

L'editoriale che in questo numero viene proposto dal prof. Adelmo Manna, Ordinario di Diritto Penale presso l'Università di Foggia, passa meticolosamente in rassegna i fondamenti dottrinari e giurisprudenziali che rendono lecito l'atto medico che, per essere legittimato, necessita del consenso dell'avente diritto (paziente) il quale deve essere messo sempre nelle condizioni, da una parte, di autodeterminarsi e, dall'altra, di avere garantito il proprio personale diritto alla salute.

Proprio perché l'atto medico ha come finalità un miglioramento dello stato di salute del paziente, è lecito l'intervento del medico a condizione che lo stesso sia improntato all'osservanza di quei principi di buona pratica medica riconosciuti e accettati dalla comunità scientifica malgrado, nel passato non tanto remoto, fossero state imposte concezioni giuridiche e consequenziali sentenze improntate a eccessiva severità (vedi caso Massimo citato nel lavoro), che hanno indotto a ipotizzare anche una responsabilità oggettiva dolosa del medico.

La responsabilità medica va riportata, semmai, nell'alveo della colpa e solo se la prestazione non sia stata effettuata secondo scienza e senza il consenso cosciente dell'individuo.

Non mancano, inoltre, riferimenti a fattispecie particolari, come il diritto/dovere di trasfondere i Testimoni di Geova, l'alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame, il trattamento medico obbligatorio nei confronti di minori di età o il trattamento dei malati terminali che abbiano espresso una precisa volontà alla non cura, per i quali si potrebbe ipotizzare il reato di violenza privata.

È preso in considerazione, e oggetto di progetto di riforma, anche il caso di trattamento medico arbitrario senza consenso o con dissenso del paziente, inquadrato nei reati contro la libertà morale dell'individuo.

Questa soluzione potrebbe conciliare le concezioni "estremiste" del caso Massimo con quelle "giustificatrici" derivate dal diritto alla salute del cittadino e di cui, nel passato, il medico è stato garante.

Il lavoro, prettamente giuridico, è esauriente e oltremodo razionale, indicando lo stato dell'arte della liceità del trattamento medico con ricchi riferimenti bibliografici e dottrinari.

S. Cocuzza

Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio oppure violenza privata?*

A. Manna

Ordinario di Diritto Penale,
Università di Foggia

FONDAMENTO E LIMITI DI LICEITÀ DEL TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO: IL SISTEMA DELLE SCRIMINANTI

Il profilo concernente il consenso al trattamento sanitario rappresenta uno tra i più controversi e tuttavia più affascinanti temi relativi alla disciplina giuridica, nella specie penalistica, dell'attività medico-chirurgica. L'assenza, nel nostro ordinamento, di una fattispecie

incriminatrice delle ipotesi di trattamento sanitario "arbitrario" ha invece favorito lo sviluppo di una feconda *querelle* in dottrina – in ordine alla disciplina da applicare, *de jure condito*, ai casi in esame, nonché in relazione al fondamento e ai limiti di liceità del-

*Testo, con l'aggiunta delle note, della Relazione tenuta al Master di formazione e aggiornamento professionale dedicato al tema "La responsabilità professionale del medico nelle prestazioni specialistiche ambulatoriali", Roma, 15 novembre 2003.

l'attività medico-chirurgica – i cui assunti principali si sono riflettuti, nella prassi giudiziaria, in pronunce contrastanti, peraltro basate su affermazioni non sempre condivisibili. Le oscillazioni, non solo prasseologiche, ma altresì dottrinarie, sul punto nascono in un primo momento dall'esigenza di superare l'apparente *paradosso* di un'attività la quale, benché oggettivamente indispensabile per l'uomo e nobile come poche altre, sembrerebbe materialmente estrinsecarsi in azioni impicanti, in misura più o meno ampia, una sorta di *possessio corporis* tali da integrare strutturalmente il *fatto* del delitto di lesioni personali, ovvero, nel caso di morte del paziente, sinanche di omicidio. Che la stridente equiparazione del "bisturi del chirurgo al pugnale dell'accoltellatore" fosse legata a un'impostazione formalisticamente causalistico-naturalistica del diritto penale è stato rilevato, con straordinaria lungimiranza, già da Eberhard Schmidt,¹ il quale, sottolineando l'ineludibilità del momento intrinsecamente assiologico del sistema penale, ha posto le basi per una più matura riflessione sul tema del fondamento della *liceità* del trattamento medico-chirurgico eseguito *lege artis*. Le posizioni ermeneutiche sul punto sono riconducibili a due orientamenti principali: l'uno, il più tradizionale, rinviene nel sistema delle scriminanti il fondamento di liceità del trattamento medico, di per sé idoneo a integrare, sotto il profilo oggettivo, le fattispecie dei delitti di lesioni o di omicidio; l'altro, invece, tende a escludere, già in relazione all'elemento della tipicità, la sussumibilità dell'intervento medico-chirurgico nell'alveo delle predette fattispecie.² La prima delle due impostazioni testé richiamate, nel ricondurre il trattamento sanitario al tipo del reato di lesioni presuppone, com'è noto, un'accezione strettamente *giuridica* della nozione di *malattia*, ravvisandone gli estremi, sulla scia di quanto affermato in proposito in sede di Relazione ministeriale al codice Rocco, in ogni tipo di alterazione *anatomica* della mera continuità tissutale dell'organismo, realizzata dal medico attraverso l'incisione con il bisturi del corpo del paziente. Di qui l'esigenza di rinvenire, nel novero delle scriminanti, un requisito tale da escludere, con riferimento all'attività chirurgica, l'illiceità. L'orientamento maggioritario, in giurisprudenza,³ richiama l'istituto del consenso del-

l'avente diritto – in relazione alle ipotesi nelle quali il paziente fosse stato nelle condizioni di consentire validamente – e, in caso contrario, ricorre alla scriminante dello stato di necessità. Nonostante la coerenza dell'impostazione, tale soluzione ermeneutica risulta tuttavia applicabile unicamente nelle rare ipotesi nelle quali l'intervento chirurgico non determini una permanente diminuzione dell'integrità fisica, giusta la disposizione di cui all'art. 5 c.c., la quale limita, di riflesso, l'efficacia del consenso dell'avente diritto. Sul punto, giova sottolineare come in dottrina siano stati autorevolmente avanzati tentativi di dimostrare l'operatività, in via consuetudinaria, del consenso al di là dello stringente perimetro tracciato dall'art. 5 c.c., configurandone, in siffatta maniera, un *limite tacito*, come anche si è sostenuta⁴ l'inapplicabilità della predetta disposizione civilistica nell'alveo del diritto penale. Le soluzioni esegetiche testé richiamate non appaiono, tuttavia, a nostro avviso condivisibili. E invero, la prima appare introdurre surrettiziamente un'ipotesi di *consuetudo praeter legem*, in assenza di una lacuna, sul punto, dell'ordinamento giuridico; la seconda, invece, sembra confutabile *in primis* con riferimento al carattere, opportunamente attribuito alle scriminanti, di "norme generali dell'intero ordinamento giuridico", in quanto tali certamente suscettibili di incontrare un limite alla propria efficacia in disposizioni di matrice civilistica. Né si perverrebbe a una soluzione scevra da rilevanti problemi di ordine dogmatico sostenendo che la disposizione di cui all'art. 5 c.c. non esplicherebbe efficacia alcuna in rapporto all'ordinario trattamento sanitario, in ragione della genesi storica della stessa, introdotta nell'ordinamento al fine esclusivo di disciplinare – *rectius*: proibire, se tesi a cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica – gli atti di disposizione del proprio corpo in favore *di terzi*, ovvero altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Siffatta lettura della norma in questione non appare, infatti, immune da possibili riserve, nella misura in cui privilegia *unilateralmente* l'ormai superata teoria soggettiva dell'interpretazione, la quale, nell'avvincere indissolubilmente il dettato normativo alla *voluntas legislatoris*, non pone nel giusto rilievo la considerazione

secondo cui, una volta entrata in vigore, ciascuna norma vive "di vita propria", spettando pertanto all'interprete il compito, non certo facile, ma nondimeno ineludibile, di ricercare la *objectiva voluntas legis*. Non sembra del resto idoneo a conseguire più soddisfacenti risultati il ricorso alla scriminante di cui all'art. 54 c.p., al fine di legittimare le ipotesi di interventi effettuati su soggetti incapaci di prestare validamente il proprio consenso; norma, peraltro, applicabile unicamente nel caso di pericolo imminente di danno grave alla persona, non volontariamente cagionato né, soprattutto, altrimenti evitabile che con l'intervento chirurgico e in presenza del requisito di una rigorosa proporzione tra il pericolo incombente sul paziente e la natura del trattamento.⁵ E invero, poiché da un lato un'interpretazione strettamente letterale della causa di liceità in analisi rischia di legittimare il trattamento sanitario finanche qualora esso sia effettuato in spregio del dissenso espressamente manifestato dal paziente e, dall'altro, l'angusto paradigma di cui all'art. 54 c.p. si mostra radicalmente inapplicabile all'ampio settore della *medicina preventiva*, ci si chiede se sia preferibile ricorrere all'istituto del consenso presunto in ragione della sua idoneità a tutelare in maniera più pregnante la libertà di autodeterminazione del malato, attraverso la ricostruzione della *presumibile* volontà dello stesso. Tuttavia, anche tale impostazione non appare risolutiva, sol che si consideri come, dovendosi a nostro avviso ritenere l'istituto in esame alla stregua di un succedaneo del consenso dell'avente diritto, di quest'ultimo il primo non può che riproporre i limiti e le insufficienze, descritte appena sopra, e dalla consapevolezza dei quali era sorta l'esigenza di ricercare una diversa opzione ermeneutica. Non può inoltre omettersi di rilevare come la ricerca del consenso presunto del paziente presenti, oltre ai facilmente intuitibili margini di opinabilità insiti in ogni ricostruzione dell'ipotetica volontà altrui, rilevanti difficoltà suscettibili di ritardare irrimediabilmente l'intervento, con il correlativo, insostenibile pregiudizio che potrebbe derivarne ai fondamentali beni della vita e dell'integrità fisica del paziente. Consapevole della limitata valenza euristica dei criteri testé menzionati, autorevole dottrina⁶ ha sostenuto la possibilità di ricondurre

l'attività medico-chirurgica, in quanto giuridicamente autorizzata dallo Stato, all'interno del paradigma della scriminante dell'esercizio di un diritto, nella sua accezione più ampia, tale da ricomprendere nei confini tracciati dall'art. 51 c.p. anche l'esercizio di facoltà legittime. In tale prospettiva, la funzione del consenso del paziente e, specularmente, la valenza dello stato di necessità degraderebbero dal rango di scriminanti a quello di limiti interni del *diritto a curare*, indubbiamente valorizzando, in siffatta maniera, il requisito del rispetto della libertà di autodeterminazione del soggetto sottoposto al trattamento sanitario. Tuttavia, un'attenta analisi delle peculiarità, nonché delle medesime finalità dell'attività medica, potrebbe anche suggerire un diverso inquadramento della stessa all'interno del paradigma dell'adempimento di un preciso obbligo,⁷ la cui inosservanza è suscettiva di assumere rilevanza penale, secondo lo schema causale-ipotetico delineato dal capoverso dell'art. 40 c.p. sul presupposto della sussistenza di una posizione di garanzia concretantesi nel dovere di protezione della salute del paziente, derivante in capo al medico dal vincolo negoziale che lo lega al malato. Orbene, il *punctum dolens* dell'impostazione in parola si manifesta nell'affermazione secondo cui la fonte dell'obbligo di intervento del medico – che sussisterebbe persino in presenza della volontà contraria del paziente – dovrebbe rinvenirsi non tanto nel vincolo contrattuale, bensì in norme deontologiche e consuetudinarie, dal momento che, se da un lato appare quanto meno dubbia la possibilità di fondare una posizione di garanzia su mere norme culturali, non positivizzate, dall'altro si opera un'indebita svalutazione del diritto all'autodeterminazione del paziente in ordine alle sorti del proprio corpo.

IL RICORSO ALLE SCRIMINANTI NON CODIFICATE

In ragione dell'insufficienza – che confidiamo di avere seppur sinteticamente illustrato nelle pagine che precedono – del ricorso al novero delle cause di giustificazione codificate a fondare i requisiti di liceità del trattamento sanitario, parte della dottrina⁸ ha ritenuto

opportuno fare riferimento alla categoria delle scriminanti non codificate in virtù di un'operazione ermeneutica di *analogia juris*, tale da estendere il principio sotteso all'intero sistema delle cause di giustificazione anche al caso in esame, ove l'azione assume un carattere di necessità in quanto funzionale alla protezione di un interesse – nella specie, la salvaguardia della salute – dotato di rilevanza sociale superiore o, quanto meno, pari a quella del bene sacrificato, di modo che la mera effrazione della sfera corporea rivestirebbe un rilievo del tutto marginale rispetto alla primaria valenza della *salute* del soggetto sottoposto al trattamento. L'argomentazione sottende, tuttavia, una premessa assiomatica la quale, lungi dal richiamare il paradigma assiologico del bilanciamento tra beni, si fonda invece su un giudizio intrinseco sull'attività in esame, considerata da un punto di vista generale e astratto, e alla stregua degli indici facenti capo al significato sociale rivestito dal comportamento medesimo, secondo gli stilemi della teoria dell'adeguatezza sociale – della quale pertanto ripropone i pregi, ma anche i margini di incertezza. Benché dotata di scarsa valenza euristica al fine di rinvenire il fondamento di liceità di attività in via di sperimentazione, pertanto carenti del riconoscimento sociale derivante dall'accettazione della comunità scientifica, la teoria in analisi ha spiegato un ruolo di innegabile rilevanza nel sottolineare il momento assiologico immanente alla valutazione di penale rilevanza di una condotta, superando il pericoloso e iniquo formalismo di ogni concezione meramente naturalistica dell'azione. Da quanto testé osservato, appare evidente come il nodo gordiano della questione risieda proprio nella necessità di rinvenire il fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica, eseguita *legibus artis*, non già nell'elemento dell'antigiuridicità, bensì nella categoria stessa della *tipicità*, tracciando precisi limiti alla possibilità di configurare il trattamento sanitario quale integrante gli estremi delle fattispecie dei delitti di lesioni o finanche di omicidio. E invero, nel caso di esito fausto dell'intervento, appare preclusa *in radice* la possibilità di ritenersi verificato l'evento di cui all'art. 582 c.p. il quale, presupponendo la sussistenza di una "malattia nel corpo o nella mente", non può certamente attagliarsi all'esito van-

taggioso, per la salute del paziente, conseguente al trattamento, né al decorso postoperatorio, che deve essere considerato uno stadio necessario al fine di garantire il recupero della piena funzionalità dell'organismo del paziente. Siffatta conclusione presuppone certamente il riferimento a un'accezione di ascendenza *medica* del concetto di *malattia*, intesa quale "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",⁹ e pertanto caratterizzata da una valenza trascendente la mera materialità somatica.¹⁰ La contraria opinione, nell'adottare un concetto strettamente giuridico della nozione in esame, giunge peraltro a una sorta di *interpretatio abrogans* del delitto di percosse, dovendosi anche le ecchimosi, le abrasioni e le contusioni di ogni genere ricondurre alla fattispecie di cui all'art. 582 e non invece, come appare certamente più confacente alla *ratio* dell'incriminazione *de qua*, a quella tracciata dall'art. 581. Infine, non vi è chi non veda come la polarizzazione esclusiva del giudizio in ordine alla carica lesiva dell'azione del sanitario sul momento *iniziale* della stessa, necessariamente concretantesi nell'effrazione dell'integrità corporea del paziente – pertanto prescindendo dalla considerazione che essa rappresenta unicamente la fisiologica *estrinsecazione* di un atto finalizzato al complessivo miglioramento della salute del malato – presupponga, per un verso, un giudizio della prestazione medica che pecca di formalismo e astrattezza, invertendo metodologicamente la valutazione del mezzo con quella del fine della stessa, e, d'altro canto, opera un vistoso *misunderstanding* del significato, intrinsecamente lesivo e negativo, immanente alla nozione di lesione personale, ai sensi e per gli effetti della norma penale. Nell'ipotesi di esito infausto e in presenza, quindi, di un oggettivo peggioramento dello stato di salute del paziente, se non addirittura della morte di costui qualora al medico non sia possibile ascrivere alcuna violazione di regole cautelari, appare evidente come allo stesso non possano imputarsi gli eventi testé menzionati poiché essi sarebbero avvinti da un nesso di causalità non riferibile, a un attento esame, all'operato del sanitario, bensì al precedente *stato morbo-*

nel quale versava, in ipotesi, il paziente, dovendosi pertanto ritenere la preesistente patologia – che la terapia, per quanto eseguita *legibus artis*, non sia riuscita ad arrestare, né lo avrebbe potuto – unica *condicio sine qua non* dell'evento in concreto realizzatosi.

IL TRATTAMENTO CHIRURGICO ARBITRARIO, TRA COSTRUTTIVISMO TEORETICO E OSCILLAZIONI PRASSEOLOGICHE

Esaurita, come confidiamo, la questione concernente il fondamento e i limiti di liceità dell'intervento eseguito *legibus artis*, passiamo ora a esaminare il cuore della presente analisi.

Come abbiamo avuto modo di osservare nelle pagine che precedono, la rilevanza e la funzione del consenso in relazione al trattamento sanitario sono state tradizionalmente riferite in via esclusiva al bene dell'integrità fisica, omettendosi *tout court* ogni richiamo alla libertà di autodeterminazione del paziente, la quale, invece, appare il baricentro su cui effettivamente si incardina tale istituto. Gli esiti, talora aberranti, cui il fraintendimento del bene realmente sotteso all'istituto del consenso può condurre sono tragicamente racchiusi nella motivazione della nota sentenza Massimo,¹¹ nell'ambito della quale il riferimento esclusivo del consenso ai soli beni della vita e dell'integrità fisica ha determinato la trasposizione, di riflesso, del giudizio in ordine alla penale responsabilità per la *violazione della libertà di autodeterminazione del paziente* sul profilo inerente all'imputazione dell'evento lesivo. Tale pronuncia rappresenta il primo caso in Italia di applicazione della fattispecie di omicidio preterintenzionale in relazione all'ipotesi di un chirurgo il quale, nel corso di un intervento – peraltro eseguito in assenza di alcuna riscontrata violazione delle *leges artis* – aveva proceduto all'asportazione totale del retto in un'anziana paziente – successivamente deceduta – la quale aveva prestato il proprio consenso alla sola asportazione transanale di un adenoma villosa. La *meccanica* applicazione del titolo delittuoso di cui all'art. 584 c.p. consegue coerentemente

dalla contestabile premessa, secondo cui il sanitario, il quale proceda a un intervento difforme rispetto a quello previamente prospettato e consentito, porrebbe in essere "consapevolmente e volontariamente" una condotta integrante la fattispecie criminosa della *lesione volontaria*, sussistendone gli estremi dell'offesa all'integrità fisica della persona e dell'elemento intenzionale richiesto, *id est* il dolo generico, poiché la prestazione sanitaria, effettuata in assenza del consenso ovvero di stato di necessità, "non è riscattabile dalla sua natura medica e cioè dalla finalizzazione *soggettivamente* terapeutica perseguita dall'autore e dall'oggettiva possibilità di eliminazione della *lesione*", unicamente il consenso potendo elidere in concreto "l'antigiuridicità del fatto e rendere questo legittimo".

Orbene, in tale prospettiva, ritenendosi che l'attività medica non potrebbe in alcun modo essere scriminata dall'invocazione di un consenso presunto del malato, si omette di rilevare come, qualora il medico, nel caso *sub judice*, avesse deciso di richiudere la "breccia operatoria" al fine di richiedere il consenso sul nuovo intervento di cui si prospettava l'urgenza, così sottraendo, sotto tale profilo, la propria condotta dall'alveo dell'illiceità nell'ipotesi di morte della paziente attribuibile a un progresso della patologia, si sarebbe potuta profilare, in capo al medico, un'ipotesi di responsabilità colposa per omissione.¹² La ritenuta equiparazione dell'intervento chirurgico – seppur sostenuto da finalità e indicazione terapeutica, ma solo in ragione della consapevole mancanza del consenso – ad atto lesivo dell'incolumità personale dello stesso – con la conseguente configurazione del delitto di lesioni personali volontarie e in caso di morte solo causalmente connessa all'atto medico, pur eseguito *legibus artis*, dell'omicidio preterintenzionale (secondo una lettura, peraltro, non conforme a Costituzione dell'art. 584 c.p.¹³) – sottende una concezione del consenso informato quale *presidio dell'intangibilità corporale del paziente*, la cui mancanza conferirebbe al trattamento arbitrario il requisito di tipicità del delitto di cui all'art. 582 c.p., pur in assenza di colpa in rapporto all'esecuzione dell'intervento. 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 vari 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 il disvalore di evento del delitto in esame già nella mera incisione del corpo del paziente (di per sé priva di autonomia funzionale) solo perché "arbitraria", non sorretta dalla volontà adesiva del paziente, come se l'assenza di questa fosse sufficiente a connotare di idoneità lesiva un'azione volta invece al miglioramento delle condizioni generali di salute del malato. La prospettata soluzione non appare in alcun modo condivisibile, sol che si consideri come, incentrandosi il paradigma del delitto preterintenzionale sulla condotta di un soggetto il quale si ponga volontariamente in un contesto penalmente illecito e vieppiù pericoloso per il bene vita, non sarebbe in alcun modo possibile ricondurre la prestazione medica, *legibus artis* eseguita, a quel novero di attività legislativamente tipizzato in ragione della pericolosità di tali azioni per il medesimo bene. Né potrebbe essere la carenza del consenso, elemento estrinseco e di per sé solo influente sull'essenza della prestazione medica, a dissolverne la direzionalità benefica, paradossalmente trasformando l'intervento salvifico da atto intrinsecamente volto al miglioramento dello stato di salute del paziente, attraverso l'arresto del processo patologico preesistente, in gesto criminoso sorretto da un *animus laedendi* carico di disvalore. Il dolo del delitto base di lesioni viene, in tal modo, assorbito *tout court* dalla consapevolezza dell'assenza del consenso – l'unico oggetto ricompreso nell'orizzonte psicologico dell'agente, nel caso di specie; la volontà del medico di prescindere da un valido consenso del paziente condiziona pertanto il titolo di responsabilità cui al sanitario viene imputato l'esito avverso della terapia. Parimenti, non sarebbe sostenibile la possibilità di imputare al sanitario, a titolo di colpa, l'evento infausto dell'intervento, lo stesso non potendo certo dirsi rappresentare la concretizzazione del rischio insito nella violazione del

dovere di preventiva informazione del paziente, sol che si consideri come essa non assorba in sé in alcun modo una rilevante esposizione a pericolo del bene tutelato dalla norma incriminatrice del delitto di lesioni, ovvero di omicidio – con riferimento, ovviamente, all'ipotesi di morte del paziente – del tutto *eterogeneo* rispetto all'oggettività giuridica presidiata dall'obbligo, incombente sul medico, di informazione e acquisizione del consenso del malato. Così, pur volendosi intendere, con la Corte regolatrice, il consenso quale causa di giustificazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 50 c.p., ritenendosi inapplicabile in materia penale il disposto di cui all'art. 5 c.c.,¹⁴ una responsabilità per l'esito avverso dell'intervento, pur sorretto da indicazione terapeutica, non sarebbe configurabile, a titolo di colpa, a carico del chirurgo il quale, in ipotesi, verta in errore determinato da colpa circa la sussistenza del consenso validamente prestato dal paziente, dal momento che, in assenza di alcuna violazione delle *leges artis* – termine iniziale per la sussistenza di una penale rilevanza dell'azione del medico, a livello colposo – il suddetto errore non varrebbe ad attribuire alla condotta del chirurgo, sul piano oggettivo, l'efficacia eziologica richiesta dallo statuto epistemologico della causalità. Né, d'altro canto, il medesimo errore colposo integrerebbe gli estremi dell'elemento psicologico contemplato dall'art. 590 c.p., incidendo esso semmai sul diverso profilo della violazione della libertà di autodeterminazione del paziente in ordine alle sorti del proprio corpo, detta violazione rilevando – ma, si badi, unicamente se sorretta da dolo, non potendosi pertanto applicare a tal fine, nell'ipotesi in esame, il disposto di cui all'art. 59, ultimo comma, c.p., e ovviamente al di fuori dei casi di assoluta necessità e urgenza dell'intervento – alla stregua del delitto di violenza privata ovvero, nel caso di previa somministrazione di anestetico, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 613 c.p. In termini di sintesi, la condotta contestata al medico, nel caso di specie, non pare a nostro avviso integrare in alcun modo gli estremi previsti dal tipo delittuoso di cui all'art. 584. In particolare, pare difettare la *non equivocità* della direzione degli atti richiesta dalla *littera legis*; e invero, raffrontando la formulazione della norma in esame con quella di cui all'art.

56, si evince come gli atti "diretti a commettere" uno dei delitti previsti dagli artt. 581 e 582, per quanto non necessariamente *idonei* a consumare tali reati – altro essendo l'evento rilevante ai sensi dell'art. 584 – devono tuttavia risultare *non equivocamente diretti a realizzare* il delitto di percosse o quello di lesione e ciò sotto il duplice profilo, soggettivo e oggettivo, altrimenti si rischierebbe di includere nel novero di tali atti anche quelli meramente preparatori e quelli invece diretti a commettere delitti *diversi* da quelli testé menzionati. Ne consegue che la forma minima del coefficiente psicologico richiesto dalla fattispecie *de qua* si sostanzia nel dolo diretto, dovendo gli atti – già sul versante oggettivo insuscettibili di diverse interpretazioni e dunque *univocamente* orientati alla lesione dell'oggettività giuridica tutelata – essere sorretti da una volontà inequivocabilmente diretta all'offesa dell'incolumità individuale della vittima. In effetti, pur non ritenendo necessaria una maggiore pregnanza dell'elemento volitivo del dolo, al fine di attenuare il rigore dell'ascrizione dell'evento letale a titolo di responsabilità oggettiva, sembra essere la stessa *littera legis* dell'art. 584, nella parte relativa alla tipizzazione della condotta, a escludere la possibilità di trasporre, sul terreno del delitto preterintenzionale, il postulato addotto in favore della compatibilità del requisito psichico del tentativo con l'intero novero delle forme del dolo – *id est* l'asserita carente autonomia dogmatica del tentativo rispetto all'Idealtipo del delitto consumato – richiedendosi, in capo all'agente, la volizione e la rappresentabilità della propria condotta quale diretta a offendere l'incolumità individuale della vittima. Ciò posto, pare evidente come, nel caso *sub judice*, la condotta del medico non potesse certo dirsi rivolta a realizzare il delitto di percosse o quello di lesione né sotto il profilo oggettivo – a ciò non bastando la mera incisione del corpo della paziente, la quale, di per sé priva di autonomia funzionale, va vista quale momento strumentale a un intervento salvifico – né sotto il versante relativo all'elemento psicologico, difettando assolutamente nell'agente l'*animus laedendi* e dovendo, al contrario, ritenersi l'azione del chirurgo sorretta dalla volontà di impedire l'avanzare del processo patologico, già in atto nel corpo dell'anziana paziente.

OMICIDIO PRETERINTENZIONALE E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

Nel caso Massimo, sulla scorta di un'interpretazione "debole" del titolo ascrittivo di responsabilità di cui all'art. 584 quale ipotesi di dolo misto a responsabilità oggettiva, il Supremo Collegio ha imputato, in capo al sanitario, la responsabilità per l'evento letale in virtù del mero nesso eziologico tra la morte della paziente e la condotta da lui posta in essere – del tutto scevra da eventuali profili di colpa professionale – riproponendo, in ultima analisi, il paradigma della responsabilità oggettiva. Benché la ricostruzione ermeneutica proposta appartenga, in realtà, a più di una pronuncia di legittimità,¹⁵ pur tuttavia deve essere osservata come non siano mancati tentativi, tanto della giurisprudenza quanto della dottrina più sensibile,¹⁶ volti a elaborare un'interpretazione adeguatrice della norma in esame tale da esigere l'instaurazione, tra fatto-base ed evento letale, di un raccordo idoneo a riaffermare il principio costituzionale di colpevolezza. In tale prospettiva, appare *necessario* rimodellare il delitto preterintenzionale secondo il canone della responsabilità colpevole, subordinando l'applicazione della norma incriminatrice alla possibilità di muovere all'agente un rimprovero per *colpa*, in ordine alla causazione dell'evento. Nel caso dell'omicidio preterintenzionale, pertanto, risponderà del titolo delittuoso di cui all'art. 584 c.p. colui il quale, con atti diretti a cagionare percosse o lesioni, abbia provocato la morte di un uomo, unicamente qualora un *homo ejusdem professionis et conditionis* – eventualmente dotato delle superiori conoscenze possedute dall'agente in concreto – avrebbe ragionevolmente potuto prevedere l'intervento del fattore causale che abbia fatto degenerare le percosse o le lesioni nell'evento letale. E ciò perché, diversamente dall'ipotesi dell'evento riconducibile allo scopo preventivo della norma violata – ove il requisito di prevedibilità del risultato appare intrinseco alla stessa trasgressione della regola cautelare – in relazione agli ulteriori eventi eccentrici rispetto allo scopo preventivo del precetto cautelare, il coefficiente di imputazione dell'evento deve essere subordinato a un accer-

tamento di prevedibilità in concreto circa il suo verificarsi. Si dovrà, quindi, riscontrare se l'evento in concreto realizzatosi sia stato effettivamente prodotto da un decorso eziologico corrispondente alle peculiarità della condotta, nella specie posta in essere, alla luce di un canone di sostanziale *omogeneità* tra il pericolo riferibile a tale azione e l'esito dalla stessa, in concreto, determinato. E invero, la stessa analisi della sistematica codicistica dimostra come la preterintenzione configuri un'ipotesi di responsabilità colpevole, sol che si consideri come la medesima rubrica dell'art. 42 contrapponga la responsabilità *obiettiva* a quella per dolo, colpa o per delitto *preterintenzionale*; come il secondo comma della norma operi un accostamento tra responsabilità preterintenzionale, dolosa e colposa; laddove invece la responsabilità oggettiva, disciplinata dal comma successivo, delinea un titolo di ascrizione dell'evento all'agente, *altrimenti* che per dolo, colpa o preterintenzione, quale conseguenza della sua azione od omissione. Infine, all'interno delle forme dell'elemento psicologico del reato, la norma di cui all'art. 43 c.p. prevede, oltre al dolo e alla colpa, anche la preterintenzione. Tali rilievi evidenziano, *a fortiori*, come l'interpretazione costituzionalmente orientata del delitto preterintenzionale testé descritta risponda peraltro a una *ratio* di coerenza sistematica con l'insieme delle citate norme di parte generale, attingendo a risultati certamente più condivisibili di quelli cui perviene quel diverso orientamento ermeneutico¹⁷ che ravvisa nel caso in esame un'ipotesi di responsabilità per dolo – rispetto al compimento di atti diretti a percuotere ovvero a cagionare una lesione personale – mista a colpa – in relazione all'evento più grave della morte della vittima – per *inosservanza di leggi*, ai sensi dell'art. 43, comma primo, terzo alinea c.p., ove le leggi la cui inosservanza integra la colpa vengono identificate con le norme incriminatrici del tentativo dei delitti di percosse o lesioni. E invero, non appare sostenibile la configurabilità, nel caso di specie, di un'ipotesi di colpa per inosservanza di leggi perché le leggi la cui violazione genera *culpa* sono solo quelle che vietano di agire ovvero impongono di farlo con determinate modalità al fine esclusivo di prevenire il verificarsi di eventi lesivi e in tale categoria non rientrano certamente

le norme incriminatrici del tentativo dei delitti di percosse o lesioni, la cui *ratio* appare tesa a prevenire l'esposizione a pericolo del bene della personale integrità fisica e non, invece, a sanzionare la realizzazione di ulteriori e più gravi eventi – quali, nel nostro caso, la morte. Gli esiti cui perviene tale impostazione non appaiono, del resto, meno contestabili di quelli raggiunti dalla tesi della responsabilità oggettiva, della quale la prima sembrerebbe voler fornire un mero *camouflage* al solo fine di sottrarre la responsabilità oggettiva a possibili censure di incostituzionalità per violazione del principio di colpevolezza. L'adozione della descritta lettura costituzionalmente orientata del delitto di cui all'art. 584 avrebbe condotto i Giudici di legittimità, nel caso in analisi, a negare *in radice* la configurabilità della fattispecie di omicidio preterintenzionale, non essendo possibile muovere al medico alcun rimprovero in ordine alla causazione colposa dell'evento letale, per l'eventuale violazione delle regole cautelari, imperniate sul criterio della *prevedibilità oggettiva*, idonee a escludere l'esposizione a pericolo del bene della vita, avendo egli peraltro orientato la propria condotta alla suprema esigenza della salute della paziente e al rispetto delle *leges artis*. Non avendo egli violato alcuna norma preventiva, avvinta con un nesso di necessaria corrispondenza, sul piano teleologico, all'evento in concreto verificatosi, l'ascrizione operata dal giudicante in capo all'imputato della penale responsabilità in ordine all'evento letale realizzatosi pare riproporre, surrettiziamente, il paradigma del *versari in re illicita*. In linea generale, il trattamento sanitario eseguito *legibus artis*, benché in assenza del consenso validamente prestato dal paziente, non sembra possa assurgere a integrare i profili di tipicità dell'art. 584 c.p. poiché l'evento letale eventualmente verificatosi non rappresenterebbe comunque la realizzazione del pericolo tipico scaturente da una condotta oggettivamente colposa. E invero, anche accogliendo l'impostazione della teoria dell'adeguatezza sociale, pare evidente come non possa individuarsi nella prestazione medica – tradizionalmente ricondotta nell'alveo del rischio adeguato in relazione all'oggettività giuridica tutelata dalla norma incriminatrice dell'omicidio preterintenzionale – il fondamento della responsabilità *ex*

art. 584 c.p., legandosi essa a una condotta scevra di un sostrato di rischio consentito. Né sembra possa essere la mera assenza del consenso del paziente, di per sé sola, a far venire completamente meno l'adeguatezza sociale della prestazione medica, rivestendo essa, all'interno dell'ordinamento giuridico, un interesse che poggia su un bilanciamento tra il disvalore espresso dalla natura arbitraria dell'atto e il fine dallo stesso perseguito, identificantesi nella salvaguardia della salute dei consociati.

L'INCOERCIBILITÀ DEL VIVERE

Gli esiti, del tutto abnormi, di cui è foriera la pericolosa sinergia tra l'adozione di una nozione *stricto sensu* giuridica di malattia, estranea a ogni eterointegrazione da parte di concetti extranormativi, e il ricorso al consenso quale circostanza di liceità di un'attività, ritenuta altrimenti idonea ad attingere lo schema delittuoso di cui all'art. 582 c.p., significativamente desumibili dai brani, appena sopra riportati, della motivazione della pronuncia Massimo, impongono l'adozione di un diverso approccio all'interpretazione della disciplina del trattamento sanitario arbitrario. In particolare, appare opportuno, da un lato, ricercare un diverso fondamento di liceità dell'attività medica e dall'altro individuare con precisione la natura dei beni giuridici realmente lesi nelle ipotesi di trattamento medico-chirurgico effettuato in assenza di volontà adesiva da parte del paziente, ovvero in spregio del dissenso espressamente manifestato da costui. In relazione al primo dei due profili testé indicati, devesi osservare come il punto di maggiore debolezza della ricostruzione ermeneutica proposta dai giudici di legittimità risieda nella ritenuta identificazione del consenso del paziente, quale reale ed esclusivo fondamento di liceità della prestazione medica, altrimenti equiparata *tout court* a una condotta lesiva dell'altrui integrità fisica, con ciò trascurando del tutto l'intrinseca direzionalità dell'azione del medico, sorretta certamente non da *animus laedendi* bensì, al contrario, orientata a impedire l'avanzamento del processo morboso preesistente. Del resto, conducendo l'indagine sotto il diverso, seppur collegato,

profilo dell'elemento soggettivo, non vi è chi non veda come l'inquadramento del trattamento medico nell'ambito delle scriminanti conduce a esiti contraddittori. E infatti, se fosse possibile ritenere lecita la prestazione chirurgica eseguita nel rispetto delle *leges artis* mediante il ricorso a cause di giustificazione, tutte le ipotesi di colpa professionale dovrebbero coerentemente rappresentare altrettanti casi di eccesso colposo, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 55 c.p. Viceversa, proprio l'impossibilità di ricondurre la colpa professionale nell'alveo della disciplina dettata da tale norma dimostra, *a fortiori*, che il fondamento della liceità del trattamento medico non è da rinvenirsi in un *quid* estrinseco, ma va invece ricercato, *ab interno*, nella stessa *man-canza di tipicità* dello stesso rispetto ai delitti di lesioni personali e di omicidio e ciò *indipendentemente* dall'esito dell'intervento terapeutico. Solo in tal modo, invero, diviene possibile fornire una spiegazione coerente del binomio "liceità dell'intervento-colpa professionale", venendo essi non più trattati alla stregua di problemi separati bensì inquadrati entrambi all'interno del paradigma normativo degli artt. 589 e 590 c.p. Ma ciò che più preme sottolineare attiene propriamente al carattere "autolegittimantesi" della prestazione medica,¹⁸ discendente non tanto dalla sua stessa utilità e vantaggiosità sociale, quanto dalla finalizzazione della stessa alla salvaguardia di un bene costituzionalmente tutelato (arg. ex art. 32 della Carta Fondamentale), tale da escludere *in radice* la necessità di rinvenire, *ab externo*, in qualsiasi luogo dell'ordinamento, requisiti ulteriori di legittimazione della stessa, che debbano riscattarne la pretesa antiggiuridicità poiché essa, qualora condotta in vista della suprema esigenza della salute del singolo e secondo i dettami delle *leges artis*, non delinea affatto l'elemento della tipicità del delitto di lesioni personali o di omicidio. In tale prospettiva, sarebbe inoltre possibile individuare la reale funzione del consenso nell'ambito della prestazione medico-chirurgica, non più inteso quale presidio dell'intangibilità corporea del paziente, la cui sussistenza esplicherebbe efficacia scriminante di un'attività altrimenti illecita, né concepito alla stregua di requisito ulteriore di definitiva liceità della stessa.¹⁹ Tale ultima asserzione sottende, infatti, una concezione dell'esercizio dell'at-

tività medica e della potestà di curare, quale posizione giuridica soggettiva "fievole", tale da attingere alla pievezza del diritto unicamente mediante l'acquisizione del consenso del paziente, laddove invece, a nostro avviso, non potrebbe parlarsi di "diritto condizionato", suscettibile di espansione in virtù del ricorrere della volontà adesiva del malato, ben diverso essendo il rapporto intercorrente tra quest'ultima e i requisiti di liceità della prestazione medica. E invero, il consenso del paziente al trattamento medico pare, a nostro avviso, l'effettivo presidio posto a tutela della libertà di autodeterminazione dell'individuo, il quale trova il proprio fondamento a livello costituzionale non tanto e non solo ai sensi dell'art. 13, quanto soprattutto *ex art. 32*, il bene della salute stagliandosi quale diritto individuale rispetto a cui la pur ineliminabile sua dimensione sociale degrada inevitabilmente a mero interesse. E invero, la circostanza che il comma secondo della norma costituzionale testé citata disponga che i trattamenti sanitari obbligatori sono ammessi solo per disposizione di legge, e comunque subordinatamente al rispetto della persona umana, evidenzia chiaramente come il diritto alla salute includa in sé anche il suo opposto, *id est* il diritto al rifiuto di cure, pena un'insostenibile ingerenza statale, in chiave paternalistico-autoritaria, nelle scelte fondamentali dell'individuo, le quali, appunto, devono restare libere. Del resto, la contraria opinione, che ha ritenuto di individuare un dovere civico alla salute fondato su inderogabili doveri di solidarietà sociale, *ex art. 2 Cost.*, ovvero collegato al dovere di lavoro,²⁰ non può che ammettere l'esistenza di un mero dovere civico, in quanto tale sprovvisto di azionabilità diretta nel caso di inosservanza e altrettanto è a dirsi per il dovere di lavoro, il che non può non dimostrare la debolezza, nonché la scarsa valenza euristica della tesi in esame. Al contrario, il riconoscimento di un diritto al rifiuto delle cure consente di leggere, in senso maggiormente conforme all'afflato personalistico che permea di sé la nostra Costituzione, talune conflittuali situazioni, le quali difficilmente incontrano soluzioni univoche. Ci si riferisce, in particolare, alla vicenda dei malati terminali, in relazione ai quali il riconoscimento di un diritto a non curarsi, e finanche a morire, consente di evitare situazioni di

vero e proprio accanimento terapeutico, dinanzi alle quali non può che riaffermarsi con forza l'*incoercibilità del vivere*, sorgendo, in capo al medico, l'obbligo di rispettare la volontà del paziente di rifiutare trattamenti sanitari, benché "salvavita". Nell'ipotesi, invece, di rifiuto di terapie che comporti l'interruzione tecnica di un sostegno artificiale salvavita (si pensi alla disconnessione del respiratore artificiale o dei macchinari per il battito cardiaco), la soluzione appare solo in parte coincidente. Per un verso, infatti, la condotta del medico, rispettosa della volontà del malato, pare comunque lecita, dovendosi escludere la configurabilità del delitto di omicidio del consenziente, in quanto deve comunque riconoscersi come, innanzi all'esplicito dissenso del malato, venga meno, in capo al medico, l'obbligo giuridico di approntare terapie di ogni tipo. Dall'altro lato, si è affermato in dottrina come l'interruzione tecnica del trattamento non possa ritenersi obbligatoria, dovendosi parimenti garantire la libertà del medico di seguire le proprie convinzioni etiche o deontologiche.²¹

In secondo luogo, il riconoscimento dell'*incoercibilità della vita* consente di adottare un approccio equilibrato nella risoluzione della questione del rifiuto di emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova sui figli minori, in relazione alla quale un'adeguata ponderazione del diritto al rifiuto di cure per motivi religiosi, da un lato, e del dovere di allevare la prole, dall'altro, conduce a ritenere legittimo il rifiuto unicamente qualora esso si riferisca a un soggetto maggiorenne, pertanto presuntivamente capace di autodeterminarsi.²² Laddove, invece, l'emotrasfusione vada effettuata su di un minore, il rifiuto opposto dai genitori non può che apparire illecito perché l'esercizio della potestà parentale deve tendere alla tutela della salute e non già all'eteroimposizione di limiti alle possibilità di vita, benché dettati dalle più intime convinzioni religiose. Presenta, infine, analoghi problemi la questione inerente allo sciopero della fame dei detenuti e alla legittimità o meno della loro alimentazione forzata. Al riguardo, in assenza di una specifica norma che l'autorizzi, non sembra possibile sostenerne la liceità, in quanto, essendo l'alimentazione forzata prevalentemente legata a motivi di ordine pubblico, non sembrano essi sufficienti a legittimare la violazione di spe-

cifici diritti di libertà degli individui. E inoltre, dalla norma di cui al secondo comma dell'art. 32 Cost., può evincersi come la liceità dei trattamenti sanitari obbligatori sia subordinata al fine di tutelare, oltre al soggetto di riferimento, anche la salute dei consociati da malattie contagiose o diffuse, alle quali non possono certo equipararsi gli scioperi della fame dei detenuti. Potrebbero, tuttavia, residuare talune perplessità in relazione ai casi nei quali il detenuto perda conoscenza, il che consentirebbe di spiegare il senso del progetto di legge presentato dal Guardasigilli del 1982, On. Darida, alla stregua del quale si prescriveva l'alimentazione forzata unicamente qualora il soggetto versasse in "imminente pericolo di vita".²³ In realtà, deve tuttavia rilevare come il riferimento a tale estremo stato di necessità non appaia sufficiente, sol che si consideri come il vero problema non attenga propriamente al profilo della necessità giustificante, bensì all'aspetto della *validità* del rifiuto dell'alimentazione, data la precarietà delle condizioni di salute del detenuto. Del resto, pur volendo ricorrere al paradigma delineato dall'art. 50 c.p., appare opportuno valorizzarne la portata realmente innovativa, racchiusa nel riconoscimento della rilevanza degli interessi della vittima nella determinazione delle oggettive istanze di tutela dei beni giuridici, sino al punto di poter delimitare lo stesso *an* dell'intervento penale, in tali ipotesi l'interesse collettivo alla tutela dell'oggettività giuridica di riferimento polarizzandosi non tanto sul bene in sé, né sull'evenienza di un suo danno, bensì su un'efficace tutela giuridica delle concrete situazioni di rilevanza individuale sottese alla norma incriminatrice *de qua*. La disposizione di cui all'art. 50 c.p. segnerebbe l'irrompere, all'interno del binomio *reo-jus puniendi* statale, di un terzo polo di interessi, tale da includere in sé le concrete condizioni che fanno capo alla vittima, parzialmente abbandonando quella concezione della vita umana intesa quale interesse normativo, astratto e lontano dal singolo. Lo *jus puniendi* statale non troverebbe pertanto legittimazione qualora il soggetto passivo del reato abbia rinunciato all'istanza di tutela pubblica che, solo sussidiariamente, l'ordinamento penale appronta, nell'ipotesi in cui non possa attivare i propri poteri di gestione consapevole.

LA VIOLAZIONE DEL CONSENSO AL TRATTAMENTO MEDICO: TRA LESIONE DELL'INTEGRITÀ FISICA E DELITTO CONTRO LA LIBERTÀ MORALE

Quanto appena osservato non implica, tuttavia, il riconoscimento della liceità del suicidio – inteso quale espressione di un diritto costituzionalmente garantito – il quale, benché non punibile nella sua forma tentata, presenta profili notevolmente complessi con riferimento all'individuazione della propria natura giuridica. Autorevole dottrina propendeva, invece, per la sua anti giuridicità, dal momento che se l'art. 580 c.p. ne incrimina l'attività di istigazione o di aiuto, dovrebbe concludersi coerentemente per l'illiceità dell'attività istigata o agevolata, ritenendosi inoltre sussista, in capo a ogni consociato, un obbligo di tipo solidaristico volto a esercitare la somma dei doveri verso la società, che presuppongono necessariamente la vita.²⁴ Tale ultima asserzione non pare, però, in alcun modo sostenibile dal punto di vista gius-costituzionalistico, in quanto unilateralmente imperniata su di una visione *pubblicistica* del bene vita, che appare tutelato non in sé, ma unicamente nella sua dimensione funzionale a interessi esterni. Sul principio della piena autonomia dell'individuo si basa invece l'orientamento opposto, volto a riconoscere nel suicidio un diritto inviolabile e garantito – si badi, non semplicemente concesso – dall'art. 2 Cost.²⁵ Benché suggestiva, tale impostazione lascia aperti, tuttavia, dubbi di non poco momento. E invero, il riconoscimento dell'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito al suicidio implicherebbe l'identificazione dell'azionabilità dello stesso dinanzi allo Stato, il quale avrebbe l'obbligo di soddisfare la volontà dei soggetti i quali, a causa di inabilità fisica, non possano suicidarsi da soli e ciò al fine di rimuovere ogni possibile discriminazione, giusto il disposto dell'art. 2 Cost. Ne discenderebbe, inoltre, la possibilità di incriminare *ex art.* 610 c.p. il comportamento di quanti operino una condotta di salvataggio del suicida e, per converso, risulterebbe scriminata per legittima difesa l'aggressione del soccorritore da parte del sui-

cida. Sembra pertanto possibile concludere nel senso che, se l'afflato personalistico che permea di sé la nostra Costituzione non si identifica certamente con un radicalismo individualista, non tutto ciò che è penalmente lecito costituisce esercizio di un diritto costituzionalmente garantito. In altri termini, se pare corretto escludere l'antigiuridicità del suicidio, esso deve configurarsi quale mero esercizio di una libertà "autorizzata negativamente" dall'ordinamento, il quale deve assumere un atteggiamento di neutrale *self-restraint*, di mancata intromissione rispetto a intime scelte individuali, non lesive di beni giuridici di altrui appartenenza.²⁶ Da ciò discende coerentemente, *a fortiori*, da un lato il riconoscimento del diritto del paziente al rifiuto di terapie di sostegno vitale, dall'altro la configurabilità del delitto di violenza privata in relazione al trattamento medico effettuato in spregio al dissenso validamente espresso dal malato, ovvero praticato, in assenza del suo consenso, al di fuori dei casi di assoluta necessità e urgenza; nell'ipotesi, poi, di previa somministrazione di anestetico, la condotta arbitraria del medico sarà sanzionabile *ex art.* 613 c.p. e ciò a prescindere dall'esito dell'intervento, esso non incidendo minimamente sul profilo inerente alla libertà di autodeterminazione del paziente. E invero, con riferimento a tale ultima ipotesi, dal combinato disposto degli artt. 728 e 613 c.p., può evincersi come la liceità dell'azione tesa a porre taluno in stato di narcosi sia subordinata alla previa acquisizione del consenso dell'interessato, richiedendosi altresì che dal fatto non derivi 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 a uno stato di narcosi, quale certamente appare essere quello derivante dall'anestesia. Al di fuori di tali casi, residua *sine dubio* la possibilità di incriminare, *ex art.* 610, il trattamento chirurgico arbitrario. E infatti, dal momento che, a differenza dell'art. 154 del Codice del 1889, nell'art. 610 c.p. vigente la violenza non viene più ricondotta alla perturbazione dell'altrui sfera del volere quanto invece a un comportamento concreto – di azione, tolleranza od omissione – non consentito dal soggetto passivo, non richiedendo mediazione intellettuale alcuna da parte della vittima poiché, inoltre, non

può negarsi come, nell'eseguire un intervento non 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 un'ipotesi di costrizione violenta del paziente a soggiacere a un'azione non voluta. Sembra, del resto, integrato il coefficiente psicologico di cui all'art. 610, sussistendo certamente, nel fuoco della rappresentazione e volizione dell'agente, l'imposizione al paziente di un trattamento non consentito. Qualora, poi, dal trattamento arbitrario derivino, quali conseguenze *colpose* dello stesso, lesioni ovvero la morte del paziente, potrà profilarsi, in capo al medico, un'ipotesi di responsabilità *ex art.* 586 c.p., dovendosi interpretare tale norma con la dottrina più attenta al rispetto del principio *costituzionale* di colpevolezza, nel senso che la morte o la lesione di una persona che conseguano alla commissione di un delitto doloso siano ascritte all'agente unicamente qualora cagionate per colpa, solo, cioè, se si tratti di conseguenze concretamente prevedibili da un "agente modello", a motivo del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale intrinseca alla consumazione del delitto base. La soluzione testé descritta ha peraltro di recente incontrato l'autorevole avallo della Corte regolatrice, la quale ha affermato – limitatamente, tuttavia, ai casi di trattamento sanitario effettuato in spregio al *dissenso*, liberamente e consapevolmente manifestato dal paziente – la configurabilità del reato di violenza privata, ma non, nell'ipotesi in cui l'intervento comporti lesioni chirurgiche e il paziente muoia, del più grave delitto di omicidio preterintenzionale, "non potendosi ritenere che le lesioni chirurgiche, strumentali all'intervento terapeutico, possano rientrare nella previsione di cui all'art. 582 c.p.",²⁷ dando luogo così a un importante e, peraltro, salutare mutamento di rotta rispetto alle posizioni *estreme* assunte nella sentenza Massimo.

PROFILI DI RI-ELABORAZIONE DOMMATICA

In una prospettiva *de jure condendo*, sarebbe tuttavia certamente auspicabile l'introduzione di una norma *ad*

hoc la quale consenta di apprezzare, nella loro interezza, le peculiarità del contesto in esame. In tal senso, potrebbe risultare utile uno sguardo alla legislazione comparata, e in particolare al par. 162 del progetto governativo tedesco-federale di codice penale del 1962, che prevedeva una fattispecie inerente al trattamento medico arbitrario inserita nel capo relativo ai delitti contro la vita e l'integrità fisica e non invece, come sembrerebbe più corretto, nel capo concernente i reati contro la libertà morale. In tal senso appaiono, invece, orientarsi sia il par. 123 dell'*Alternativ-Entwurf* del 1966, sia il par. 110 dell'*ÖStGB* (codice penale austriaco), entrambi disciplinanti il "trattamento medico praticato arbitrariamente", tali fattispecie richiedendo il consenso "informato" del paziente al quale è possibile rinunciare unicamente in presenza di tassative ipotesi di necessità. Per quanto concerne le proposte di riforma avanzate nel nostro ordinamento, deve essere osservato come la Commissione Grosso abbia mantenuto una posizione negativa in ordine all'introduzione di una nuova *scriminante generale* dell'esercizio dell'attività terapeutica e degli interventi chirurgici, prevista invece dallo Schema di legge-delega Pagliaro del 1992 (art. 16, n. 5: prevedere come causa di giustificazione tipica "l'attività terapeutica, sempre che: (a) vi sia il consenso dell'avente diritto o, in caso di impossibilità a consentire, il suo consenso presumibile e l'urgente necessità del trattamento; (b) il vantaggio alla salute sia verosimilmente superiore al rischio; (c) siano osservate le regole della migliore scienza ed esperienza").²⁸ Le ragioni alla base di tale astensione, da parte della Commissione Grosso, dall'intervento riformatore in siffatto contesto, sono state espressamente ricondotte ai seguenti motivi: (a) il timore di irrigidire una disciplina "che pare più corretto riservare ai canoni ormai consolidati della prassi e della giurisprudenza"; (b) il tema del consenso esige la previa risoluzione della questione dell'informazione corretta del malato; (c) non è sempre agevole determinare quando il vantaggio alla salute sia superiore al rischio; (d) il requisito proposto dal progetto Pagliaro sembra attenere, più che alla struttura di una esimente, al profilo della mancanza di colpa; (e) non si affronta il problema, invero più urgente, della ritenuta configurabilità di delitti dolosi o preterintenzio-

nali contro la persona, nell'ipotesi di trattamento sanitario arbitrario.

Pare, tuttavia, degno di nota l'art. 70 del Progetto di riforma Pagliaro, il quale prevedeva un autonomo delitto contro la *libertà morale dell'individuo* nel caso di "attività medica o chirurgica su persona non consenziente", procedibile a querela e altresì non punibile qualora il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona. E invero, l'introduzione di un'autonoma fattispecie incriminatrice all'interno dei delitti contro la libertà morale, eventualmente subordinata alla perseguibilità a querela di parte che, nel caso di decesso, sarebbe trasmissibile agli eredi, nella misura in cui consentirebbe di evidenziare la relazione esistente tra consenso del paziente e sua libertà di autodeterminazione, permetterebbe di approntare una disciplina adeguata per le ipotesi di trattamento medico arbitrario effettuato in assenza di requisiti di urgente necessità, superando la teoria, di stampo chiaramente pubblicistico-autoritario, del dovere civico alla salute, nonché gli assunti paternalistici posti a base della filosofia ippocratica in favore del pieno riconoscimento del diritto del paziente a rifiutare consapevolmente ogni tipo di cura, in ragione dell'incoercibilità del vivere, che rappresenta il risvolto, sia pure in negativo, del diritto alla salute, nonché la più intima attuazione del diritto alla libertà del cittadino, ai sensi dell'art. 13, comma primo, della Carta Fondamentale. La prefigurazione di una disciplina *ad hoc* per le ipotesi in esame consentirebbe inoltre di evitare che, agitando il vessillo della libertà morale dell'individuo, si operino, a livello giurisprudenziale, indebite violazioni del principio di tassatività della fattispecie incriminatrice, nonché del principio di colpevolezza, rischiando di sviluppare sul terreno della punizione "esemplare" insita in quelle pronunce, qui analizzate, che hanno ritenuto configurabile il delitto di omicidio preterintenzionale a carico del medico che abbia proceduto arbitrariamente a un intervento chirurgico risoltosi con la morte del paziente, sostenendo pertanto che lo *Schutzaspekt* dell'art. 582 si spinga fino a comprendere la libertà di decidere in ordine alle sorti del proprio corpo.

Note bibliografiche

1. Schmidt EB. *Der Arzt im Strafrecht*. Leipzig, 1939, spec. 88-95
2. In argomento, per ulteriori riferimenti alla letteratura italiana e straniera sia consentito il rinvio a Manna A. *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*. Milano, Giuffrè, 1984:3-7, 25-28; nonché, successivamente, ID., voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992:1280-1292
3. Sul punto vedansi, per esempio, nella giurisprudenza civile di merito, Trib. Milano, 18 aprile 1939, in *Resp. civ. prev.*, 1940, II, 120; App. Napoli, 19 agosto 1959, in *Resp. gen. ann. G. it.*, 1960, 2958, Trib. Milano, 17 aprile 1961, in *Resp. civ. prev.*, 1961, 26; in sede penale, cfr. App. Firenze, 27 ottobre 1970, in *Giur. merito*, 1972, 323 ss., su cui non può che rinviare alle illuminanti osservazioni di Vassalli G. *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*. In *Arch. pen.*, 1973, 85-92; nonché, di recente, Trib. Venezia, 4 febbraio 1998, Chinello, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 965 ss.; e da ultimo, in sede di legittimità, Cass., Sez. V, 21 aprile 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 63, ed infine Cass., Sez. IV, 11 luglio 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 2041 ss
4. Da Avecone P. *La responsabilità penale del medico*. Milano, Giuffrè, 1981, 24-28
5. In argomento, cfr. Iadecola G. *Il medico e la legge penale*. Padova, Cedam, 1993:15
6. Ci si riferisce, in particolare, a Mantovani F, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*. In *Enc. dir.*, XV, 644-649 (7); ID., *La responsabilità del medico*. In *Riv. med. leg.*, 1980:16-19; Palazzo FC, voce *Persona (delitti contro la)*. In *Enc. dir.*, XXXII, 1992:294-299.
7. In tal senso, vedi Nuvoletti P. *I limiti taciti della norma penale*. Padova, Cedam, 1947:171; Bricola F. *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*. In *Bollettino dell'Istituto di diritto e procedura penale dell'Università di Pavia*, 1960/1961:89
8. Ci si riferisce, in particolare, a Vassalli G., *op. cit.*, 94 ss
9. Palmieri V. *Medicina forense*. Napoli, 1951:195
10. Così il *leading case* di Cass., 18 marzo 1987, in *Cass. pen.*, 1988, 609, la quale sottolinea la mancata coincidenza tra integrità fisica e salute, la quale ultima ben può esigere interventi i quali incidano sulla prima, purché finalizzati a un miglioramento complessivo delle condizioni (di salute, appunto) del paziente. Sul punto, vedasi inoltre, per una sintetica rassegna delle posizioni della giurisprudenza francese, AA.VV. *Absence de consentement éclairé et responsabilité médicale*. In *Journ. Med. Leg. Dr. Med.* 1992:117
11. Cass., Sez. V, 21 aprile 1992, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, 63; Assise Firenze, 18 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, II, 236; v. anche Ass. App. Firenze, 6 giugno 1991, in *Dir. Fam.*, 1991, 978.
12. Si consideri, in proposito, come la giurisprudenza in tema di responsabilità medica mostri una tendenza a far dipendere dal rango dei beni offesi, in rapporto di proporzionalità inversa, il coefficiente di probabilità sufficiente all'accertamento della rilevanza eziologica della condotta del sanitario, appellandosi al teleologismo del bene giuridico al fine di surrogare un'incoltabile carenza probatoria. Sul punto, sia consentito il rinvio a Manna A. *Danno alla salute e rischio professionale: le controverse indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità penale per omissionem*. In *Ind. Pen.* 2004:27-49
13. Norma la quale, sotto il profilo dell'elemento psicologico, viene intesa in sentenza come configurante un'ipotesi di dolo misto a responsabilità oggettiva
14. Ovvero anche facendo leva sulla già da noi contestata teoria soggettiva dell'interpretazione, con riferimento alla norma di cui all'art. 5 c.c., nel senso cioè di ritenerla preclusiva di atti di disposizione del proprio corpo tali da cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica, unicamente qualora effettuati in favore di terzi. Da tale interpretazione dell'art. 5 c.c., orientata alla *voluntas legislatoris*, discenderebbe l'inapplicabilità della predetta norma all'ambito medico-chirurgico. Per gli opportuni rilievi critici in merito a tale impostazione esegetica, si veda quanto già osservato *supra*, nel testo.
15. In giurisprudenza, cfr. Cass., 1 aprile 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 2002; Cass., 17 maggio 1982, in *Giust. pen.*, 1983, III, c. 579; Cass., 5 luglio 1987, in *ibid.*, 1989, II, c. 599; Cass., 20 gennaio 1988, in *ibid.*, 1989, II, c. 364; Cass., 20 febbraio 1988, in *ibid.*, 1989, II, c. 32; Cass., 20 novembre 1988, in *Riv. pen.*, 1989, 200
16. In tal senso, Patalano V, voce *Omicidio (dir. pen.)*. In *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 981; nonché, nella manualistica, Marinucci G, Dolcini E. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milano, Giuffrè, 2004:214. In senso conforme, v. Cass., 10 giugno 1983, in *Riv. pen.*, 1984, 545; Cass., 24 ottobre 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 346; Cass., 1 aprile 1985, in *Riv. pen.*, 1986, 334
17. Così Bettiol G. *Diritto penale*. Padova, Cedam, 1966:48; Nuvoletti P. *Il sistema del diritto penale*². Padova, Cedam, 1982:367
18. La tesi dell'"autolegittimazione" del trattamento sanitario è stata peraltro recepita da più di una decisione della Corte regolatrice, tanto in sede civile, quanto in sede penale. Sul punto, cfr. Cass., Sez. III civ., 15 gennaio 1997, Scarpetta c. Ospedale civile Umberto I di Ancona, in *Foro it.*, 1997, I, c. 771; Sez. IV pen., 11 luglio 2001, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, 2041; Sez. IV pen., 9 marzo 2001, Barese, *ivi*, 2002, 517, benché richiami la configurabilità di scriminanti non codificate, senza quindi ritenere la carenza di tipicità del delitto di lesioni o di omicidio, nella prestazione medica; nonché, di recente, Cass., Sez. I pen., 29 maggio 2002-11 luglio 2002, Volterrani, in *ibid.*, 2003, 2659
19. Come invece asserisce Iadecola G. *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*. In *Cass. pen.*, 2003, 2664; conforme Cass., Sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, *cit.*
20. Mortati C. *La tutela della salute nella Costituzione italiana*. In *Riv. infort.*, 1961, I, 2
21. Così Canestrari S. *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*. In Canestrari S, Cimbalo G, Pappalardo G (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*. Torino, Giappichelli, 2003:227
22. Ass. Cagliari, 10 marzo 1982, in *Foro it.*, 1983, II, 27, con nota di Fiandaca G. *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*; App. Cagliari, 13 dicembre 1982, in *Giur. it.*, 1983, II, 364 ss.; la Corte regolatrice (cfr. Cass., sez. I, 13 dicembre 1983, in *Giust. pen.*, 1984, II, c. 653) ha infine annullato quest'ultima sentenza per difetto di motivazione, limitatamente alla sussistenza del dolo.
23. Tale disegno di legge (pubblicato sul sito ufficiale del Senato [www.senato.it]), decaduto all'fine dell'VIII legislatura, comprendeva un unico articolo, da inserire nella l. 354/1975, dopo l'art. 11: "art. 11 bis (misure coercitive nel campo dell'assistenza sanitaria). Quando un detenuto o un internato rifiuta di nutrirsi, si deve procedere alla sua alimentazione forzata, allorché egli versi in imminente pericolo di vita. La decisione è adottata dal Ministro di Grazia e Giustizia, sentito l'ispettore sanitario generale dell'Amministrazione penitenziaria. L'alimentazione forzata è attuata sotto continuo controllo medico".
24. Così Manzini V. *Trattato di diritto penale italiano*. 5ª ed. A cura di Nuvoletti P, Pisapia GD. VIII. Torino, Utet, 1985:111
25. Per gli opportuni riferimenti bibliografici, cfr. Canestrari S, *op. loc. ult. cit.*
26. Così Canestrari S, *op. loc. ult. cit.*
27. Cass., Sez. I, Volterrani, *cit.*
28. I progetti di riforma in questione sono entrambi pubblicati sul sito ufficiale del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it)