cliente alla ricerca di un giovane sano e robusto che fosse disponibile a cedere un testicolo dietro pagamento, lo studente pensò di offrirsi all'esperimento. Il 27 agosto 1930 subì l'ablazione della ghiandola sessuale sinistra. La Procura del Re, informata dell'accaduto dalla questura e dall'opinione pubblica, iniziò a carico dei medici responsabili dell'intervento un procedimento penale per lesioni personali gravi (art. 372 n.1. c.p. 1889). La perizia medico-legale accertò che il Salvatori aveva avuto una malattia di soli otto giorni, il tempo che fu necessario affinché la ferita derivante dall'intervento guarisse del tutto; che l'ablazione del testicolo non aveva provocato alcunchè di morboso; ed anche per quanto riguarda gli effetti sul lungo termine, non arrivò ad alcuna specifica conclusione. Per questi motivi, il Tribunale di Napoli con sentenza del 28 novembre 1931, ritenuta l'insussistenza del fatto, assolse gli imputati; sentenza confermata anche dalla Corte d'appello e dalla Corte Suprema di Cassazione, la quale peraltro modificò la formula della assoluzione, riconoscendo la tipicità del fatto di reato scriminata dal consenso dell'offeso. Sostengono, ad esempio, che la sfera di applicazione della norma debba essere limitata agli atti negoziali, G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente*, cit., p. 9; F. GIARDINA, *Libertà fondamentali dell'individuo e tutela della salute*, in AA.VV., *Il diritto alla salute*, a cura di D. Busnelli e U. Breccia, Bologna, 1979, p. 104; P. RESCIGNO, *Libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di A. Asquini*, vol. IV, Padova, 1975, p. 1657. Nello stesso senso anche R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Dir. Soc.*, 1981, p. 534; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., p. 229 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 80.

97 V. M. SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 402 s.

aggiungersi, altresì, un'accezione del diritto alla salute in senso ampio, che contempla il dovere del medico di assicurare la salute fisica e psichica del paziente anche al di fuori di una finalità terapeutica; nonché il corrispondente divieto per il paziente di esigere prestazioni che si traducano, senza una obiettiva necessità, in una violazione di tal diritto (artt. 2 e 32 Cost., primo e secondo comma).

Sotto quest'ultimo profilo, a mio avviso, il ruolo dell'art. 5 c.c. non potrebbe che essere quello di costituire un inutile doppione di quanto già previsto in Costituzione, al di fuori ossia della rinuncia, del rifiuto e del consenso ai trattamenti sanitari aventi finalità terapeutica. E sempre all'ambito delle coordinate definite dalla Costituzione si ritiene debba essere ricondotta anche la disciplina delle direttive anticipate di trattamento, contenuta nella legge n. 219/2017, le quali non possono essere certamente equiparate ad atti di disposizione del proprio corpo nei termini di cui all'art. 5 c.c.

CAPITOLO TERZO

PER UNA RIDEFINIZIONE DELLA RESPONSABILITÀ NEL TRATTAMENTO SANITARIO ARBITRARIO

PARTE PRIMA

DEL CONCETTO DI MALATTIA NEL TRATTAMENTO SANITARIO ARBITRARIO

SOMMARIO: 1. I parametri delineati nella sentenza delle Sezioni Unite del 2008 (imp. Giulini) per la ricostruzione del concetto di malattia e la definizione di esito fausto. 2. Il diritto all'integrità fisica come diritto

all'inviolabilità corporea, ossia come corollario del diritto a non subire trattamenti sanitari in assenza oppure contro la propria volontà. 3. Il diritto all'integrità fisica come diritto a privilegiare il proprio status quo, fisico e psichico. L'alterazione fisica e psichica come evento penalmente rilevante ex. art. 582 c.p.

1. I parametri delineati nella sentenza delle Sezioni Unite del 2008 (imp. Giulini) per la ricostruzione del concetto di malattia e la definizione di esito fausto.

In base alla ricostruzione operata dalle Sezioni Unite del 2008 in tema di definizione dell'evento "malattia", quale elemento costitutivo richiesto dall'art. 582 c.p., questo deve intendersi come l'unione di due componenti: "un frammento "definitorio" – la lesione –" ed un ulteriore evento – la malattia –, la quale dal primo deriva e ne costituisce la specificazione. Tale ulteriore evento è il vero oggetto dell'elemento psicologico giacchè «pensare che questa "conseguenza" sia estranea alla sfera dell'elemento psicologico, equivale ad estrapolare dall'evento del reato un solo elemento definitorio, frantumandone, arbitrariamente, l'unitarietà che ad esso ha ritenuto di imprimere il legislatore». «Una diversa interpretazione – afferma la Corte – non solo appare inaccettabile da un punto di vista di disamina "strutturale" della fattispecie – giacchè la malattia finirebbe per atteggiarsi alla stregua di una "eccentrica" condizione obiettiva di punibilità – ma anche in grave frizione con il principio di colpevolezza, sancito dall'art. 27 Cost., comma 1, per il quale, secondo la costante interpretazione ad esso data dalla Corte costituzionale (v. da ultimo, la sentenza n. 322 del 2007 e le altre *ivi* richiamate) – è postulato un coefficiente di partecipazione psichica del

soggetto al fatto, rappresentato quanto meno dalla colpa, in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica, fra i quali non può non essere annoverata proprio la "malattia"»⁹⁸.

Così individuato il presupposto per poter formulare un giudizio di responsabilità, ne deriva che «[s]e, dunque, si cagiona sul derma dell'individuo una soluzione di continuo che può integrare la nozione di "lesione", ciò è ancora inconferente, sul versante del trattamento medico-chirurgico, agli effetti della integrazione del precetto, se ad essa non consegua una alterazione funzionale dell'organismo»⁹⁹.

Quanto al discorso concernente l'esatta definizione di *malattia*, essa secondo la Corte deve essere intesa alla stregua di un peggioramento delle condizioni di salute del paziente a seguito dell'intervento praticato dal medico. Una valutazione del tipo, secondo la Corte di legittimità, deve essere effettuata in aderenza ad una lettura oggettiva della situazione in cui versa il paziente, la quale non può che essere compiuta in base ai dettami della scienza medica, e non ai «diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa», evidentemente giudicati troppo "soggettivi" perchè intimamente legati alla percezione che ognuno ha di sè.

Tale affermazione riceve tuttavia alcuni contemperamenti. Ed infatti, con brevissimo distacco, la Corte aggiungerà che «ad evitare [...] che possa essere soltanto la "monologante" scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, negligendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo», «per esito fausto dovrà

⁹⁸ Cass. pen., ss. uu., Giulini, 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437.

⁹⁹ *Idem*.

intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente».

Le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente verranno in rilievo, dunque, soltanto nel caso in cui il medico abbia effettivamente prospettato alternative concretamente praticabili, rispetto alle quali valutare e, quindi eventualmente, riposizionare il corretto agire medico.

Non solo. Dalle argomentazioni della Corte sembra di poter evincere altresì che, nel caso in cui il medico non abbia fornito al paziente una informazione esaustiva circa le alternative ipotizzabili, non sia del tutto preclusa una qualificazione dell'esito anche attraverso una equiparazione tra il risultato raggiunto e quello raggiungibile attraverso un'altra tipologia di intervento. Ovvero, che non sia da escludere una valutazione in termini di opportunità dell'intervento nell'ambito delle possibili opzioni terapeutiche; certo, molto meglio se anche alla luce dell'opinione personale del paziente, la quale dovrà essere presa necessariamente in considerazione anche laddove manifestata indirettamente.

La Corte, in definitiva, muove da una concezione di salute basata innanzitutto sul positivo superamento della patologia preesistente e sul conseguente miglioramento della salute del paziente. Laddove però – si affretta a precisare – esistano alternative (concretamente praticabili), rispetto alle quali *inoltre* il paziente abbia manifestato espressamente o indirettamente la sua opinione, e queste non siano state prese in

considerazione dal medico, spetterà al giudice valutare se l'esito conseguito possa qualificarsi come fausto.

Si tratta di eccezioni attraverso le quali la Corte si ricongiunge con una nozione di malattia più sfumata, dove la qualificazione dell'operazione diventa – come sembra – il risultato di un bilanciamento tra l'esito conseguibile con una diversa tipologia di intervento (rispetto alla quale in ipotesi il paziente aveva espresso la sua opinione) e quello tecnicamente corretto raggiunto con l'intervento effettuato.

Le Sezioni Unite riassumono: «ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, *in riferimento, anche* alle eventuali alternative ipotizzabili, *e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente* medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 c.p., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 c.p.» [corsivi nostri].

Anche sulla base di queste ultime formulazioni si può concludere che "di malattia o di esito infausto" potrà eventualmente parlarsi nelle seguenti ipotesi: il paziente abbia espresso un dissenso nei confronti di un trattamento, poi effettivamente praticatogli; il paziente abbia scartato possibilità di trattamento alternative a quella concordata con il medico; il paziente abbia direttamente o indirettamente manifestato una preferenza per altre tipologie di trattamento illustrategli dal medico; ed infine, come a me sembra, nell'ipotesi in cui – in assenza di indicazioni del paziente –

sia il giudice a ritenere il trattamento praticato inopportuno rispetto a soluzioni alternative, magari anche meno invasive del trattamento eseguito in assenza di consenso¹⁰⁰.

Certamente, allorchè il giudice non possieda altri strumenti, all'infuori di quelli fornitigli dalla scienza medica, per valutare il concreto operato del sanitario, il giudizio avrà prevalentemente basi scientifiche e sarà meno aderente alla persona del paziente, per quanto non deve essere escluso che in tale giudizio possano rilevare elementi riguardanti la storia clinica di quest'ultimo.

Quello che semmai manca tra le righe – a mio modo di vedere – è una valorizzazione del risultato conseguito dal medico indipendentemente dall'esistenza di alternative praticabili; è "l'in sè" dell'intervento, la sua capacità di incidere obiettivamente nella vita di chiunque assuma le vesti di quel determinato paziente¹⁰¹.

100 Tale interpretazione sembra dubbia a F. VIGANÒ, sub *Art. 50 c.p.*, cit., p. 832, laddove afferma che "[a]nche laddove un dato trattamento, non previamente consentito dal paziente e arbitrariamente attuato dal medico al di fuori di una situazione di urgenza terapeutica, abbia raggiunto il proprio obiettivo secondo i dettami della buona pratica clinica o chirurgica, le sue conseguenze ben potrebbero risultare troppo gravose, o addirittura intollerabili per il paziente, al quale soltanto sarebbe spettata la valutazione se sottoporsi o meno all'intervento".

101 Cfr. sul punto, M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 465, secondo cui «il dato da evidenziare [...] è [...] soprattutto la completa estromissione del profilo soggettivo della percezione che il paziente ha in ordine al proprio benessere fisico e psichico. Questa prospettiva si allontana da un concezione personalistica di salute, costituzionalmente fondata, perchè è del tutto assente la percezione individuale del proprio stato di salute e del carico di sofferenze che un certo intervento può comportare, in termini di decorso post-operatorio e di esito finale, con vanificazione del diritto del paziente a privilegiare il proprio stato attuale rispetto a quello che, a valutazione clinica, può costituire un miglioramento "oggettivo" delle condizioni di salute. A favore della soluzione della Corte va, tuttavia, addotto lo sforzo di trovare una soluzione di equilibrio tra diritto di autodeterminazione del paziente ed esercizio dell'attività medica. [...] se portassimo alle estreme conseguenze l'applicazione di una nozione soggettiva di salute, qualunque intervento praticato senza consenso dovrebbe allora rilevare come lesione personale, qualora la valutazione clinica divergesse dalla

Non si riesce a comprendere, altrimenti, come un'operazione di salpingectomia dalla quale (probabilmente) è derivato un indebolimento della capacità di procreazione della paziente, possa essere qualificato obiettivamente alla stregua di un esito "fausto". Termine, quest'ultimo, che con riferimento al caso trattato dalla Corte non soltanto sembra posto in riferimento esclusivo all'eliminazione della patologia preesistente, ma addirittura non sembra nemmeno rispecchiare la nozione di malattia ufficialmente accolta dal collegio.

Ciò posto, immaginando di compiere un salto all'indietro nel tempo e di dover *ad oculum* applicare i principi espressi nella sentenza ad uno dei casi giurisprudenziali analizzati nel corso di questa trattazione, dovremmo poter concludere che l'impianto di un ano artificiale in seguito all'asportazione di una neoplasia ritenuta benigna, in assenza di consenso, al di fuori di una obiettiva urgenza terapeutica e nella praticabilità, seppur non agevole, di altra strategia chirurgica, costituisce un esito infausto, in quanto la possibilità di ricorrere ad un trattamento meno invasivo magari avrebbe consentito una qualità di vita migliore alla paziente, la quale probabilmente non sarebbe nemmeno morta nonostante l'età e la gravità delle condizioni in cui versava.

Uno dei problemi che, peraltro, potrebbe profilarsi durante il compimento di simili delicate valutazioni è quello che riguarda l'effettività di successo del trattamento alternativo. Ciò, ovviamente, soltanto qualora manchi una qualche forma di adesione da parte del paziente, atteso che in quest'ultimo caso il rispetto della volontà prevale

valutazione personale del paziente, con ciò che ne seguirebbe sul piano del contenzioso giudiziario».

sulla tipologia dell'esito anche se lo stesso sia stato raggiunto nell'osservanza delle *leges artis* che governano il trattamento.

Inoltre, laddove il medico avesse ottenuto il consenso a pratiche alternative, e l'esito conseguito sia stato complessivamente infausto perchè ad es. più invasivo di quello raggiungibile procedendo in maniera differente, quale sarà il titolo di responsabilità in cui incorrerà il medico? Di tale questione, in particolare, tenteremo di fornire un inquadramento nel prosieguo della presente ricerca.

3. Esito fausto come miglioramento delle condizioni di salute del paziente, da un lato; malattia come apprezzabile riduzione delle funzionalità dell'organismo dall'altro.

Allorchè si intenda condividere l'impostazione fatta propria dalla Corte, non ci si può esimere dal verificare se premessa e conclusioni coincidano.

In particolare, la Corte da un lato afferma che per malattia deve intendersi una riduzione apprezzabile delle funzionalità dell'organismo; dall'altro, ritiene che di malattia non possa parlarsi ogni qual volta il medico operi per il miglioramento delle condizioni di salute del paziente. Dunque, una riduzione apprezzabile delle funzionalità potrà aversi solamente in concomitanza con un fatto peggiorativo dello stato di salute del medesimo.

È giocoforza ritenere che il c.d. esito fausto non potrà coincidere con la presenza di una malattia, nei termini di una riduzione apprezzabile delle funzionalità dell'organismo, laddove l'intervento sia stato condotto

correttamente mirando al supremo obiettivo, ossia alla salvaguardia della salute del paziente.

Senonchè, sul punto, la posizione della Corte si fa via via sempre più sfumata. Qualora il paziente, antecedentemente all'intervento, abbia espresso una preferenza verso un'opzione terapeutica alternativa e ciò non ostante sia stato effettuato un altro intervento, nel giudizio che concerne la qualificazione dell'esito dovranno confluire anche le dichiarazioni da lui direttamente o indirettamente manifestate. *Quid iuris* nel caso in cui la paziente avesse scartato la *salpingectomia*?

Se tale tipologia di intervento non può essere considerata alla stregua di un fatto che cagiona una riduzione apprezzabile di funzionalità, l'esito non dovrebbe qualificarsi come infausto; a meno che, non si intenda allargare la base di giudizio per far confluire al suo interno una concezione di salute più ampia, che va oltre l'assenza di una malattia secondo una accezione meramente funzionalistica¹⁰².

102 Sul punto, cfr. M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, cit., p. 465. il quale rileva: «[n]ella opzione della Cassazione c'è evidentemente l'esigenza di assicurare alla nozione di malattia una determinatezza tanto più sentita quanto più questa nozione viene ad interferire con la responsabilità penale e tanto più quando si tratta di valutare la responsabilità del sanitario nel delicato compito di effettuare scelte terapeutiche in corso di intervento: la Cassazione vuole evitare di esporre il medico ad un rischio penale troppo elevato. Tuttavia è possibile tenere conto delle valutazioni del paziente in altro modo. L'attenzione va rivolta al quantum di divergenza tra intervento assentito ed intervento effettuato: se la divergenza non è tale da procurare un decorso post-operatorio gravoso o non modifica in modo apprezzabile le condizioni di vita del paziente rispetto a quelle a cui avrebbe condotto l'intervento assentito, allora l'esito dell'intervento è fausto e non sussiste responsabilità del medico. Se, invece, dall'intervento eseguito deriva un decorso post-operatorio significativamente più gravoso rispetto a quello assentito o se le nuove condizioni di vita del paziente mutano in modo significativo rispetto a quelle che sarebbero derivate dall'intervento inizialmente concordato, allora si produce quella alterazione funzionale in cui consiste la malattia e ciò anche se, ad un'avalutazione clinica, l'intervento è stato condotto nel rispetto delle leggi dell'arte medica ed ha avuto esito favorevole»

4. Il diritto all'integrità fisica come diritto all'inviolabilità corporea, ossia come corollario del diritto a non subire trattamenti sanitari in assenza oppure contro la propria volontà.

Tra i beni che costituiscono oggetto delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dalla Costituzione e tutelate a garanzia del diritto alla salute, il diritto all'integrità fisica rappresenta indubbiamente quello a cui l'ordinamento ha assicurato la protezione più risalente e costante.

Il diritto all'integrità fisica risulta per sua natura connesso con il diritto alla libertà personale e si risolve, pertanto, nella pretesa a che terzi, soggetti pubblici o privati, non pregiudichino tale integrità.

Con riferimento all'esercizio dell'attività medica, il diritto all'integrità fisica possiede un duplice contenuto: innanzitutto, esso riguarda il diritto ad una corretta esecuzione della stessa, di talchè una sua violazione potrebbe essere ammessa soltanto entro i limiti posti dal rischio consentito. Proprio per questa ragione, qualora il paziente abbia acconsentito al trattamento, egli avrà pienamente accettato anche i rischi fisiologicamente ricollegabili all'intervento; ma non avrà messo in conto quelli derivanti da un eventuale comportamento colposo del sanitario. Una simile valutazione non è seriamente pensabile, a meno che si ritenga di assegnare una validità al consenso anche nei confronti di trattamenti che si pongono in contrasto con la finalità per cui sono autorizzati dall'ordinamento, ossia la tutela della salute dei singoli. Egli inoltre non avrà accettato nemmeno i rischi derivanti da un ipotetico intervento da lui non autorizzato e praticatogli senza soluzione di continuità; così come l'atto dal quale è incominciata la sua esposizione al rischio non consentito (ossia l'intervento).

Ecco allora che si manifesta il secondo volto del diritto all'integrità fisica, che consiste nel diritto a non subire trattamenti sanitari in assenza oppure contro la propria volontà. In tale forma, il diritto all'integrità fisica risulta inscindibilmente connesso con il diritto all'autodeterminazione terapeutica, giacchè l'unica via per assicurare una proficua tutela del suo contenuto è quella illuminata dal consenso informato. Dunque, è obbligo del medico acquisire il consenso informato del paziente prima di procedere ad un determinato trattamento nei suoi confronti, poichè è solo attraverso l'esercizio di tale diritto che il paziente presta il consenso ad una invasione della propria sfera corporea tramite l'intervento, ed esprime la sua prontezza ad affrontare i rischi potenzialmente ricollegabili alla natura di quest'ultimo.

In generale, alla visione del bene giuridico come entità composta¹⁰³ è stato obiettato di «individuare l'oggetto di tutela non nel bene giuridico oggettivamente considerato [vita, integrità fisica, ecc..], bensì nella libertà di disposizione del bene stesso», anche quando la volontà dell'ordinamento sia quella di tutelare il bene nell'interesse stesso del suo titolare, «quanto meno contro le conseguenze più gravi ed irreparabili che deriverebbero dall'atto di disposizione¹⁰⁴. Ragioni, queste, per le quali l'orientamento in questione preferirebbe considerare il consenso alla stregua di una causa che elimina l'antigiuridicità della condotta, la cui operatività, quindi, «dipenderà in definitiva dal bilanciamento tra le

103 S. TORDINI CAGLI, *Profili problematici del consenso al trattamento medico*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 43, la quale partendo dal modello teorico di spiegazione secondo il quale la libertà di autodeterminazione non è un qualcosa di esterno alla salute ma «entra a far parte della sua essenza, del suo contenuto», giunge ad affermare che nell'ambito del trattamento medico-chirurgico la mancata acquisizione del consenso «offenderebbe, sempre, la salute, anche nel caso di esito fausto dell'intervento: una tale condotta, infatti, offenderebbe l'autodeterminazione del paziente sulla propria salute che è parte integrante del bene stesso». Nel senso della massima valorizzazione del diritto all'integrità fisica come estrinsecazione dell'esercizio della libertà personale da parte dell'individuo, a prescindere dall'esito fausto o infausto del trattamento sanitario subito, ovvero a prescindere dall'esistenza o meno del suo consenso, logicamente perviene anche chi, in dottrina – muovendo da presupposti differenti – sostiene che "*ogni intervento medico (e certamente ogni intervento chirurgico) provoca nell'immediato una perturbazione del benessere psico-fisico del paziente, e produce una sofferenza fisica e psichica (nuova e distinta rispetto a quella connessa allo stato patologico preesistente) che incide direttamente sulla sua salute*"; che "*ogni intervento medico si risolve al tempo stesso in una interferenza con il diritto fondamentale all'integrità fisica della persona, e cioè con il diritto (riconosciuto dagli artt. 2, 13 e 32 c. 2 Cost. nonché dall'art. 3 della Carta europea dei diritti dell'uomo) a non subire intrusioni indesiderate da parte di terzi nella propria sfera corporea – diritto che non solo costituisce il nucleo del diritto all'autodeterminazione terapeutica oggi unanimemente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e civile, ma che a ben guardare costituisce proprio il bene giuridico tutelato in via primaria dalle norme in tema di lesioni personali*". Così F. VIGANÒ, sub *Art. 50 c.p.*, in *Codice penale commentato*, fondato da E. DOLCINI, G. MARINUCCI, diretto da E. DOLCINI, G.L. GATTA, Tomo I, Artt. 1-113, IV ed., Milanofiori Assago, 2015, p. 833.

104 Così F. VIGANÒ, sub *Art. 50 – Consenso dell'avente diritto*, in *Codice penale commentato*, cit., p. 803.

ragioni di tutela "oggettiva" del bene protetto dalla norma incriminatrice e le opposte ragioni di tutela dell'autodeterminazione del suo titolare»¹⁰⁵. Sennonchè, è stato osservato come «oggetto di tutela nei reati contro la persona non sarebbe, naturalmente, la libertà individuale *tout court* – altrimenti si giungerebbe alla conseguenza paradossale che tutti i reati contro i beni giuridici individuabili dovrebbero offendere in realtà un unico bene – ma un "settore" particolare, una forma di manifestazione di quella più generale libertà, tutelata nella sua complessità dal § 240 del codice penale tedesco (violenza privata), rispetto al cui ambito di azione, dunque, si riscontrerebbe solo una parziale sovrapposizione. Secondo la maggior parte delle linee interpretative in questione, il legislatore definirebbe infatti, attraverso il rapporto persona-oggetto, la base per la creazione di ambiti di tutela in riferimento ai quali l'individuo sarebbe libero di disporre del bene, e quindi anche di consentire ad una offesa da parte di soggetti terzi»¹⁰⁶.

Tale concezione affonda le proprie radici in una tesi interpretativa di origine tedesca risalente agli anni Settanta, improntata ad un modello di spiegazione del bene giuridico individuale definito "modello dell'integrazione" (*Integrationmodell*), in contrapposizione al c.d. modello della collisione-bilanciamento (*Kollisionsmodell*)¹⁰⁷.

105 F. VIGANÒ, sub *Art. 50 – Consenso dell'avente diritto*, in *Codice penale commentato*, cit., p. 804.

106 Così S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 195.

107 S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 143 ss. In generale si distinguono una concezione oggettiva del bene giuridico, basata sul riconoscimento di un valore autonomo allo stesso, slegato dal suo rapporto con il titolare e tutelato indipendentemente dalla volontà del singolo; nella quale dunque il consenso, stante la contrapposizione tra beni, viene interpretato come causa di giustificazione; ed infine una concezione soggettiva del bene giuridico individuale, la quale concependo il bene come

Con riferimento al bene dell'integrità fisica, nell'ambito dei trattamenti sanitari, tale relazione risulta evidente; ed è stata ribadita anche dalla legge n. 219/2017, la quale ha recepito in via definitiva, come più volte ribadito all'interno della presente ricerca, quanto affermato dalla stessa Costituzione all'art. 32, riconoscendo al consenso informato il ruolo di fondamento di liceità del trattamento sanitario. L'assenza di una espressa previsione del consenso quale elemento costitutivo delle fattispecie previste a tutela del bene giuridico integrità fisica e psichica, non può per ciò solo ostacolare una visione del bene in questione come strettamente legato alla libertà personale del suo titolare, si da contribuire da sola alla edificazione di un limite tacito nell'applicazione dell'art. 582 c.p.

5. Il diritto all'integrità fisica come diritto a privilegiare il proprio status quo, fisico e psichico. La lesione della salute del paziente come evento penalmente rilevante ex. art. 582 c.p.

Una delle obiezioni sollevate in dottrina con riferimento ai principi statuiti nella sentenza delle Sezioni Unite del 2008 riguarda l'esclusione, dal giudizio sulla qualificazione dell'esito, della dimensione del diritto alla salute strettamente inerente alla libertà di cura, ovvero al diritto a non subire trattamenti terapeutici e *a fortiori* chirurgici senza aver fornito il proprio consenso informato¹⁰⁸.

mezzo per l'autorealizzazione del singolo titolare, a seconda che consideri la volontà come elemento costitutivo del bene o alla stregua di un dato esterno al bene stesso, può condurre alla interpretazione del consenso come causa di esclusione della tipicità oppure mantenersi nell'ambito delle teorie che riconducono il consenso al piano dell'antigiuridicità.

108 F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato*, cit., p. 1827, il quale osserva: «[u]na tale dimensione di tutela non era certo estranea alle intenzioni del legislatore storico con riguardo al delitto di cui all'art. 582 c.p.; è oggi corroborata dalle indicazioni provenienti dal diritto costituzionale; ed è certamente posta in causa da un intervento

Ad ogni modo, si osserva, «[s]e la stessa Cassazione definisce la malattia come un «*processo patologico evolutivo*, necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo», allora [...] pressochè ogni trattamento chirurgico produce una malattia, integrata dal *decorso postoperatorio*, nonché dalle *alterazioni anatomiche e funzionali* provocate non solo dall'incisione dei tessuti, ma anche dalla resezione delle parti del corpo malate. Conseguenze, tutte, che compromettono indubbiamente la *funzionalità* dell'organismo del paziente, in un arco di tempo di durata variabile secondo la natura e l'importanza dell'intervento, determinando così una *alterazione del suo benessere fisiopsichico*; e che comportano anzi, sia pure in diversa misura in relazione alla gravità dell'intervento, una situazione di *sofferenza* per il paziente – una sofferenza, si noti, nuova e diversa rispetto a quella precedente all'intervento. [...] Quelle sofferenze però non potranno essere considerate penalmente "neutre", "inoffensive" soltanto perchè strumentali al raggiungimento (in futuro) di un risultato desiderabile secondo la scienza medica; ma resteranno fatti *offensivi* dell'individuale benessere fisiopsichico dell'individuo»¹⁰⁹ [corsi dell'Autore].

*chirurgico che si risolve in una intrusione del corpo del paziente. Poco importa, in quest'ottica, se un simile intervento sia funzionale al bene del paziente, e/o si risolva effettivamente (ex post) in un beneficio per la sua salute: proprio in quanto intrusione corporea, l'intervento costituirà oggettivamente una interferenza con quel diritto costituzionale, e al tempo stesso una offesa ad un interesse che non può aprioristicamente dirsi estraneo alla sfera di tutela dell'art. 582 c.p.». Contra, A. MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 1288, secondo cui il decorso post-operatorio, in caso di esito felice, non appare equiparabile al concetto di malattia poichè esso è finalizzato a far riacquistare al paziente la piena funzionalità dell'organismo, precedentemente menomata dal morbo.*

¹⁰⁹ Così F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato*, cit., p. 1828.

Il punto merita una attenta disamina richiamandosi ancora una volta l'interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di salute.

In particolare, ai sensi degli artt. 32, primo e secondo comma, e 13 Cost., il diritto alla salute contempla: a) il diritto a ricevere le cure; b) il diritto a non subire lesioni della propria salute individuale; c) ed, infine, il diritto all'intangibilità del corpo, ossia a non subire trattamenti contrari alla propria volontà.

Con riferimento alla seconda accezione, il diritto alla salute si manifesta non solo, come diritto ad una prestazione corretta da parte del sanitario; ma anche come diritto a non subire lesioni del proprio corpo.

Con riferimento a tale ultimo significato, la tutela della salute viene in rilievo come diritto del paziente all'integrità fisica, ossia come diritto di privilegiare il proprio stato di benessere fisico e psichico, indipendentemente da un pregresso stato di malattia, il quale a sua volta costituisce l'espressione dell'esercizio di un più ampio diritto di libertà, quello all'autodeterminazione terapeutica.

Proprio per questo motivo, la sua violazione è suscettibile di venire in rilievo anche indipendentemente da una inosservanza delle regole che governano l'attività medica, alla quale invece sarebbe necessariamente legata nel caso del trattamento consentito (si pensi all'eventualità in cui la cicatrice derivante dalla rimarginazione dei tessuti sia sproporzionata rispetto al tipo di intervento richiesto).

Ciò premesso, l'obiezione sollevata in dottrina circa la perfetta corrispondenza tra le lesioni derivanti dal trattamento medico-chirurgico e la nozione medico-legale di malattia, sembra cogliere soltanto parzialmente nel segno della questione. Se da un lato, infatti, non vi sono

ostacoli al ritenere che anche la lesione subita dal paziente a seguito dell'intervento non consentito in nulla differisca dalla malattia intesa come processo patologico, morboso, evolutivo che può andare tanto verso la guarigione perfetta quanto verso la morte del paziente (in ciò non diversamente da un altro intervento chirurgico consentito ed eseguito correttamente); dall'altro, la necessità di cogliere il senso delle definizioni andando oltre un'apparente incoerenza generata dalla specificità dei linguaggi del sapere, spinge per sottolineare come, in termini clinici e non giuridici, ciò che conta è l'eliminazione della pregressa malattia nel pieno rispetto di tutte le regole dell'*arte medica*; mentre non rilevano le alterazioni anatomiche, così come pure quelle funzionali, ed il decorso postoperatorio, quando appunto fisiologicamente ricollegabili all'intervento condotto con diligenza, prudenza e perizia. Non può infatti non prendersi atto di come la malattia abbia sempre costituito l'*id quod plerumque accidit* degli interventi condotti in violazione delle regole dell'arte medica, al punto da poter definire, quella tra alterazione funzionale e profilo colposo della condotta medica, una relazione consolidata.

Il punto allora non starebbe tanto nello stabilire chi, in definitiva, abbia dalla sua parte la ragione: se chi sostiene che per malattia – ex art. 582 c.p. – debba intendersi anche la mera alterazione anatomica, o chi invece invochi a sua integrazione solo ed esclusivamente un'alterazione funzionale, ancorchè provocata da un'alterazione anatomica¹¹⁰. Starebbe

110 La questione, in realtà, è stata sempre stata anticipata dalla dottrina sul piano della qualificazione in sè dell'atto medico-chirurgico. Cfr., *ex multis*, D. RODRIGUEZ, *Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 ottobre 1990 della Corte d'Assise di Firenze*, cit., p. 1159, secondo il quale «l'errore di fondo è costituito dalla

semmai nel comprendere se una simile concezione di salute, collegata alla eliminazione e alla non insorgenza di una ulteriore patologia, non debba informarsi ad una piena valorizzazione del consenso informato, eleggendolo a suo presupposto.

Partendo dal presupposto che una alterazione del benessere fisico e psichico si riscontra a seguito di ogni intervento (anche quando il paziente abbia accettato, non è detto che egli per ciò solo si sentirà meglio o uguale a prima), in una prospettiva tesa a valorizzare il consenso informato come fondamento di liceità dell'attività medica non può continuare a ragionarsi come se il fine fosse sempre, solo ed esclusivamente quello della eliminazione della patologia, giacchè se di salute vuol parlarsi, occorre tenere conto che il diritto all'integrità fisica è

aprioristica mancata considerazione della caratteristica della evolutività che fa parte integrante del concetto di malattia anche se il Guardasigilli si dimenticò di ricordarlo nell'arcinota definizione del termine «malattia» che compare nella Relazione ministeriale sul progetto definitivo del codice penale (parte II, p. 379). Solo dimenticandosi che la malattia è un processo dinamico, si può, ragionando del delitto di lesione personale, pensare alla stessa come «stato di guarigione» da un processo patologico e su questa condizione, statica e successiva a quella che dovrebbe essere presa in esame, soffermare l'attenzione, come sembrano soprattutto fare i numerosi sostenitori della teoria che prende le mosse da quanto suggerito nel 1914 da Grispigni, per cui nell'atto chirurgico (specie se con esito fausto) mancherebbe sempre il «fatto tipico» del reato. Nessuno nega che attraverso un intervento chirurgico possa ottenersi lo stato di salute, ma questo viene realizzato grazie ad un'alterazione cruenta dello stato anteriore, che è essa stessa malattia, alla quale potrà residuare il miglioramento delle condizioni cliniche ancorchè con postumi comportanti, ad esempio, indebolimento permanente d'un senso o d'un organo o la perdita loro o di un arto (semprechè, ovviamente, in funzione della patologia di base a carico del senso, dell'organo o dell'arto, lo stesso sia suscettibile di – ulteriore – indebolimento o non fosse – almeno funzionalmente – addirittura già perduto). Il discorso in punto di malattia non cambia anche se si enfatizza il fatto che il soggetto operato è già portatore di un substrato morboso; rispetto a quest'ultimo, infatti, l'alterazione connessa all'intervento chirurgico è indubbiamente un fatto nuovo e diverso. E ciò è indubbio da un punto di vista tanto anatomico (anche quando non è amputante, l'intervento tende comunque a coinvolgere – se non altro per creare le opportune vie d'accesso – strutture ulteriori oltre a quella direttamente interessata dalla forma patologica operata) che funzionale (le alterazioni chirurgiche – almeno fino a una prima fase postoperatoria – comportano deficit più importanti rispetto a quelli della patologia di base)».

il diritto di privilegiare il proprio *status quo*, *fisico e psichico*; il che per nulla coincide con l'imposizione di uno nuovo da parte di terzi, che anzi per il paziente può corrispondere ad una "malattia".

Lo stesso obbligo di osservanza delle regole cautelari è posto a presidio dell'integrità fisica; e ciò, in una visione del rapporto medico-paziente informata al consenso, non solo in quanto si debba convenire che è nell'interesse dell'intera collettività che l'attività medica mantenga la sua funzione di utilità sociale, ma anche in quanto è un diritto del paziente quello di preservare il proprio stato di salute senza che lo stesso venga ulteriormente alterato dall'intervento per effetto della violazione delle leggi dell'arte medica.

A fortiori dovrebbe dunque ritenersi che quando l'intervento non sia consentito dal paziente, gravi sul medico un obbligo di natura corrispondente: quello di non esporlo ad alcuna lesione della propria integrità fisica, *rectius* ad alcuna alterazione del proprio benessere fisico e psichico.

PARTE SECONDA

IL VERSANTE OGGETTIVO E SOGGETTIVO DELLA CONDOTTA ARBITRARIA ADOTTATA

Sommario: *1. La delimitazione del rischio consentito nei trattamenti sanitari. 2. La configurazione del consenso informato come regola cautelare volta a prevenire eventi non consentiti dal paziente. Criticità di questa impostazione. 3. L'adempimento di un dovere come fondamento di liceità del trattamento eseguito in assenza di consenso e in condizioni di urgenza terapeutica. 4. La problematica individuazione dell'elemento psicologico in relazione al trattamento sanitario arbitrario. 5. Profili applicativi della colpa impropria nella prospettiva di una configurazione*

del dolo con riferimento alla violazione dell'integrità fisica del paziente. 6. Per una ridefinizione a titolo colposo della responsabilità per trattamento sanitario arbitrario. Il dovere di astensione come regola cautelare volta a prevenire una lesione della salute del paziente. La "non irragionevolezza" della condotta dal punto di vista medico come possibile discrimen tra colpa e dolo eventuale.

1. La delimitazione del rischio consentito nel trattamento sanitario.

Il superamento di una impostazione paternalistica nella visione del rapporto medico-paziente in favore del pieno riconoscimento del diritto di autodeterminazione di quest'ultimo, che si è visto intrinsecamente legato al diritto di non subire alterazioni del proprio benessere fisico e psichico, non può non comportare, ad avviso di chi scrive, una ridefinizione dei contrassegni che normalmente delimitano, nell'attività medico-chirurgica, il c.d. *rischio consentito*.

Rischio consentito è una espressione normalmente utilizzata per definire i limiti della responsabilità penale con riferimento all'esercizio di attività pericolose ma consentite dall'ordinamento in vista della loro utilità sociale.

Per ciò che concerne l'ambito considerato, il rischio consentito è delimitato dall'osservanza delle regole dell'arte medica, le quali hanno come scopo il contenimento o la riduzione dei rischi normalmente connaturati all'esercizio della professione sanitaria.

In altri termini, soltanto laddove il medico violi tali regole e di conseguenza provochi un danno al paziente, potrà a ragione parlarsi di un superamento del rischio consentito dall'ordinamento, giacchè a fronte di una condotta negligente, imperita o imprudente, l'interesse ad uno svolgimento dell'attività non può ritenersi preminente rispetto alla tutela

della salute umana. Ed invero è nel rispetto delle *leges artis* che tale interesse trova la base per la sua continuazione a beneficio della collettività; quanto è vero, d'altro canto, che l'interesse ad uno svolgimento dell'attività medica può certamente ritenersi prevalente di fronte all'eventualità dell'errore umano.

Allorchè il medico operi correttamente e ciò nonostante l'intervento si concluda con un peggioramento della salute del paziente, egli non potrà essere chiamato a rispondere dell'evento causato dalla sua condotta. Ciò, a mio avviso, non solo per la mancanza di un nesso normativo strettamente inteso tra condotta ed evento; ma anche per la preventiva accettazione da parte del paziente dei rischi fisiologicamente ricollegabili alla tipologia di operazione intrapresa. Si potrebbe dire a riguardo, in sintonia con la nostra visione del consenso, che il rischio non solo è consentito dall'ordinamento, ma anche dal paziente.

Per questo motivo, non possiamo convenire con quella parte della dottrina che, nel tentativo di fissare le basi per una ipotetica responsabilità a titolo colposo, contempra come unico dovere del medico quello di rispettare le regole cautelari inerenti al trattamento arbitrariamente effettuato¹¹¹; o che prospetti come soluzione un confronto tra i rischi previamente accettati dal paziente e quelli posti in gioco dal trattamento diverso da quello voluto, al fine di verificare se vi sia stato un aumento del *rischio consentito*¹¹².

111 F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., pp. 405 ss.

112 P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 135 s., secondo cui, come riportato all'interno del primo capitolo «[c]iò che conta – ai fini dell'esclusione della responsabilità colposa ex artt. 589 o 590 c.p. – è che il medico, con la sua condotta "non autorizzata" dal consenso informato, non abbia aumentato il rischio originario (concretizzatosi nell'esito infausto nonostante il suo intervento *lege artis*), nè abbia creato

Si tratta di visioni che privilegiano una concezione di salute di natura obiettiva, comprovata dalla negazione della responsabilità nel caso di esito fausto dell'intervento; e che trascurano un dato fondamentale, muovendosi in direzione opposta rispetto ad una piena valorizzazione del diritto di autodeterminazione terapeutica. Tale dato è rappresentato dalla funzione del consenso come requisito di liceità della condotta medica; come requisito fondante l'obbligo di cura.

Senza consenso, eccettuati i casi in cui il paziente al momento del ricovero si trovi in stato di incapacità di intendere e di volere, non sorge alcun obbligo; ma semmai un dovere di astensione del medico.

È solo nel momento in cui il paziente fornisce il proprio consenso informato che le basi dell'agire medico possono essere contenute entro il più stretto limite dell'obbligo di rispettare le regole che governano il trattamento. Ma laddove il consenso manchi, continuare a ravvisare soltanto nel rispetto di tali regole gli estremi del rischio consentito, equivale a non rendersi conto che il medico è già al di fuori di quel rischio; equivale a fingere che in realtà un consenso all'atto medico sia stato prestato dal paziente, quando nulla di ciò è avvenuto.

E d'altronde, come sarebbe valutata la condotta del medico che, al di fuori dell'urgenza, abbia eseguito correttamente un trattamento dopo aver costretto il paziente a subirlo?

rischi collaterali tradottisi essi stessi in eventi lesivi». Nello stesso senso, M. PELISSERO, Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente, in Dir. pen. proc., 2009, p. 465.

2. La configurazione del consenso informato come regola cautelare volta a prevenire eventi non consentiti dal paziente. Criticità di questa impostazione.

Secondo l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza, l'obbligo di acquisizione del consenso informato del paziente non può assurgere a regola cautelare; di tal che non sarebbe possibile fondare una responsabilità colposa del sanitario sulla mancata assunzione del consenso informato del paziente. Più in particolare, l'acquisizione del consenso non svolgerebbe alcuna funzione precauzionale degli eventi infausti, i quali dipenderebbero unicamente dalla violazione delle *leges artis*. Va premesso peraltro come tale impostazione non intenda precludere alla colpa un possibile spazio di operatività nell'ipotesi di assenza del consenso: laddove, infatti, una mancata sollecitazione del consenso del paziente abbia impedito al medico di acquisire tutte le informazioni necessarie a formulare un'anamnesi completa (es. l'allergia ad un farmaco, l'affezione da una patologia x), allora le eventuali lesioni o morte provocate al paziente potranno essere addebitate a titolo di colpa¹¹³.

Nei confronti di questo indirizzo, una parte della dottrina avrebbe obiettato che «quando il chirurgo opera nel rispetto delle *leges artis* rapportate al tipo di intervento, si trova all'interno di un'area di rischio

113 Come si è espressa di recente la Corte di cassazione, in piena sintonia con le formulazioni della sentenza delle Sezioni Unite n. 2437/2008 «*in questa evenienza, il mancato consenso rileva non direttamente, ma come riflesso del superficiale approccio del medico all'acquisizione delle informazioni necessarie per il corretto approccio terapeutico*» (così Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2015, n. 21537; nello stesso senso, Cass. pen., sez. V, 24 novembre 2015, n. 16678). Tra quelle meno recenti si rinvia per tutti a Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 2008, n. 32423.

lecito laddove sussista il consenso del paziente: in tal caso la sua responsabilità penale è esclusa se deriva un evento infausto, in quanto il paziente, dando il proprio consenso all'intervento, assume direttamente quella porzione di rischio dell'esito infausto, che non dipende dal rispetto delle regole precauzionali»¹¹⁴. Nel caso in cui, invece, non venga richiesto alcun consenso, «il paziente non può effettuare alcuna assunzione volontaria ed informata del rischio dell'esito infausto. In questo caso, la mancata acquisizione del consenso non si limita a violare la libertà di autodeterminazione del paziente, ma ne offende l'integrità fisica. In presenza, dunque, di un esito infausto, esistono margini per fondare la responsabilità a titolo di lesioni colpose proprio sulla mancata acquisizione del consenso, anche qualora le altre regole dell'arte medica siano state rispettate». Tale corrente di pensiero, che ha il pregio di evidenziare un aspetto a mio avviso centrale, rappresentato dal ruolo che il consenso ricopre nella delimitazione del rischio consentito, tuttavia, non tiene conto della diversità dei piani su cui il consenso informato e le regole cautelari sono chiamati ad operare. Come sottolineato nel paragrafo che precede, il consenso rappresenta un requisito di liceità dell'attività medica. Pertanto, solamente allorchè il consenso sia prestato dal paziente opererà il limite segnato dalle regole cautelari per l'esercizio dell'attività medica, al fine di ridurre o contenere i rischi derivanti da un determinato intervento. Diversamente, dove manchi il consenso, manca

114 M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, cit., p. 467 s., secondo il quale in particolare l'acquisizione del consenso avrebbe la precipua finalità di prevenire un peggioramento del benessere fisico e psichico del paziente.

un dovere di agire e si genera in capo al medico un dovere di astensione¹¹⁵.

3. *L'adempimento di un dovere come fondamento di liceità del trattamento eseguito in assenza di consenso e in condizioni di urgenza terapeutica.*

In proposito sono state elaborate varie teorie: ad avviso di una prima teoria, illustrata all'interno del secondo capitolo, il fatto dovrebbe sempre ritenersi giustificato da una scriminante non codificata, rappresentata dall'esercizio dell'attività medica.

Un'altra soluzione è stata affacciata dal lato del richiamo al c.d. *consenso presunto* del paziente. Con questa espressione si fa riferimento al consenso che, sulla base di certe circostanze, il paziente avrebbe verosimilmente fornito. Presupposti del consenso presunto in particolare sono: a) che il soggetto si trovi in stato di incapacità materiale a consentire; b) che sussista una situazione di necessità ed urgenza dell'intervento medico-chirurgico finalizzato alla tutela della integrità fisica e della vita del paziente¹¹⁶. Tali requisiti devono essere

115 In questo senso anche F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 185. Secondo l'A., in aggiunta, «la tesi in esame non spiega perchè il medico che non abbia preventivamente acquisito il consenso del paziente non possa rispondere per lesioni personali dolose, allorchè il risultato dell'intervento sia un complessivo peggioramento delle condizioni di salute del paziente. In effetti, una volta ammesso che, omettendo di acquisire il previo consenso del paziente, il medico oltrepassi la soglia del rischio consentito, e si muova quindi in un'area di illiceità, non si vede perchè la causazione dell'evento "peggioramento della salute" del paziente non possa essergli imputata oltre che a titolo di colpa [...], altresì a titolo di dolo eventuale, in tutte le ipotesi almeno in cui il medico abbia previsto e messo in conto la possibilità di un simile esito, per quanto in sè indesiderato».

116 A. BONELLI, A. GIANNELLI, *Consenso e attività medico-chirurgica: profili deontologici e responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 17, pt. p. 19, secondo cui mentre nell'ipotesi di emergenza vale la presunzione assoluta della necessità di un intervento medico immediato, nell'urgenza occorre richiamare il concetto di necessità per individuare

accompagnati dalla consapevolezza del medico di agire con la convinzione che se il paziente avesse potuto avrebbe consentito. Ciò suggerisce l'istinto di autoconservazione, ch'è alla base anche dell'esercizio della professione sanitaria¹¹⁷.

Infine, una ulteriore impostazione – piuttosto diffusa sia in dottrina¹¹⁸ che in giurisprudenza¹¹⁹ – è quella che si fonda sul richiamo della scriminante prevista dall'art. 54 c.p., rubricato *Stato di necessità*, ai sensi del quale: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo»¹²⁰.

La prospettazione di un ricorso all'art. 54 c.p. non è andata esente da critiche. Una prima obiezione contro il richiamo di tale scriminante è quella che osserva come, in riferimento ad esempio ai prelievi di organi,

la concreta attualità del pericolo.

117 A. BONELLI, A. GIANNELLI, *Consenso e attività medico-chirurgica: profili deontologici e responsabilità penale*, cit.; M. BILANCETTI, *Le conseguenze di rilevanza penale e civile del consenso invalido. Il consenso informato: un continente ancora da esplorare?*, in *Riv. it. med.leg.*, 2003, p. 955 s.; A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, pp. 150 ss.

118 R. RIZ., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., pp. 77 ss.; F. RAMACCI, R. RIZ, M. BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, p. 864; C. GUZZON, *Consenso e stato di necessità nell'atto medico*, in *Riv. pen.*, 1967, p. 674, secondo cui «perchè sia possibile l'atto medico, nell'uomo, occorrono dunque o il consenso di lui o lo stato di necessità»; L.D. CERQUA, *Consenso del paziente e responsabilità penale del medico*, cit., pp. 586 ss.

119 V., GIP Trib. Torino, ord. 15 gennaio 2013, con nota di J. DE LILLO, *Dissenso informato e trattamento sanitario salvavita terapeutico*, in *Archivio penale*, 2014, 1 ss.; GIP Tivoli, ord. 11 febbraio 2017, con nota di N. AMORE, *Dissenso informato alle emotrasfusioni e trattamento sanitario coatto*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 31 luglio 2017.

120 E. MEZZETTI, voce *Stato di necessità*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 670 ss.; C.F. GROSSO, voce *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 883 ss.; G. AZZALI, voce *Stato di necessità (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1971, 356 ss.

si finirebbe per legittimare «l'aggressione di qualsiasi persona vivente da parte del medico per prelevare da essa, anche contro la sua volontà, ciò che è urgentemente necessario per salvare altri»¹²¹.

Una seconda critica è quella che muove dall'inapplicabilità dell'art. 54 c.p. alla c.d. medicina preventiva che in genere ha ad oggetto pericoli futuri. Si pensi all'ipotesi in cui il medico, per timore di metastasi del tumore che abbia colpito una ovaia, proceda all'asportazione anche dell'altra senza il consenso del paziente¹²².

Contro tale argomento si sarebbe osservato come in realtà anche la medicina preventiva, nonché quella diagnostica hanno la finalità di

121 F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, cit., p. 242 ss., secondo il quale «[n]è a proteggerci contro tali pericoli vale, certo, la facile sicurezza di chi, in questa prospettiva, crede di ravvisare il toccasana nel limite, fra l'altro meramente utilitaristico, della proporzione tra il danno del donatore e il beneficio del ricevente [...]. Anche a prescindere del fatto che, ai sensi dell'art. 54 c.p., il rapporto di proporzione va posto non tanto tra tale danno e il pericolo in cui versa il ricevente, con la conseguente possibilità di una più ampia applicazione della scriminante; resta pur sempre fermo che l'esistenza della proporzione è legata al grado di progresso della chirurgia sostitutiva. [...] ciò che oggi è sproporzionato [...] può diventare proporzionato domani». Cfr. la diversa posizione di A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 41. «Codeste argomentazioni, pur degne del massimo rilievo, non persuadono. Va in primo luogo osservato che esse coglierebbero nel segno se lo stato di necessità operasse come unica causa di giustificazione dell'atto medico. Così però non è, in quanto l'opinione tradizionale è ricorso allo stato di necessità sempre in via subordinata e cioè nelle ipotesi in cui non sia stato possibile ottenere un valido consenso dal paziente. E che stiano le cose in tal modo anche in ordine ai trapianti, lo si può desumere dall'art. 4 della L. 26 giugno 1967, n. 458, sul trapianto del rene tra persone viventi, in cui è detto espressamente che lo stato di necessità opera solo se il ricevente non abbia potuto dare il suo consenso. Ciò che vale per il trapianto di rene non può non essere valido per ogni tipo di innesto, fra quelli consentiti dalla legge, in quanto l'opinione contraria [...] porterebbe, questa sì, in nome del ricorso esclusivo allo stato di necessità, non solo a permettere ogni tipo di trapianto, ma anche a rendere il medico arbitro assoluto della salute del paziente, in contrasto non tanto con l'art. 5 c.c., quanto, soprattutto, con l'art. 32, secondo comma, della Costituzione, secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge ed in ogni caso la legge medesima non può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

122 L'esempio è tratto da A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 50.

salvare il paziente da un pericolo attuale di un danno alla sua persona e che «a tal fine non ha certo rilevanza distinguere tra atti preventivi o meno»¹²³.

Un altro limite sarebbe rappresentato dal fatto che il pericolo non debba essere altrimenti evitabile, mentre nell'ambito dell'attività medico chirurgica, soprattutto con riferimento alle terapie più complesse nonché a quelle sperimentali, possono profilarsi un numero notevole di varianti¹²⁴. Una ulteriore obiezione è poi quella che fa leva sul presupposto della involontaria causazione del pericolo. Non sarebbero dunque leciti gli interventi in cui il medico abbia dapprima concorso ad aggravare la situazione patologica della paziente e poi l'abbia eliminata provocandogli una diminuzione permanente dell'integrità fisica¹²⁵.

Per tutte queste ragioni una parte della dottrina avrebbe ritenuto lo stato di necessità non idoneo a giustificare tutte le ipotesi di trattamento medico-chirurgico in relazione a cui il paziente non sia in grado di manifestare la propria volontà e vi sia un pericolo urgente per la vita o la sua salute¹²⁶.

Ad avviso di scrive, peraltro, con riferimento alle ipotesi di trattamento eseguito in assenza di consenso del paziente in condizioni di urgenza terapeutica, è una motivazione di carattere normativo-ontologico quella che non consente di condividere il richiamo del consenso presunto e

123 R. RIZ., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., p. 82.

124 A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 51, il quale sottolinea come in questi casi l'operazione non potrebbe essere giustificata nè dal consenso, stanti i limiti di cui all'art. 5 c.p., nè dallo stato di necessità.

125 A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 51.

126 Cfr. la posizione di G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, cit., pt. pp. 98 ss., il quale avrebbe ritenuto più opportuno ricorrere alla scriminante giustificata della c.d. *necessità medica*.

dello stato di necessità. Come a più riprese evidenziato nel corso della presente ricerca, la funzione del consenso informato è quella di delimitare i confini della posizione di garanzia del medico. Qualora tali confini non siano stati tracciati dal paziente perchè impossibilitato ad esprimere un consenso, è nel bilanciamento tra il valore della libertà personale e quello del diritto alla vita e all'integrità fisica che il dovere di agire medico ritrova una sua dimensione costitutiva, che va a favore della tutela dei secondi ma, in una dimensione attenta alla tutela della libertà del paziente, viene circoscritta ai casi di urgenza terapeutica.

Ciò considerato, sembrerebbe più opportuno il riferimento alla scriminante dell'adempimento di un dovere del medico di agire a tutela dei beni giuridici appartenenti al paziente.

Dunque, «non di facoltà di tratta, bensì di un obbligo»¹²⁷. In dottrina, si sarebbe rilevato come «è lo stesso rispetto per la (presumibile volontà del paziente) che in queste ipotesi fa dipendere decisamente la bilancia in favore dell'*obbligo* di intervento: essendo ragionevole che il paziente, se fosse stato in condizioni di esprimere un consenso, certo lo avrebbe espresso, optando, come è naturale in simili frangenti, in favore della propria sopravvivenza»¹²⁸. Sennonchè chi scrive ritiene che la fonte di un tale obbligo non debba essere tanto rintracciata in un consenso presunto del paziente, ma in un precipuo dovere del medico di assicurare

127 F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 530.

128 F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit. In questo senso, in giurisprudenza si è posta anche Pretura di Roma, ud. 3 aprile 1997, imp. *De Vivo e altri*, con nota di D. TASSINARI, *Emotrasfusioni e libera autodeterminazione dell'individuo*, in *Crit. Dir.*, 1999, p. 105, p. 107.; e di A. VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 1426 ss.

il diritto alle cure qualora egli si trovi nell'impossibilità di acquisire il consenso del paziente e quest'ultimo versi in una condizione di pericolo per la vita o per la sua salute.

Nell'ipotesi in cui, invece, il paziente non venga a trovarsi in una situazione come quella qui descritta, il medico non potrà intraprendere alcun trattamento senza la previa acquisizione del suo consenso.

Deve allora ritenersi del tutto inconferente l'argomento che consente, mediante il richiamo allo stato di necessità, di superare l'eventuale dissenso manifestato dal paziente nei confronti delle cure salvavita¹²⁹.

4. Il problema dell'individuazione dell'elemento psicologico nel trattamento sanitario arbitrario.

Su di un punto in molti concordano e chi scrive sente di unirsi: l'assenza del consenso rende il fatto del medico tipico, ma lascia impregiudicata la questione concernente l'individuazione del coefficiente psichico nella attribuzione soggettiva delle lesioni¹³⁰.

129 Nel senso di un possibile richiamo allo stato di necessità al fine di superare il rifiuto di cure nei casi di urgenza terapeutica, G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue «salvavita» rifiutata dal malato*, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 953 ss.; P. AVECONE, *Trasfusioni di sangue, somministrazione di emoderivati e consenso informato del paziente*, in *Giust. pen.*, 1997, p. 118; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, cit., p. 736, il quale riprendendo una frase di M. Romano, afferma che «quando si tratti di beni indisponibili, l'eventuale dissenso del terzo nei confronti dell'azione necessitata non fa venir meno l'applicabilità della scriminante»; F. RUGGIERO, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 201 s.

130 V. G. PASSACANTANDO, *Problematiche in tema di consenso informato e responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 233 ss.; N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del medico*, *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 417.

Diversamente, ad avviso di un determinato orientamento della dottrina, che in particolare riconduce il fondamento di liceità dell'atto medico-chirurgico alla scriminante del consenso dell'avente diritto, «*[i]n difetto di una idonea giustificazione [...] non potrà che ravvisarsi il dolo in capo al chirurgo: il quale vuole cagionare, quanto meno, tutte le conseguenze che sa essere necessariamente connesse all'intervento che sta compiendo, essendo affatto irrilevante [...] il fine terapeutico che egli in concreto persegue*»¹³¹.

Secondo un indirizzo minoritario della giurisprudenza, come affrontato, tale requisito psicologico dovrebbe essere dedotto in particolare dalla consapevolezza che il medico ha di agire senza il consenso del paziente¹³², potendo eventualmente il fine terapeutico rilevare soltanto come motivo di particolare valore morale o sociale incidente sul *quantum* della pena (art. 62, n.1 c.p.). Ad avviso di altra parte della dottrina, si tratterebbe, tuttavia, di una impostazione ritenuta inaccettabile, non solo perchè presupporrebbe un giudizio della prestazione medica che pecca di eccessivo formalismo e astrattezza,

131 Così F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., p. 182. V. altresì, G. PASSACANTANDO, *Il difetto di consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico e i suoi riflessi sulla responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1993, 105 ss., secondo cui «*[l']intervento medico-chirurgico [...] deliberatamente e consapevolmente praticato al di fuori del consenso del paziente e in assenza di ogni situazione di necessità ed urgenza d'ordine terapeutico, non può non concretizzare, per la riconosciuta tipicità della condotta, gli estremi del reato di lesioni dolose, essendo sufficiente la cosciente volontà di sottoporre ad una manomissione l'altrui sfera fisica*».

132 V. ancora sul punto Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1992, Massimo, cit., secondo cui «*[i]l fine che l'agente si propone è irrilevante per per il dolo generico e dal nostro diritto penale viene considerato soltanto se per la sussistenza del reato sia richiesto il dolo specifico. Il chirurgo ebbe, sotto il profilo intellettuale, la rappresentazione dell'evento lesioni, e sotto quello volitivo, l'intenzione diretta a realizzarlo, ebbe cioè consapevole volontà di ledere l'altrui integrità fisica personale senza averne diritto e senza che ve e fosse necessità.*»

attraverso una inversione metodologica del mezzo con quella del fine dell'attività medica, ma anche perchè così ragionando, opererebbe «un vistoso *misunderstanding* del significato, intrinicamente lesivo e negativo, immanente alla nozione di lesione personale, ai sensi e per gli effetti della norma penale»¹³³. Richiamando alcune espressioni efficaci sovente utilizzate in dottrina, l'effetto che ne discenderebbe sarebbe quello di un inevitabile accostamento del *medico* all'*accoltellatore*, del *bisturi* al *pugnale*¹³⁴.

Essendo quella medica un'attività preordinata alla cura del paziente e al raggiungimento del miglioramento delle condizioni di salute di quest'ultimo, sussisterebbe una incompatibilità strutturale tra il dolo del medico e quello che sorregge le lesioni ai sensi dell'art. 582 c.p.

A livello giurisprudenziale, a parziale mitigazione dell'orientamento rigorista, si sarebbe fatto ricorso ad una concezione di dolo orientata dal principio di offensività, imperniata su di una consapevolezza e di una volontà di arrecare conseguenze dannose al paziente¹³⁵.

Ciò che in particolare contraddistinguerebbe il dolo richiesto dall'art. 582 c.p. sarebbe una consapevolezza ed una volontà di esporre a pericolo, attraverso la condotta, l'incolumità del soggetto passivo. La mera volontà di effrazione del corpo del paziente non potrebbe costituire quel "*quid*" necessario alla integrazione del dolo del delitto di lesioni senza altresì

133 Così A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario"*, cit., p. 459. Nello stesso senso, L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, cit., pp. 728 ss. V. altresì G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, 65 ss; ID., *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998.

134 Cfr. G. SALCUNI, *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, in *L'Ind. pen.*, 2010, pp. 606 ss.

135 Così Cass. pen., sez. IV, 9 marzo 2001-12 luglio 2001, n. 585, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 517 ss.

una consapevolezza ed una volontà di esporre a pericolo i beni giuridici tutelati. In quest'ottica, dunque, non è nemmeno la precipua finalità di cura che determina l'esclusione del dolo in capo al soggetto agente, come nell'indirizzo poc'anzi rappresentato, ma l'assenza di una volontà di porre in pericolo i beni giuridici appartenenti al paziente.

Senonchè, ad avviso di chi scrive, l'effetto di una simile impostazione, sarebbe quella di pervenire alla trasformazione di un dolo di evento come quello descritto dall'art. 582 c.p. in un dolo di pericolo, dove l'agente non vuole l'evento di lesioni ma solamente esporre a pericolo, attraverso la propria condotta, i beni giuridici tutelati.

Da quanto esaminato emerge inoltre come il problema della qualificazione del coefficiente psichico relativo al trattamento sanitario arbitrario dipenda essenzialmente dall'individuazione dell'evento.

Se l'evento è rappresentato dalla violazione dell'integrità fisica, non potrà non convenirsi con quella parte della dottrina che individua nel dolo il requisito psicologico sussistente ai fini del delitto di lesioni volontarie; e lo stesso dovrebbe concludersi qualora si assuma ad oggetto del dolo l'evento costituito da un'alterazione funzionale dell'organismo. Ma una simile concezione, a mio avviso, sembrerebbe adattarsi soltanto ai casi in cui l'evento corrisponda all'intervento.

Se però si conviene che a tale violazione corrisponda una alterazione del benessere fisico e psichico del paziente, si dovrà ammettere che un conto è la (non del tutto esclusa) rappresentazione di tale evento da parte del medico al momento dell'esecuzione della condotta; un altro conto è l'accertamento di una sua piena volizione (o accettazione nella forma del

dolo eventuale). All'approfondimento di questa ulteriore questione sono dedicate le ultime riflessioni del presente progetto di ricerca.

5. Profili applicativi della colpa impropria nella prospettiva di una configurazione del dolo con riferimento alla violazione dell'integrità fisica del paziente.

Con il termine *colpa impropria* all'interno del nostro ordinamento, ci si riferisce alle ipotesi in cui soggetto vuole il fatto realizzatosi ma finisce per assegnare allo stesso, per un errore inescusabile di rappresentazione un significato differente da quello reale¹³⁶.

Invero si è rimarcato come nelle ipotesi di colpa impropria manchi comunque la volontà del fatto tipico concretamente realizzato, di tal che il soggetto agente non sarebbe punibile per dolo, poichè la volontà non copre almeno uno dei requisiti costitutivi e il fatto di realizza per un errore di rappresentazione colposo¹³⁷.

Con riferimento all'ambito dei trattamenti sanitari, avendo riguardo al consenso informato come presupposto di liceità dell'attività medico-chirurgica, delimitante l'area del *rischio consentito*, *nonchè quella relativa ai doveri* del medico, una ipotetica attitudine scriminante del fatto costituente reato potrebbe, ad avviso di chi scrive, essere riconosciuta all'*adempimento di un dovere putativo correlato all'erronea supposizione di un consenso del paziente*.

136 S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, p. 465. In termini analoghi, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V ed. Padova, 2012, p. 339. V. altresì, G. Marinucci, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, p. 143 s.

137 IBIDEM.

Tale scriminante riposerebbe in particolare nell'erroneo convincimento del sanitario circa l'esistenza delle condizioni fondanti il dovere di agire medico. Una supposizione del tipo potrebbe essere variamente giustificata: come quando, ad esempio, il medico abbia ritenuto esistente un consenso informato del paziente (il che accade ad esempio nei non rari casi in cui l'informazione sia stata resa da persona diversa da quella che poi ha eseguito l'intervento non consentito), giacchè era ragionevole attendersi che il paziente fosse stato informato di tutti i rischi e le eventualità del caso; oppure nel caso in cui, a causa di un errore di interpretazione nella comunicazione con il medesimo abbia ritenuto effettivamente sussistente il requisito di liceità della condotta.

Senonchè, l'esigenza di una obiettiva rilevanza delle circostanze di fatto esistenti al fine di supportare il richiamo a tale scriminante si presta ad escludere gran parte dei casi, i quali dunque finiscono per rimanere privi di un precipuo aggancio oggettivo alla realtà.

Come inquadrare, infatti, a livello normativo tutte le altre ipotesi in cui il medico agisce senza il consenso informato del paziente?

Un istituto che, secondo un parte della dottrina, si presterebbe a giustificare le ipotesi in cui il medico oltrepassi i limiti dell'agire definito dal consenso è rappresentato dall'eccesso colposo (art. 55 c.p.).

Tale richiamo tuttavia non sembra condivisibile giacchè presupporrebbe l'esistenza di una situazione scriminante che tuttavia in concreto viene meno per effetto della condotta colposa dell'agente.

Nel caso del trattamento sanitario arbitrario, a prescindere dalle questioni sollevate in merito all'assenza del richiamo dell'art. 50 c.p. nell'art. 55 c.p., i presupposti richiesti per una individuazione del consenso

informato o per la sussistenza di un adempimento di un dovere mancano del tutto.

Nelle ipotesi di trattamento diverso da quello consentito il comportamento medico è già antigiuridico; di tal che non avrebbe senso richiamare un istituto come l'eccesso colposo che notoriamente ha l'effetto di rendere illecito il comportamento di un soggetto allorchè oltrepassi i limiti del diritto/dovere anzi conferitogli (come quello di difendersi, di adempiere ad un ordine legittimo, etc..). In assenza di un consenso informato, infatti, in capo al medico non si configura alcun dovere di azione a tutela dei beni giuridici appartenenti al paziente.

6. Per una ridefinizione a titolo colposo della responsabilità per trattamento sanitario arbitrario. Il dovere di astensione come regola cautelare volta a prevenire una lesione della salute del paziente. La "non irragionevolezza" della condotta dal punto di vista medico come possibile discrimen tra colpa e dolo eventuale.

Nell'ipotesi in cui si optasse per l'accoglimento di una concezione di malattia come espressione della violazione della salute del paziente ampiamente intesa, non dovrebbe a mio avviso essere necessariamente precluso ogni riferimento al requisito psicologico della colpa.

Sul piano oggettivo si tratterebbe di individuare nel dovere di astensione gravante sul medico, e non nella mancata acquisizione del consenso informato, la regola cautelare volta a prevenire in concreto lesioni non consentite dal paziente.

Accertata l'assenza di un consenso informato, e dunque la violazione di un tale dovere, occorrerebbe procedere ad una verifica circa la

sussistenza di una non volontà ovvero di una volontà (quanto meno nella forma del dolo eventuale) nei confronti dell'evento così ridefinito.

A tal fine un criterio di distinzione ci sembra che sia emerso indirettamente dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 2437/2008, allorchè la Corte ha affermato che «nell'ambito della imputazione del fatto a titolo soggettivo trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici - accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all'art. 582 c.p., [...] potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorchè i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (art. 55 c.p. e art. 59 c.p., comma 4)».

Prescindendo dal significato attribuito alla nozione di malattia dalle Sezioni Unite, tale passaggio argomentativo sembra possa essere interpretato nel senso che qualora dall'intervento arbitrario discenda un esito infausto e tuttavia il trattamento sia stato condotto dal medico nel pieno rispetto delle regole dell'arte medica, ad impedire una configurazione della responsabilità a titolo doloso potranno concorrere sia il richiamo all'istituto della colpa impropria, sia la finalità terapeutica in concreto perseguita dal medico.

Nella prospettiva di una distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nell'ambito dei trattamenti sanitari, il riferimento alla finalità terapeutica da un punto di vista soggettivo non solo sembra evocare una inaccettabile concezione del dolo eventuale ancorata al movente psicologico, ma finisce per guidare la distinzione di tale coefficiente rispetto alla colpa

unicamente sul filo della natura dell'atto medico, quella terapeutica, mentre molte attività (si pensi a quella di chirurgia estetica) non presentano una simile caratterizzazione, se non per estensione del termine.

Tuttavia, laddove per terapeuticità si intenda una qualificazione di natura oggettiva sembrerebbe più corretto assumere a criterio della distinzione tra colpa e dolo eventuale il parametro della "non irragionevolezza", della condotta da un punto di vista medico¹³⁸, quindi, non solo terapeutico¹³⁹, eventualmente anche alla luce della volontà del paziente qualora espressamente manifestata¹⁴⁰.

138 In termini non dissimili, A. CAPPELLINI, *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico-arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, Riv. it. med. leg., 2016, p. 957. Cfr. Cass. pen., sez. V, 26 gennaio 2012, n. 3222, Guzinska, in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2012, con nota di P. PIRAS, *Il dolo eventuale si riepande all'attività medica*; v. altresì la nota di G. PALMIERI, *Lesioni provocate da intervento chirurgico compiuto senza il consenso informato del paziente. Responsabilità del soggetto che consente a chi non abbia le abilitazioni normative di svolgere tale attività sanitaria*, in Cass. pen., 2013, pp. 2314 ss. In questo caso l'oggetto del giudizio riguardava la responsabilità della titolare di uno studio dentistica la quale, all'insaputa del paziente, aveva consentito ad un proprio assistito sprovvisto della abilitazione professionale, di eseguire alcuni interventi molto complessi sull'apparato dentale di un paziente, i quali comportavano l'indebolimento permanente dell'organo della masticazione. La Corte, ritenendo il quadro indiziario sbilanciato a favore di una imputazione a titolo di dolo, annullava la decisione del giudice d'appello che aveva ravvisato una responsabilità a titolo di lesioni colpose.

139 Cfr., sul punto, Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2010, n. 34521, in Riv. it. med. leg., 2011, pp. 237 ss., con nota A. FIORI, D. MARCHETTI, G. LA MONACA, *Gli atti terapeutici e non terapeutici alla luce della sentenza della Cass. pen., Sez. IV, n. 34521/2010*; e *ivi*, con il commento di S. Fucci, M. Barni, E. Turillazzi, *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener "ambo le chiavi del cor" della Suprema Corte*, in Riv. it. med. leg., 2011, 262 ss.; Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. Proc.*, 2009, p. 66 ss., con il commento di G. PIETRA, *Trattamento medico chirurgico: un'assenza legislativa non più tollerabile*; Corte d'Assise di Milano, 9 aprile 2014-2 luglio 2014, con nota di P. ASTORINA, *Il dolo del medico: tra tipicità sociale dell'attività medica e "specialità" dell'elemento soggettivo*, in Riv. it. med. leg., 2015, 171 ss.

140 Cfr. Cass. pen., sez. IV, 8 giugno 2010, n. 21799, Petretto, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 1321 ss., con nota di G. IADECOLA, *Violazione consapevole della regola del consenso del paziente e responsabilità penale*; e di M. BARNI, *Impunità, colpa o dolo del chirurgo: tutto - o quasi - dipende dall'esito*, in Riv. it. med. leg., 2010, pp. 759 ss. La sentenza in

CONCLUSIONI DELLA RICERCA.

All'interno del presente progetto di ricerca, il problema della responsabilità medica per trattamento sanitario arbitrario è stato affrontato cercando di fornire soluzioni lungo tre linee direttrici che concernono la questione del fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico, il concetto di malattia penalmente rilevante ed infine la definizione della condotta medica arbitraria da un punto di vista oggettivo e soggettivo.

Riguardo al primo profilo, partendo dal fondamentale ruolo assunto dal consenso informato rispetto ai trattamenti sanitari, confermato anche dalla legge n. 219/2017, sono giunta alla conclusione che, nella prospettiva di un riconoscimento di tale funzione anche all'interno del diritto penale, non sussistano obiettive ragioni per continuare a concepire l'offesa dei beni giuridici vita ed integrità fisica come questione ontologicamente distinta e dunque slegata da quella relativa alla lesione della libertà di disposizione del proprio corpo.

In questo elaborato, dunque, si presenta una visione del consenso informato come presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico.

A mio avviso non è possibile parlare di lesione dell'integrità fisica *in senso penalmente rilevante* senza verificare l'illiceità dell'azione

particolare riguarda il caso in cui un paziente veniva sottoposto ad un trattamento oculistico di correzione della miopia mediante una tecnica da lui rifiutata (PRK anziché "lasik" come da lui preventivamente richiesto). In seguito ad alcuni errori compiuti dal medico, il trattamento si risolveva in un indebolimento permanente dell'organo della vista. La Corte di cassazione, annullando la sentenza di proscioglimento del GUP per sopravvenuta prescrizione, nella quale peraltro il fatto era stato derubricato in lesioni colpose, affermava il seguente principio di diritto: «*la condotta del medico che intervenga con esito infausto su paziente che abbia espresso il dissenso nei confronti del tipo di intervento chirurgico rappresentatogli, deve essere qualificata come dolosa e non colposa*».

sanitaria. La mera alterazione anatomica, o se si preferisce, il peggioramento delle condizioni fisiche del paziente da soli non rilevano laddove manchi l'accertamento dei requisiti (inerenti alla condotta) che ne determinano la penale rilevanza. Ed invero, l'ingresso nell'area del penalmente rilevante dipende innanzitutto da un primo requisito, che è costituito dall'assenza del *consenso informato* del paziente. Anche assumendo una nozione giuridica di malattia, non posso dire se c'è lesione *rilevante* del bene giuridico integrità fisica senza valutare contestualmente la presenza di tutti i requisiti richiesti dal contesto cui afferisce la condotta dell'agente. Non condivido dunque quell'orientamento della dottrina che fa della violazione del consenso tutta soltanto una questione di lesione della libertà di autodeterminazione.

Allo stesso modo, se si intende sposare la concezione che colloca il consenso sul piano della tipicità, non può essere obliterata ogni riflessione riguardante i rapporti intercorrenti tra "consenso che elimina la tipicità" e l'eventuale violazione delle regole cautelari che governano un determinato trattamento. Occorre, allora, interrogarsi sul fondamento dell'illiceità della condotta sanitaria qualora il medico sbagli l'intervento consentito causando delle lesioni al paziente. Con riferimento a tale problematica, ritengo che l'intervento sanitario condotto in violazione delle *leges artis* non possa ritenersi coperto dal consenso prestato dal paziente; e non per qualche causa ascrivibile alla sua invalidità, ma perchè un altro dei requisiti di legittimazione dell'attività medica è rappresentato dal rispetto delle *leges artis*; pertanto, pur rimanendo nelle facoltà del singolo la scelta se denunciare o meno un determinato evento lesivo

colposo, il fatto compiuto in violazione di regole cautelari non potrebbe che considerarsi *tipico* dal punto di vista dell'ordinamento penale. Compito dell'ordinamento è quello di predisporre le condizioni affinché da una tale attività, pur intrinsecamente pericolosa ma di indubbia rilevanza sociale, i singoli individui possano trarre tutela in relazione ai beni giuridici disponibili; mentre la rinuncia a tale tutela da parte dell'individuo è questione che nulla ha a che vedere con l'integrazione del fatto a livello di *tipicità*.

Per quanto riguarda il secondo profilo della presente ricerca, attinente all'adozione di un concetto di malattia penalmente rilevante, l'analisi della giurisprudenza mi ha consentito di cogliere una non piena coincidenza tra salute ed esito fausto dell'intervento. A fronte di tale circostanza, si è voluto evidenziare come sia proprio partendo da una lettura costituzionale del diritto alla salute che è possibile cogliere la stretta unione esistente tra tale diritto e quello all'autodeterminazione terapeutica; nonchè dimostrare come non sia tanto un preciso concetto di malattia, quale quello medico-legale, ad impedire la configurazione di una lesione del diritto alla salute nel caso di trattamento sanitario arbitrario, ma una visione consolidata che associa tale concetto esclusivamente alla violazione delle regole cautelari che governano l'attività medica.

Per questo motivo si è ritenuto di dover procedere ad una analisi più approfondita che riguarda precipuamente il ruolo del consenso informato rispetto ai profili esecutivi dell'intervento sanitario. È questa parte del lavoro che, in particolare, mi ha consentito di cogliere l'importante funzione del consenso informato nella delimitazione del c.d. rischio

consentito. In altri termini, soltanto laddove il medico violi le *leges artis* e di conseguenza provochi un danno al paziente, potrà a ragione parlarsi di un superamento del rischio consentito dall'ordinamento, giacchè a fronte di una condotta negligente, imperita o imprudente, l'interesse ad uno svolgimento dell'attività non può ritenersi preminente rispetto alla tutela della salute umana. Ed invero è nel rispetto delle *leges artis* che tale interesse trova la base per la sua continuazione a beneficio della collettività.

Allorchè il medico operi correttamente e ciò nonostante l'intervento si concluda con un peggioramento della salute del paziente, egli non potrà essere chiamato a rispondere dell'evento causato dalla sua condotta. Ciò, a mio avviso, non solo per la mancanza di un nesso normativo strettamente inteso tra condotta ed evento; ma anche per la preventiva accettazione da parte del paziente dei rischi fisiologicamente ricollegabili alla tipologia di operazione intrapresa. Si potrebbe dire a riguardo, in sintonia con la nostra visione del consenso, che il rischio non solo è consentito dall'ordinamento, ma anche dal paziente.

Terminata l'indagine relativa al versante oggettivo della condotta arbitraria adottata, si è proceduto con l'approfondimento del versante soggettivo.

Si è constatato come un'imputazione fondata su di un requisito psicologico doloso in realtà si riveli tecnicamente ineccepibile solamente nell'ottica di una tutela dell'integrità fisica del paziente; e soltanto ove la sua violazione corrisponda direttamente all'intervento. A meno di voler presumere una responsabilità a titolo di dolo eventuale ogni qual volta l'esito dell'intervento si manifesti in un tempo successivo al medesimo.

Trascurando l'obiettiva esigenza di una ridefinizione della responsabilità per trattamento sanitario arbitrario il rischio potrebbe essere quello di correre ai ripari di una imputazione dolosa attraverso un richiamo dell'istituto della colpa impropria anche al di fuori di circostanze obiettivamente rilevanti.

Per questi motivi, partendo dal presupposto che l'assenza di un consenso non determini automaticamente una responsabilità a titolo di dolo (quanto meno nella forma eventuale), all'interno del presente lavoro si è tentato di fornire una visione del dovere di astensione gravante sul medico alla stregua di una regola cautelare volta ad prevenire lesioni non consentite dal paziente.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO TRIONE A., *Considerazioni sul consenso del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Cass. pen.*, 1999, 316 ss.
- ALTAVILLA E., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Nov. Dig. It.*, Milano, 1959, 117 ss.
- ALTAVILLA E., voce *Necessità (Stato di)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1939, 965 ss.
- AMORE N., *Dissenso informato alle emotrasfusioni e trattamento sanitario coatto*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 31 luglio 2017.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1969.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1975.
- ASTORINA M., *Il dolo del medico: tra tipicità sociale dell'attività medica e "specialità" dell'elemento soggettivo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 171 ss.
- AVECONE P., *Trasfusioni di sangue, somministrazione di emoderivati e consenso informato del paziente*, in *Giust. pen.*, 1997, 112 ss.
- AZZALI G., voce *Stato di necessità (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1971, 356 ss.
- BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975.
- BARNI M., *Impunità, colpa o dolo del chirurgo: tutto – o quasi – dipende dall'esito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 749 ss.
- BASILE F., sub *Art. 582*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015.
- BELLAGAMBA F., *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, 1838 ss.
- BENDINELLI F., *Problemi giuridici connessi all'esercizio dell'attività medica ed ai trapianti umani*, in *Critica pen.*, 1969, 143 ss.
- BENINCASA M., *Liceità e fondamento dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. It dir. proc. pen.*, 1980, 733 ss.
- BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale, X ed.*, Padova, 1978.
- BILANCETTI M., *Le conseguenze di rilevanza penale e civile del consenso invalido. Il consenso informato: un continente ancora da esplorare?*, in *Riv. it. med.leg.*, 2003, 946 ss.

BLAIOTTA R., *Anche dopo le sezioni unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in *Cass. pen.*, 2010, 3366 ss.

BONELLI A., GIANNELLI A., *Consenso e attività medico-chirurgica: profili deontologici e responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, 9 ss.

BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in AA.VV., *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI S., MELCHIONDA A., I, Milano, 1997, 70 ss.

CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015.

CANESTRARI S., *Una "buona" legge buona (DDL recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento")*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, pp. 975 ss.

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, II, Bologna, 2017.

CAPPELLINI A., *L'orizzonte del dolo nel trattamento sanitario arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, *Riv. it. med. leg.*, 2016, 933 ss.

CARNELUTTI F., *Problema giuridico della trasfusione del sangue*, in *Foro. it.*, 1938, 91 ss.

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

CERQUA L.D., *Consenso del paziente e responsabilità penale del medico: discussione di un caso*, in *L'Ind. pen.*, 1999, 549 ss.

CORNACCHIA L., *Trattamenti sanitari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415 ss.

CRESPI A., *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955.

DASSANO F., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004.

DELITALA G., voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 567 ss.

DELOGU T., *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936.

DE LILLO J., *Dissenso informato e trattamento sanitario salvavita terapeutico*, in *Archivio penale*, 2014, 1 ss.

DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 881 ss.

DEL CORSO S., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 569 ss.

D'ALESSIO R., *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Dir. Soc.*, 1981, 529.

EUSEBI L., *Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo*, in *Riv. it. med.leg.*, 1986, 999 ss.

EUSEBI L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. Leg.*, 1995, 727 ss.

FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, 311 ss.

IORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.

IORI A., *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999.

IORI A., *Il concetto di malattia in sede penale: riconsiderazioni della Cassazione penale e considerazioni medico legali*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2009, 519 ss.

IORI A., IADECOLA G., *Stato di necessità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 302 ss.

IORI A., MARCHETTI D., LA MONACA G., *Gli atti terapeutici e non terapeutici alla luce della sentenza dell Cass. pen., Sez. IV, n. 34521/2010*.

FUCCI S., BARNI M., TURILLAZZI E., *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener “ambo le chiavi del cor” della Suprema Corte*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 262 ss.

GALIANI T., voce *Lesioni personali*, in *Enc. dir.*, XXIV, Roma, 1974, 140 ss.

GALLISAI PILO M.G., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 1989, 71 ss.

GALLISAI PILO M.G., voce *Lesioni e percosse nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 392 ss.

GIARDINA F., *Libertà fondamentali dell'individuo e tutela della salute*, in AA.VV., *Il diritto alla salute*, a cura di D. BUSNELLI, U. BRECCIA, Bologna, 1979.

GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 406 ss.

GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 88 ss.

GRISPIGNI F., *La responsabilità penale per il trattamento medico chirurgico arbitrario*, in *Scuola Pos.*, 1914, 673 ss.

- GROSSO C.F., voce *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 883 ss.
- GROSSO C.F. voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, 1 ss.
- GUZZON C., *Consenso e stato di necessità nell'atto medico*, in *Riv. pen.*, 1967, 671 ss.
- IADECOLA G., *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue «salvavita » rifiutata dal malato)*, in *Cass. pen.*, 1998, 953 ss.
- IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, 2664 ss.
- IADECOLA G., *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. pen.*, 2002, 517 ss.
- IADECOLA G., *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2002, 2041 ss.
- IADECOLA G., *Potestà di curare e consenso del paziente*, 1998.
- IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993.
- INTRONA P., *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Padova, 1955.
- LIGNOLA E., *I limiti giuridico-penali dell'attività medico-chirurgica*, in *Giust. pen.*, 1960.
- MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.
- MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *L'Ind. pen.*, 2004, 449 ss.
- MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1289 ss.
- MANNA A., *Le «nuove frontiere» del trattamento medico-chirurgico nel diritto penale*, in *L'Ind. pen.*, 1996, 147 ss.
- MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984.
- MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 930 ss.
- MANTOVANI F., voce *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 930 ss.

- MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2008.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. VIII, Torino, 1985.
- MARINI G., *Consenso dell'avente diritto*, in *Nov. Dig. It.*, Appendice, II, Torino, 1980, 402 ss.
- MARINUCCI G., voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, 132 ss.
- MARRA G., *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2003, 1950 ss.
- MAZZACUVA N., *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del medico*, *Riv. it. med. Leg.*, 1984, 398 ss.
- MELILLO G., *Condotta arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. pen.*, 1993, 63 ss.
- MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 670 ss.
- NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano 1989.
- NORELLI G.A., *Allorchè l'interpretazione di un concetto ne modifica sostanzialmente la nozione...*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2010, 219 ss.
- NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2008.
- PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000.
- PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, in *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 395 ss.
- PANNAIN R., *Lesioni e percosse (Diritto penale comune)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 745 ss.
- PANNAIN R., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965.
- PASSACANTANDO G., *Il difetto di consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico e i suoi riflessi sulla responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1993, 105 ss.
- PASSACANTANDO G., *Problematiche in tema di consenso informato e responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 233 ss.

PEDRAZZI C., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 144.

PELISSERO M., *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Diritto penale e processo*, 2005, 372 ss.

PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 447 ss.

PESANTE M., voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 659 ss.

PETROCELLI B., *Il consenso dell'avente diritto all'attività medicochirurgica*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 514 ss.

PIETRA G., *Trattamento medico chirurgico: un'assenza legislativa non più tollerabile*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 66 ss.

PIRAS P., *Il dolo eventuale si riepande all'attività medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2012.

POLVANI M., *Il consenso informato all'atto medico: profili di rilevanza penale*, in *Giust. pen.*, 1993.

PULITANO' D., voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 328 ss.

RAMACCI F., ROLAND RIZ., BARNI M., *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, 848 ss.

RANIERI S., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 1968.

RESCIGNO P., *Libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di A. Asquini*, vol. IV, Padova, 1975.

RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975.

RODRIGUEZ D., *Ancora in tema di consenso all'atto medicochirurgico. Note sulla sentenza 10 ottobre 1990 della Corte d'Assise di Firenze*, in *Riv. it. med. Leg.*, 1991.

ROMANO M., sub art. 50, in *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Milano, 1995, 527 ss.

ROXIN C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1996.

RUGGIERO F., *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medicochirurgico: prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 187 ss.

SALCUNI G., *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, in *L'Ind. pen.*, 2010, 599 ss.

SANTILLI SUSINI M., *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Resp. civ. Prev.*, 1977, 402 ss.

- TASSINARI D., *Emotrasfusioni e libera autodeterminazione dell'individuo*, in *Crit. Dir.*, 1999, 101 ss.
- TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.
- TORDINI CAGLI S., *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1060 ss.
- TURILLAZZI E., NERI M., RIEZZO I., *Le Sezioni Unite ed il consenso informato: una decisione tra miti e misteri disquisendo tra esito fausto (del trattamento) e malattia, indizi preziosi (ma non risolutivi) tra le pieghe delle frasi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1086 ss.
- VALLINI A., *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 1426 ss.
- VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. pen.*, 1983, 81 ss.
- VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie". Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000.
- VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 150 ss.
- VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2009, 1793 ss.
- VIGANÒ F., *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO, *La responsabilità in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 885 ss.
- VIGANÒ F., sub *art. 50*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015.