Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

Dipartimento di Giurisprudenza

Tesi di Laurea in Diritto Penale

La rilevanza penale del trattamento medico arbitrario

Relatore:

Chiar.mo Prof.
Roberto Rampioni

Candidato:

Mirco Paglia

Anno Accademico 2014 / 2015

Indice

Capitolo I

L'evoluzione del rapporto medico-paziente e l'autodeterminazione terapeutica tra conquiste e aspetti problematici

1. Dal paternalismo medico all'autodeterminazione del paziente.....1
2. La libertà di autodeterminazione terapeutica nella Costituzione.....5
3. La tendenza all'esasperazione autonomistica.....9
4. I controversi rapporti tra la posizione di garanzia e l'autodeterminazione del paziente.....15
5. Dissenso e rinuncia al trattamento medico.....25

Capitolo II

Il consenso informato

Parte I

Il fondamento di liceità dell'attività medico chirurgica

1. Il ricorso alle scriminanti codificate.....34
1.2 Le scriminanti non codificate.....42
2. L'atipicità della condotta medica.....44

Parte II

I requisiti del consenso informato

1. Il consenso informato nell'ordinamento italiano e internazionale.....49

2. Requisiti del consenso informato.....52
3. Consenso informato e incapacità del paziente.....57
3.1 Il consenso presunto.....57
3.2 Rappresentanza legale e consenso informato.....60

Capitolo III

Il ruolo del consenso informato nella giurisprudenza di legittimità

1. Il consenso nella giurisprudenza della Cassazione: la sentenza "*Massimo*".....64
2. Dalla sentenza "*Barese*" alla sentenza "*Volterrani*".....67
3. L'approdo interpretativo delle Sezioni Unite, la sentenza "*Giulini*".....75
4. La giurisprudenza post-"*Giulini*".....80

Capitolo IV

La rilevanza penale del trattamento medico arbitrario

1. La rilevanza penale del trattamento medico arbitrario e i limiti derivanti dal rispetto del principio di tassatività e del divieto di analogia.....86
2. La distinzione tra esito fausto/infausto e la sussumibilità del trattamento medico arbitrario nel paradigma delle lesioni personali e nelle fattispecie di omicidio dolo e colposo.....88
2.1 La finalità terapeutica e la configurabilità del dolo.....96
3. I limiti insiti nella possibile riconduzione nella fattispecie di omicidio preterintenzionale del trattamento arbitrario con esito letale.....102
4. Il trattamento medico arbitrario come lesione alla libertà morale del paziente, *sub specie* di violenza privata e di stato di incapacità procurato mediante violenza.....106

5. La tutela civile.....109
6. Cenni di diritto comparato.....112

Conclusioni 116
Bibliografia.....CXXVI

Alla mia famiglia
con immensa gratitudine

Capitolo I
L'evoluzione del rapporto medico-paziente e l'autodeterminazione terapeutica tra conquiste e aspetti problematici

1. Dal paternalismo medico all'autonomia del paziente

La centralità e lo sviluppo che il consenso informato ha avuto negli anni in Italia è la diretta conseguenza dell'evoluzione sociale che ha interessato il rapporto medico-paziente. Per capire compiutamente la portata del tema, è necessario ripercorrere, seppur brevemente, l'evoluzione del rapporto in questione e come esso abbia contribuito sull'autodeterminazione del paziente, fino a far assumere al consenso informato la funzione di presidio della libertà di autodeterminazione terapeutica. Nel contempo daremo conto anche di alcune disfunzioni che una "esasperata autonomia" ha creato nella pratica medica.

La relazione tra medico e paziente ha avuto un'evoluzione significativa per la posizione del secondo, passando dall'essere oggetto dell'attività medica a soggetto di una relazione c.d. terapeutica.

La medicina tradizionale ha sempre considerato la figura del medico come un'autorità che si impone sul paziente, poiché solo il medico, tecnico e studioso, può conoscere il meglio per il malato (*doctor knows the best*[1]). Su questo assunto si è sviluppato il fenomeno noto come paternalismo medico, nel quale il medico «agisce, o omette di agire, per il bene del paziente senza il suo consenso»[2], interferendo «nella libertà della persona, con

[1] B. Miller, *Encyclopedia of Bioethics*, W.T. Reich (a cura di), Macmillan Publishing Company, 1995.

[2] P. Donatelli, voce *Paternalismo*, in *Dizionario di Bioetica*, E. Lecaldano (a cura di), Roma, 2002, p. 212 ss.

azioni giustificate da ragioni riguardanti esclusivamente il benessere e la salute della persona»[3]. Durante il Medioevo tale tipo di relazione ha avuto una evoluzione massiccia: il medico pensa alla malattia e si rapporta solo con questa. La convinzione che il medico operi sempre e solo per il bene del paziente, giustificava la sudditanza dello stesso, il cui consenso veniva considerato implicito per il solo fatto di aver richiesto aiuto. La sua ignoranza, in un'era nella quale la conoscenza era per pochi, lo costringeva a guardare al medico come un salvatore, un "sacerdote" della sua scienza, riponendo in lui una fiducia smisurata.

L'"Era del Paternalismo"[4] ha avuto dei primi cedimenti negli Stati Uniti grazie alla giurisprudenza che già dal XVIII secolo, si è occupata di una casistica molto ampia in tema di assenso all'azione sanitaria, proseguendo fino al XX secolo con la maturazione dell'*informed consent* e la piena consacrazione dell'autodeterminazione terapeutica del paziente.

Un primo caso risalente nel tempo, considerato vera pietra miliare in tema di consenso, è il caso *Slater* del 1767, nel quale i medici hanno deliberatamente proceduto a rifratturare un osso non ben guarito senza il consenso del paziente: i due medici vennero condannati, tra le altre cose, per aver eseguito un'azione sanitaria senza l'assenso del paziente, dato che «che la condotta dei medici fu contraria alle regole della medicina, in quanto non solo sembrava, ma era del tutto ragionevole e corretto che l'assistito dovesse essere messo al corrente di ciò che gli sarebbe stato praticato, consentendogli così di accettare con consapevolezza il nuovo intervento»[5].

---

[3] Comitato Nazionale di Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 Dicembre 2001, p. 37.

[4] M. Siegler, *From physician paternalism to patient automy to bureacucratic parsimony*, in *Arch. Inter. Med.*, 1985, p. 713.

[5] V. Mallardi, *Origine del consenso informato*, in *Acta Otorhinolaryngol. It.*, 2005, p. 320.

Nel caso *Carpenter* del 1871, la giurisprudenza statunitense ha per la prima volta messo in risalto la differenza tra un vizio del consenso e un vizio dell'informazione; nel caso *Mohr* del 1905, i giudici condannarono il medico per aver operato in assenza del consenso, statuendo che «il primo e più nobile diritto di ogni libero cittadino, fondamento di tutti gli altri, è il diritto sulla propria persona [...] questo diritto vieta rigorosamente al medico e al chirurgo, di violare a suo arbitrio l'integrità fisica del suo paziente con operazione più ampia e/o diversa rispetto a quella consentita»; nel caso *Schoendorff* del 1914, il giudice della Corte di New York statuì, con l'espressione *self-determination*, il diritto del paziente «di determinare cosa debba essere fatto con il suo corpo; un chirurgo che esegue un'operazione senza il consenso del paziente commette una violenza personale»[6]. La casistica potrebbe continuare, ma già da questi richiami, seppur sintetici, si evince il passaggio da una concezione, quella paternalistica nella quale il consenso all'operazione non è richiesto, ad un'altra e nuova concezione, quella autodeterministica del paziente che solo può decidere le proprie sorti mediante una previa informazione che concorre a formare la propria volontà, coniando il principio «dell'indipendenza e dell'autonomia del malato visto come persona»[7].

L'"Era dell'Autonomia"[8] si sviluppa anche nell'Europa continentale, non solo mediante l'elaborazione giuridica[9], ma anche come reazione agli orrori della Seconda Guerra Mondiale per via delle sperimentazioni nei campi di concentramento. Non a caso il Codice di Norimberga[10], redatto da giudici statunitensi che nella omonima città giudicarono i nazisti per quei fatti

[6] Per tutti i casi richiamati, e anche altri, si veda V. Mallardi, *Origini del consenso informato cit.*, p. 320 ss.
[7] V. Mallardi, *Origine del consenso informato cit.*, p. 322.
[8] M. Siegler, *From physician cit.*, p. 743. Si veda anche A. Fiori - D. Marchetti, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 2009, p. 69 ss.
[9] Dottrina e giurisprudenza italiana saranno analizzati nel Cap. II.
[10] Il testo completo di tale codice è reperibile sul sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità, www.iss.it.

atroci, nell'art. 1 enuncia solennemente che «il consenso del soggetto umano è assolutamente necessario». Le parole usate non sono accidentali: le locuzioni "soggetto umano" e "assolutamente necessario", sono indicatori di come l'attività medica, anche se opera per la beneficialità del paziente, non è senza limiti, ma deve rispettare il volere (e il valore) della persona umana.

Il rapporto medico-paziente subisce, quindi, una trasformazione: da dialogo autoreferenziale ad alleanza terapeutica. In questa alleanza, il medico deve confrontarsi con il paziente sulla sua salute e sui trattamenti possibili, ispirandosi ad un modello comportamentale di tipo scientifico o c.d. *engineering* o *consumer model*[11], nel quale il medico come una parte contrattuale, fornisce tutte le informazioni indispensabili «lasciando il paziente libero di scegliere le prestazioni che preferisce e che il curante eseguirà»[12]. In questo modello il medico si limita ad eliminare l'asimmetria informativa presente con il paziente agendo da tecnico del settore, evitando qualsiasi interazione dei suoi valori con i fatti che mette a disposizione del malato. In alternativa, il medico può seguire un modello differente, c.d. deliberativo, meno radicale rispetto al precedente. Rimanendo fermo l'obbligo di informazione, il medico coinvolge il paziente «in un proficuo dialogo, in un bilanciamento dei pro e dei contro su ciò che può essere meglio per lui in quella determinata situazione»[13]. A tale modello si allude quando si parla di «decisione condivisa»[14], ovvero una decisione che «non è semplicemente una decisione del paziente su una proposta del medico. Quest'ultimo dovrà cercare quanto più possibile di seguire la volontà del

[11] Comitato Nazionale di Bioetica *cit.*, p. 40-41; E. Emanuel - L. Emanuel, *Four models of the physician-patient relantionship*, Jama, 1992, disponibile sul sito jama.jamanetwork.com.
[12] E. Emanuel - L. Emanuel, *ivi*.
[13] E. Emanuel - L. Emanuel, *ivi*, p, 42.
[14] P. Casali, *L'informazione per una decisione clinica razionale*, in *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, A. Santosuosso (a cura di), Milano, p. 88 ss.

paziente e, comunque, di farla emergere nella maniera più autentica possibile. Ciò non può prescindere da un grado notevole di informazione. […] Il consenso informato del paziente costituirà una sorta di riconoscimento formale di un processo sostanziale di interazione razionale tra medico e paziente»[15].

2. La libertà di autodeterminazione terapeutica nella Costituzione

Rovesciare la concezione tradizionale paternalistica mettendo alla base del rapporto terapeutico il consenso del paziente, equivale «a porre al centro dell'attenzione del medico non tanto, o non solo, la malattia, ma la persona bisognosa di cure; cosicché ai doveri di informazione del medico corrisponde ad oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto irrinunciabile e non più come una gentile concessione»[16].

La formula "alleanza terapeutica" «definisce l'assenza di asimmetria nel rapporto che unisce i due soggetti coinvolti, altrimenti contraddistinto dalla prevalenza del ruolo del curante, ma che non racchiude, in sé, i contenuti del nuovo equilibrio»[17]. Il paziente non è più semplicemente guidato dal medico, ma è investito del compito di decidere sul trattamento da praticare, decidendo non solo in base a ciò che è medicalmente indicato, ma anche secondo questioni morali, etiche o religiose[18].

Il dato normativo attorno al quale si è realizzata la ricostruzione positiva dell'autodeterminazione terapeutica del paziente e con essa del consenso

[15] P. Casali, *ivi*, p. 89.
[16] F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 376.
[17] R. Puccella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 141.
[18] N. Mead - P. Bower, *Patient-centredness: a conceptual framework and review of the empirical literature*, in *Social Science and Medicine*, 2000, p. 1087 ss.

informato, è stato l'art. 32 Cost., in particolare nel suo comma 2, secondo il quale «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». La norma riconosce il diritto alla salute come un diritto di libertà, inteso come «pretesa che altri non intervengano a turbare questa o quella sfera di interessi riservata al godimento del suo titolare»[19], senza la necessità di un'attuazione legislativa, in quanto la norma è «giuridicamente sufficiente»[20]. Quindi, «non può non ritenersi come spetti all'individuo di decidere se sottoporsi o meno ad una terapia, escludendo quindi un qualunque intervento di carattere autoritativo esterno»[21] restando, in altre parole, al titolare del bene decidere se curarsi, come, quando e da chi farsi curare.

La deontologia medica ha seguito questa evoluzione giuridica. Nei codici deontologici anche meno recenti, vi è l'obbligo del medico di rispettare la volontà del paziente, come prescritto dall'art. 35 di quello attuale[22], nel quale «il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato».

Tuttavia la libertà di cura, anche quando si esplica in senso negativo come libertà di non curarsi, incontra il limite dei trattamenti sanitari obbligatori espressi nello stesso comma in esame, i quali si pongono quindi come eccezione ad un regime generale di libertà[23]. Il T.S.O. è espressione di una

[19] P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 2010, p. 236.
[20] G. U. Rescigno, *Dal diritti di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno la propria vita*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, p. 88.
[21] M. Luciani, voce *Salute cit.*, p. 12.
[22] Codice di deontologia medica del 18 Maggio 2014, disponibile sul sito http://www.fnomceo.it
[23] D. Morana, *La salute come diritto costituzionale cit.*, p. 37 ss.

volontà legislativa, stante la riserva di legge[24], che limita la libertà individuale di salute a difesa di quella collettiva. La Consulta, con le sentenze n. 307 del 1990, n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996[25], ha posto i requisiti affinché un T.S.O. possa essere costituzionalmente legittimo: esso, oltre a dover rispettare la persona umana, deve da un lato, «perseguire fini solidaristici di tutela della salute altrui, come interesse della collettività»; dall'altro, deve essere «diretto a preservare lo stato di salute individuale, e quindi che non incida negativamente sulla salute del singolo, salvo per quelle conseguenze temporanee, reversibili e di scarsa entità normalmente collegate ad ogni intervento sanitario che quindi appaiono tollerabili»[26]. D'altronde il singolo «non può mai essere soltanto il mezzo per l'applicazione di misure di interesse collettivo»[27] e per questo motivo un T.S.O. può essere imposto solo se è rivolto a favorire la salute anche del singolo chiamato a subire il trattamento. Tale trattamento obbligatorio per essere costituzionalmente legittimo deve rispettare, oltre ai requisiti appena visti, anche la persona umana, requisito questo inteso quale "contro-limite"[28] alla limitazione della libertà di cura del singolo. Il concetto è particolarmente generico e indeterminato, ma secondo l'interpretazione maggiormente accolta esso è riassuntivo di tutti «i diritti costituzionalmente garantiti, in primo luogo quelli inviolabili»[29].

---

[24] Si preferisce considerare la riserva di legge in senso assoluto, posto che la formula utilizzata sembra deporre in questo senso. Si veda D. Morana, *La salute come diritto costituzionale cit.*, p. 42.

[25] Corte Cost. 22 Giugno 1990 n. 307, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 1874 ss.; Corte Cost. 23 Giugno 1994 n. 258, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 2708 ss.; Corte Cost. 18 Aprile 1996 n. 118, in *Foro It.*, 1996, I, p. 2326 ss.

[26] Enunciati presenti in tutte e tre le sentenze citate.

[27] D. Vincenzi Amato, *Commento all'art. 32 c.2*, in *Commentario della Costituzione*, C. Branca (a cura di), p. 173; M. Luciani, voce *Salute cit.*, p. 9.

[28] R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *Foro It.*, 1991, I, p. 20.

[29] F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. Società*, 1982, p. 314. L' A. ritiene che anche in mancanza della esplicitazione, il limite sarebbe comunque presente.

Da quanto appena visto in materia di T.S.O., la salute collettiva e quella individuale sono in reciproca tensione. L'istanza personalistica della nostra Carta porta, però, a ritenere prioritaria la libertà del singolo sotto un profilo non solo storico, ma anche logico[30]. Tale prevalenza induce ad escludere l'ammissibilità di un generale dovere di curarsi da parte di ciascun individuo in favore della collettività, desumibile dai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale *ex* art. 2 Cost. L'esistenza di un tale dovere, seppur autorevolmente sostenuta[31], non è fondata. Se certamente la malattia del singolo può rappresentare, in particolari casi, un pericolo per la salute della collettività, sarebbe aberrante giustificare un T.S.O. in questo modo: si pensi, ad esempio, alla possibilità di trattamenti che concernono «la sfera psichica o anche alla possibilità di evirare un soggetto perché portatore di una malattia che potrebbe generare una prole non sana»[32]. Ma a parte queste obiezioni, sul piano normativo tale "coloritura di doverosità" segna un ultra-operatività del principio di solidarietà che può portare a negare l'istanza individualistica di ogni diritto di libertà presente in Costituzione[33]. Nella Costituzione esistono «doveri enumerati […] Del tutto inaccettabile è la tesi che vi sia un "principio di solidarietà" da cui possano scaturire altri doveri non enumerati, e del tutto indimostrabile è che i doveri enumerati in Costituzione non si fondino sulla solidarietà»[34].

[30] M. Luciani, voce *Salute cit.*, p. 9.
[31] C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1961, p. 64. Si veda *infra*, § 5.
[32] D. Vincenzi Amato, *Commento all'art. 32 Cost., comma 2 cit.*, p. 175.
[33] D. Morana, *La salute come diritto costituzionale cit.*, p. 36.
[34] P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 68.

3. La tendenza all'esasperazione autonomistica

L'affermazione dell'autonomia del paziente ha avuto un significato etico-culturale molto importante, poiché «ha segnato il passaggio dalla concezione paternalistica dei doveri del medico, benefattore e onnidecidente, alla moderna concezione personalistica dei diritti del paziente, che si pone al centro del rapporto medico-malato e della struttura sanitaria come portatore di propri fondamentali diritti»[35].

Tuttavia ha avuto nel tempo anche conseguenze negative rappresentate dalla esasperazione della suddetta autonomia, che ha contribuito alla manifestazione del fenomeno noto come medicina difensiva. Con tale termine si fa riferimento a quella pratica sanitaria nella quale «i medici prescrivono test, trattamenti o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, primariamente allo scopo di evitare accuse. Quando i medici adottano il ricorso a test, trattamenti, clinicamente superflui nel caso specifico, praticano la medicina difensiva positiva; quando invece evitano casi difficili e li dirottano altrove, praticano la medicina difensiva negativa»[36].

Tali comportamenti citati sono documentati dalle statistiche, che rendono noto come, su un campione di medici, il 77,9% ha avuto nell'ultimo mese condotte ispirate alla medicina difensiva; il 78% ha motivato il comportamento per non incorrere un maggiore rischio di contenzioso

[35] F. Mantovani, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2000, p. 9.

[36] Definizione elaborata dall'OTA (Office of Technology Assessment), riportata da A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e pressi giurisprudenziale*, Milano, 2012, p. 5. Nello stesso senso, L. Eusebi, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, p. 1035 ss.; Id., *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, p. 424; O. Di Giovine, *Artt. 589-590, Omicidio colposo e lesioni colpose*, in *Reati contro la persona*, A. Manna (a cura di), Torino, 2007, p. 192; A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, p. 11 ss.

giudiziario, ma il 67,5% ha ammesso anche che le esperienze dei loro colleghi, li hanno indotti a prescrivere test non necessari o anche la richiesta di pareri di specialisti non necessari[37]. Tali dati riferiti riflettono le conseguenze a cui la classe medica viene esposta per l'eccessiva enfatizzazione dell'autonomia del malato, facilitando così la rottura dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente. Ogni qualvolta il medico ricorre a tali condotte, «non obbedisce al criterio essenziale del bene del malato nel rispetto di un equilibrato rapporto costi/benefici, ma si ispira all'intento egoistico/utilitaristico di evitare accuse di malasanità, collocandosi "al di là della doverosa prudenza"»[38].

La medicina difensiva è sicuramente il risultato di varie concause, ma non c'è dubbio che sia stata incentivata anche dalla presa di coscienza del paziente della sua autodeterminazione: quest'ultimo, consapevole della portata del consenso informato quale vero architrave della sua autodeterminazione e conoscendo i progressi della scienza medica grazie anche ai *mass media*, è diventato incapace di accettare un eventuale esito avverso alle sue aspettative con tutte le disfunzioni che ogni trattamento, in misura più o meno ampia, comporta. La sovraesposizione mediatica «ha avuto, come ovvia conseguenza, un grande impatto sull'opinione pubblica, creando aspettative eccessive/irrealistiche e, talvolta, delle vere e proprie illusioni sulle risorse che dal medico si pretende di ottenere, percependole quasi come una sorta di *deus ex machina*, in grado di risolvere

[37] Statistiche complete del Centro Studi "Federico Stella", Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, disponibile su www.salute.gov.it.

[38] A. Roiati, *Medicina difensiva cit.*, p. 6. Così anche, A. Fiori, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, p. 900 ss.; F. Introna, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, p. 904 ss.; A. Fiori - D. Marchetti, *Medicina legale della responsabilità medica cit.*, p. 20; D. Tassinare, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in *La gestione del rischio in medicina: profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, S. Canestrari - M.P. Fantini (a cura di), Milano, 2006, p. 5 ss.

positivamente qualsiasi situazione, anche la più critica»[39]. Quindi il paziente è sempre pronto a denunciare il medico per qualsiasi conseguenza che non si addice alla sua idea di "salute"[40], contribuendo ad un aumento vertiginoso del contenzioso giudiziario e favorendo la rottura dell'alleanza terapeutica.

Per questa via il medico, lasciato solo non soltanto nell'esecuzione del trattamento, ma anche nell'affrontare il c.d. "rischio terapeutico" oltre a quello rappresentato dalla patologia in atto e sentendosi minacciato dal paziente per «la mancata copertura di qualche passaggio terapeutico ad opera del consenso»[41], si affida sempre di più anch'egli al consenso informato per ridurre al minimo le probabilità di una denuncia: il risultato è una progressiva contrattualizzazione del rapporto medico-paziente, ovvero «una medicina sempre meno caratterizzata da regole applicative sue proprio e rispetto alla quale peraltro, l'espressione formalizzata del volere di chi ne richieda l'intervento tende a costruire l'unico criterio normativo. In sintesi, un quadro giuridico in cui il rischio di incriminazione per il medico diviene infinitamente più elevato dal punto di vista statistico, con riguardo tanto all'agire che all'omettere, non risponde certamente a una buona strategia politico-criminale»[42].

Il consenso informato viene, allora, traslato in «un'ottica protezionistica per il medico. La formalizzazione in varie forme, tra cui anche quella scritta, del diritto all'autodeterminazione del paziente, nella pratica medica

---

[39] V. Paliero - F. Randazzo - P. Danesino - F. Buzzi, *"Causa e mezzi" della medicina difensiva: riflessioni medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, p. 23.

[40] Su questi aspetti, si veda: L. Vercesi - A. Stefano, *La medicina difensiva nell'ambito del "risk management"*, in *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico legali*, P. Mariotti - R. Carminiti (a cura di), Milano, 2011, p. 219; F. Palazzo, *Responsabilità medica, disagio professionale e riforme penali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 1062. Per una nozione di salute soggettiva, si veda L. Eusebi, *Verso una recuperata cit.*, p. 428.

[41] L. Eusebi, *Criteriologie dell'intervento medico e problemi del fine vita*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, p. 1237.

[42] L. Eusebi, *Verso una recuperata cit.*, p. 424-425.

[…] ha trasformato il consenso da strumento di garanzia del malato, […] essenzialmente in strumento di garanzia del medico. In altri termini, i medici si sono sempre più orientati verso una modulistica meramente burocratica, e verso una pratica medica che privilegia, all'obiettivo di massimizzare il risultato terapeutico per il paziente, quello di ridurre i rischi penali per il medico»[43], ma «una configurazione perfetta del consenso non esisterà mai: tanto meno ove si cerchi di realizzarla, come sempre più pare accadere, attraverso una burocratizzazione formalistica del rapporto tra medico e paziente»[44]. La manifestazione di questa traslazione è rappresentata proprio dalla modulistica per il consenso informato, che nel tempo è andata da un estremo all'altro: prima, elaborata in maniera sommaria senza alcuna precisazione del trattamento, senza l'esplicitazione dei rischi, utile solo come "paravento"; ora, minuziosa, analitica e complessa, volta a spiegare e richiedere il consenso per ogni singolo passaggio del trattamento, ogni rischio finanche il più improbabile, ogni possibile esito potenzialmente non in linea con il benessere idealisticamente inteso[45]. Il risultato è stato un peggioramento delle informazioni al paziente, dato che ad oggi, seppur completa, il modulo del consenso informato è eccessivamente complesso, quasi come fosse un piccolo manuale di medicina. La giurisprudenza non ha mancato di confrontarsi con questo "abuso" dei moduli per il consenso informato, paventando una burocratizzazione eccessiva e l'utilizzazione degli stessi con una «erronea supposizione di una loro totale attitudine di esimenti da

[43] L. De Caprio - R. Prodromo - P. Ricci - A. Di Palma - A. Bove, *Consenso informato e decadimento cognitivo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, p. 904. Nello stesso senso la dottrina bioetica come E. Manni - V. Bonito, *I moduli per il consenso informato: una lettura critica*, in *Bioetica. Riv. Interdisciplinare*, 1995, p. 62 ss.
[44] L. Eusebi, *Criteriologie dell'intervento cit.*, p. 1237.
[45] In questo senso M. Portigliatti Barbos, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione giuridica?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 894 ss.

responsabilità»[46], anche se non sono mancati negli anni successivi differenti posizioni del giudice di legittimità che, ad esempio, ha statuito come «l'accettazione scritta indica la consapevolezza (del paziente) dei rischi del trattamento»[47], dimostrando così una mancata convergenza degli orientamenti giurisprudenziali circa la valenza del modulo attraverso il quale si esterna il consenso informato del paziente. In sostanza, essendosi innalzate le aspettative sociali della medicina, la società stessa pretende miracoli dal medico. Si è allora realizzata una interpretazione del diritto, anche penale, in senso "criminogeno"[48] nei confronti dei medici, tesa a proteggere la volontà del paziente: se nell'epoca paternalistica, il medico, seppur autoritario, non veniva incriminato «nella preoccupazione di garantire il corretto espletamento dell'attività medica, senza imbrigliarla o inibirla»[49], ad oggi si è assistito ad un capovolgimento della situazione[50].

La sentenza a Sezioni Unite *Giulini*[51] ha avuto un impatto anche sul fenomeno della medicina difensiva, in quanto la sentenza ha inteso dimostrare come «una condotta conforme alla *lex artis* non può essere ritenuta tale da produrre il rischio non consentito del realizzarsi di una lesione; e che norme come quelle del consenso, le quali pure devono essere rispettate nell'esercizio *leges artis* dell'attività medico-chirurgica, non possono essere intese quali regole finalizzate a evitare il prodursi di una

[46] Cass. 11 Luglio 2002 n. 3122, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 395.
[47] Cass. 8 Ottobre 2008 n. 24791, in *Giust. Civ.*, 2008, p. 1448 ss.
[48] Riprendiamo l'espressione da L. Eusebi, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, p. 1085 ss.
[49] A. Roiati, *Medicina difensiva cit.*, p. 17.
[50] A. Fiori, *La medicina legale dinfensiva cit.*, p. 1; D. Micheletti, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2007, p.172 nel quale si sottolinea che «la società contemporanea è refrattaria a riconoscere i limiti e talora l'impotenza della scienza medica, preferendo individuare nel singolo operatore le cause di una vulnerabilità esistenziale cui ideologicamente si ribella».
[51] Cass. Sez. Unite, 21 Gennaio 2009 n. 2437 in *Foro It.* 2009, II, p. 309, sulla quale si ritornerà nei prossimi capitoli.

lesione»[52]. In questo modo sebbene per un verso si elimina un utilizzo improprio del consenso informato da parte dei medici, ovvero utilizzato solo per eliminare un possibile contenzioso, per altro verso si mina la portata del consenso informato quale presidio dell'autonomia del paziente. Più che di queste sentenze, si ritiene ci sia bisogno che il paziente «sul piano culturale *in primis*, nella prassi giuridica poi», ripensi al suo ruolo all'interno dell'alleanza terapeutica e «che il trattamento medico è una *scommessa sul suo corpo*, e deve dunque essere (nei limiti del possibile) una scommessa *che si fa in due*. Considerata la posta in gioco, il medico non può permettersi di ponderare unilateralmente una simile alea, solo perché depositario di una superiore competenza tecnica. Il paziente, però, deve sentirsi *responsabilizzato*[53], non solo perché titolare di una libertà sul proprio corpo (e libertà è responsabilità), ma soprattutto perché non vi è alcuna buon motivo per accollare incognite del trattamento sul solo medico, quand'egli non adopera affatto una scienza esatta ed esaustiva, né dispone di un pieno controllo dei decorsi eziologici»[54].

Il legislatore ha cercato di intervenire sulle condotte difensive dei medici, mediante il decreto-legge n. 158, emanato il 13 Settembre 2012 (c.d. Balduzzi) e convertito in legge 189 dell'8 Novembre 2012. L'intento dichiarato con queste leggi, è quello di «allentare la presa per la categoria medica, anche se a ben vedere, non sembra che la normativa possa apportare sostanziali modifiche» [55] . In particolare è attraverso la disposizione dell'art. 3 della suddetta legge che il legislatore avrebbe perseguito tale fine, introducendo una parziale *abolitio criminis* delle condotte del medico che hanno portato sì, a lesioni o morte del paziente,

[52] L. Eusebi, *Verso una recuperata cit.*,p. 426.
[53] In questo caso, corsivo nostro.
[54] A. Vallini, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo* de iure condendo, in *Riv. It. Med. Leg.* 2013, p.10.
[55] A. Fiori - D. Marchetti, *L'art. 3 della legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, p. 571.

ma sono state rispettose delle linee guida e buone pratiche approvate dalla scienza medica[56].

Da ultimo, è da segnalare che la medicina difensiva ha comportato un considerevole aumento della spesa pubblica. Si stima che la medicina difensiva positiva abbia prodotto una spesa di 10 miliardi di Euro, pari allo 0,75% del PIL, che incide sulla spesa pubblica totale in misura pari al 10,5% del totale[57]. Dall'analisi di queste statistiche, gli Stati hanno dovuto ripensare alla politica di Welfare agendo tramite riforme sulle strutture sanitarie, volte a renderle più simili a delle imprese con il fine del "pareggio di bilancio". Il fenomeno, noto soprattutto negli Stati Uniti e da ultimo anche in Europa, è definito come "Era della Parsimonia"[58], nel quale il rapporto tra medico e paziente si allenta ulteriormente: il medico e la struttura sanitaria hanno sostituito la preoccupazione di curare la malattia, con la preoccupazione dell'efficienza e convenienza delle azienda sanitaria, basata largamente su valutazioni dei costi. Questo intento, provoca l'addossamento dei costi dei vari esami prescritti direttamente al paziente, poiché il servizio sanitario nazionale, determinato a ridurre i costi, non coprirà più tutte le spese provocate dalla medicina difensiva, proponendo al paziente la scelta tra il portafoglio e la salute.

4. I controversi rapporti tra la posizione di garanzia del medico e l'autodeterminazione del paziente

L'ordinamento giuridico attraverso l'art. 40 cpv. cod. pen., secondo il quale «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo», assegna una posizione di garanzia ad alcuni

[56] Così, seppure in modo incidentale, A. Manna, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2013, p. 91 ss.
[57] Statistiche elaborate dal Ministero della Salute, reperibile in www.salute.gov.it.
[58] M. Siegler, *op. cit.*, p. 725; Comitato Nazionale di Bioetica *cit.*, p. 44.

soggetti e a determinate condizioni per la protezione di un bene giuridico, «uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante e un bene giuridico, determinato dall'incapacità (totale o parziale) del titolare a proteggerlo autonomamente»[59].

La norma non prescrive nessun criterio selettivo per individuare queste posizioni di garanzia, salvo la necessità di un obbligo giuridico di impedire l'evento. Ciò comporta da un lato, «la mancanza di un numero chiuso di obblighi di impedire l'evento […]; dall'altro, il pericolo di affidarsi alla prassi, facendo sì che il settore dei reati omissivi impropri oscilli inevitabilmente tra limiti incerti»[60], anche se non è sufficiente «un qualsivoglia obbligo di attivarsi. Non è, cioè, sufficiente un dovere generico che può gravare su chiunque come il dovere di assistenza previsto dal reato di omissione di soccorso; l'art. 40 cpv. cod. pen. dà infatti rilievo ad un vincolo speciale di tutela, gravante su una specifica categoria di soggetti»[61].

Al fine di individuare tali posizioni di garanzia una prima tradizionale concezione, c.d. formale, esige l'espressa previsione dell'obbligo giuridico di agire da parte delle fonti formali: la legge, sia penale che extra-penale, il contratto, la consuetudine e la *negotiorum gestio*. Sebbene rispettosa del

---

[59] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte Generale*, Bologna, 2009, p. 611. Nello stesso senso: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003, p. 258 ss.; F. Mantovani, *L'equiparazione del non impedire l'evento al cagionare*, in *Arch. Pen.*, 1982, p. 45 ss.; C. E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, p. 821 ss.; A. Cadoppi - M. Zanotti, *Il reato omissivo improprio*, in *Introduzione al sistema penale*, Tomo II, G. Insolena - N. Mazzacuva - M. Paverini - M. Zanotti (a cura di), Torino, 2012, p. 88 ss.; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 183 ss.; F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento*, Padova, 1975, p. 187 ss.; A. Cadoppi, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale - Parte Generale*, Vol. II, A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M Papa (a cura di), Torino, 2012, p. 72 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004 p. 378 ss.; G. Marini - M. la Monaca - L. Mazza, *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, p. 363 ss.; E. Sborra, *La posizione di garanzia del medico*, S. Canestrari - G. Giunta - R. Guerrini - T. Padovani (a cura di), Torino, 2009, p. 117 ss.

[60] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 606.

[61] G. Marinucci - E. Dolcini, *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 435.

principio di legalità, la teoria pecca sia per eccesso che per difetto; infatti da un lato, «è incapace di selezionare tra i molteplici obblighi di agire, quelli aventi una reale «funzione di garanzia», tale cioè da giustificare l'equiparazione all'azione causale della omissione non impeditiva [...]. Ma pecca, altresì, per difetto, perché non distinguendo tra mera obbligazione contrattuale e obbligo impeditivo, porterebbe ad escludere tale obbligo nei casi di invalidità del contratto, anche se vi sono stati la presa in carico del bene da parte del soggetto e l'ingenerato affidamento del terzo»[62].

La concezione sostanziale, invece, individuata la *ratio* dell'art. 40 cpv. cod. pen. nella generica istanza solidaristica dell'art. 2 Cost., considera l'obbligo di impedire l'evento derivante da una semplice posizione fattuale di garanzia che genera quello speciale vincolo tra il bene e il c.d. garante. Il merito di questa concezione è quello di contribuire a distinguere quali sono tra i vari doveri di agire, quelli che realmente impongono un obbligo impeditivo. Tuttavia presenta il difetto di aprire «delicati problemi di equilibrio che si vengono dilatando sempre più, con l'irrinunciabile rispetto del principio di legalità»[63], dal momento che non consente di circoscrivere «la responsabilità per inadempimento entro confini ben precisi, stante la diversità dei criteri, elaborati per individuare e delimitare di volta in volta le posizioni di garanzia»[64]. Inoltre, se si utilizzano i criteri sostanzialistici in via esclusiva, essi si rilevano «anziché limitativi, più estensivi della suddetta responsabilità di quelli formali, come attestano le applicazioni pratiche della dottrina e giurisprudenza tedesche»[65], allargando, quindi, oltremodo l'obbligo di impedire l'evento.

---

[62] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale*, Padova, 2013, p. 161; Id., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 339 ss. Si veda altresì, Sul tema si veda: G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 83 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 192 ss.

[63] G. Marinucci - E. Dolcini, *Codice penale cit.*, p. 436.

[64] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 162.

[65] F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia cit.*, p. 340.

Infine la concezione mista, c.d. formale-sostanziale ed attualmente prevalente nella dottrina e giurisprudenza italiana, è una sintesi tra le due concezioni finora esaminate. Essa ha il pregio di essere rispettosa del principio di legalità, perché la posizione di garanzia necessita pur sempre di una previsione formale, ma altresì mette in rilievo la necessaria concretizzazione della funzione di garanzia che si realizza con la presa in carico del bene da proteggere[66].

Su queste basi, la dottrina distingue la categoria generale della posizione di garanzia in posizione di controllo, di protezione e di impedimento del reato altrui. La figura del sanitario è tradizionalmente ricondotta nella posizione di protezione[67], con obblighi, appunto di protezione, nei confronti della salute del paziente, costituzionalmente protetta. Al medico pertanto, «è affidato il compito di protezione di interessi giuridici precisi nei confronti dei pericoli che ne possano minacciarne l'integrità»[68].

Il legame giuridico[69] attraverso il quale si instaura tale posizione è rappresentato dall'incontro delle volontà dei soggetti come testimoniato dalla locuzione "alleanza terapeutica", con la quale si ha la «concreta presa in carico, o un dovere di presa in carico, tramite cui la posizione di garanzia assumerà i contorni e i limiti desumibili dalla fonte extra-penale costituita

---

[66] In questo senso, F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 163; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 610; G. Grasso, *Il reato cit.*, p. 242 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 65 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Codice penale cit.*, p. 438 ss.; M. Romano, *Commentario cit*., p. 382 ss. Si noti che anche tale approccio non è esente da critiche. Essa ripropone, per certi aspetti, le limitazioni proprie delle due concezioni, apparendo allora come una sintesi "incompiuta" delle stesse, aprendo o ad una dilatazione eccessiva delle posizioni di garanzia o restringendole indebitamente. Tuttavia nell'inattività del legislatore, è la migliore che possa spiegare il reato omissivo improprio nell'attuale panorama normativo. Si veda, per tutti, F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia cit.*, p. 340 ss.

[67] I. Leoncini, *op. ult. cit.*, p. 70; G. Marinucci - E. Dolcini, *Codice penale cit.*, p. 340; F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 352; M. Romano, *Commentario cit.*, p. 382.; C. Cupelli, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 1821 ss.

[68] G. Dolcini - E. Marinucci, *Codice penale cit.*, p. 440 ss.

[69] I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi cit.*, p. 82

dalla disciplina dell'ordinamento sanitario»[70], oltre che dal consenso del paziente. Laddove non si ritenga che tra medico e paziente si instauri un vero e proprio contratto, «è sufficiente richiamare sinteticamente la ormai consolidata giurisprudenza civilistica che ha individuato obbligazioni di natura "contrattuale" non fondate sul contratto, bensì sul contatto sociale. Tali obbligazioni sono agevolmente riconducibili all'ambito della posizione di garanzia»[71]. Inoltre, l'eventuale invalidità del contratto[72], non elimina la posizione di garanzia del medico quando vi sia comunque la presa in carico o l'affidamento del bene da proteggere[73].

Particolare menzione deve essere riservata alla posizione dello psichiatra. L'incidenza della malattia sull'organo-mente, non può «consentire allo psichiatra prevaricazione o sconfinamenti di natura paternalistica […] Una vera e propria conquista di civiltà, soprattutto […] con riferimento al peso da attribuire al consenso del paziente psichiatrico»[74]. Tale è il passaggio segnato sul piano normativo dalla legge 14 Febbraio 1904, n. 36 (come risultante dalle modifiche del R.D. 16 Agosto 1909, n. 615 e dal R.D. 6 Marzo 1913, n. 221) alla legge 13 Maggio 1978, n. 180. Non vi è più la corrispondenza "malato mentale-pericolo sociale" che imponeva il trattamento obbligatorio presso strutture sanitarie, generando obblighi di custodia, oltre che di cura, al medico psichiatra e prescrivendo così, di fatto, una posizione a metà via tra protezione e controllo[75]: curare e custodire il paziente per tutelare la collettività.

---

[70] G. Dolcini - E. Marinucci, *Codice penale cit.*, p. 440-441; C. Cupelli, *Il "diritto" del paziente cit.*, p. 1821.

[71] Cass. 4 Luglio 2007 n. 25527, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, p. 750 ss.

[72] Per una analisi completa sul contratto come fonte della posizione di garanzia, si veda I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi cit.*, p. 223 ss.

[73] Si veda M. Romano, *Commentario cit.*, p. 385; F. Mantovani, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2009, p. 536 ss.; Id., *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 171 ss.; Id., *L'obbligo di attivarsi cit.*, p. 342 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 613-614.

[74] C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra*, Napoli, 2013, p. 31.

[75] C. Cupelli, *ivi*, p. 35.

Eliminando la suddetta equiparazione, il paziente psichiatrico è trattato come un qualsiasi altro paziente che estrinseca la sua autodeterminazione terapeutica tramite il consenso. Si instaura, quindi, un rapporto terapeutico che pone lo psichiatra in una posizione di sola protezione, essendo venuti meno nella normativa gli obblighi di custodia. Sul terreno del diritto vivente, tuttavia, gli interpreti non sono così concordi. Si afferma che, nonostante «le nuove norme evitano di aggettivare come "pericolosi" taluni malati di mente, resta la realtà dei fatti secondo cui taluni malati di mente continuano ad essere "pericolosi" pure dopo l'emanazione della nuova legge»[76], anche se non si può «pretendere un atteggiamento sistematico di repressione preventiva […] perché ciò significherebbe relegare l'operatore stesso ad un ruolo *ope legis* desueto, di mero custode e controllore. Si può, e si deve invece, esigere dallo psichiatra il massimo impegno dell'attenzione al fine di stornare quei pazienti»[77] che possono avere condotte auto e etero-aggressive, proteggendo anche la collettività. Si rileva inoltre, sempre per avallare un residuo obbligo di controllo, che «la salute tutelabile è quella di tutti indistintamente i consociati, malato compreso, e che tale riconoscimento è dato dall'art. 32 Cost. non solo come diritto fondamentale dell'individuo, ma anche della collettività […] demandando così di adottare le cautele, anche minimali, per evitare comportamenti auto o etero-aggressivi»[78]. Anche la giurisprudenza, sebbene in maniera non uniforme, sembra avallare tale estensione dell'obbligo di protezione, come quando afferma che, pur essendo lo scopo

[76] F. Introna, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980, p. 13. Così altra dottrina medico-legale: A. Fiori, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1982, p. 542 ss.; G. Canepa, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. It. Med. Leg.* 1983, p. 24 ss.

[77] G. Iadecola - M. Bona, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano, 2009, p. 157.

[78] M. Bilancetti - F. Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2012, p. 140.

della psichiatria curare e lenire le sofferenze del paziente, ciò non toglie che «quando la situazione di questo sia tale da degenerare in etero-aggressività, il trattamento obbligatorio presso le strutture ospedaliere»[79] deve essere imposto dal medico-psichiatra. La battaglia di civiltà che si è vinta con la legge del 1978, deve indicare il ricovero coattivo come una eccezione, prescritti dalla legge, evitando «ogni retaggio di discriminazione basata su tipologia di malato o di organo sul quale la patologia incide […] La strada intrapresa, dunque, è quella di un'effettiva equiparazione della malattia mentale a quella fisica e conseguentemente del trattamento della *salute mentale* a quello della *salute fisica*»[80]. La conquistata libertà di autodeterminazione del malato psichico impone, quindi, un ridimensionamento della posizione di garanzia dello psichiatra, poiché quest'ultimo avrà una definizione degli obblighi di agire (e dei correlati poteri) condizionati dai trattamenti *consentiti* dal paziente[81].

La funzione di garanzia assunta dal medico non può giustificare, però, una prevaricazione sul paziente: anzi, la volontà del paziente e quindi la sua autodeterminazione terapeutica, segna il limite dei doveri del medico derivanti dalla sua posizione di garanzia.

La materia attorno alla quale si è avuta tale consapevolezza è stata quella del rifiuto delle terapie, anche salvavita, da parte del paziente dopo essere stato informato sulle stesse. Come visto, il principio informatore in materia di trattamenti sanitari si rinviene nell'art. 32 comma 2 Cost. nel quale, aldilà dell'ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio previsto dalla legge, si riconosce che un qualsiasi trattamento sanitario deve essere di norma

[79] Cass. 11 Marzo 2008, n. 10795, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, p. 1426 ss. Nello stesso senso, Cass. 27 Novembre 2008, n. 48292, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 1462 ss. In senso contrario invece, Cass. 15 Maggio 2012, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, p. 1707 ss.

[80] C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra cit.*, p. 70-72. Vedi anche A. Venchiarutti, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in *I diritti in medicina*, L. Lento - P. Zatti (a cura di), Milano, 2011, p. 820 ss.

[81] Sul consenso del paziente incapace, si veda Cap. II, Parte II, § 2.1.

preceduto dal consenso del paziente. Un eventuale dissenso esplicito del paziente è superabile solo laddove «un'esplicita norma di legge lo consenta, prevedendo in quel caso la possibilità, *rectius* il dovere, di intervenire coattivamente. Se ciò è vero, deve escludersi che […] a fronte di un rifiuto consapevole del paziente di sottoporsi a trattamento, i medici abbiano l'obbligo di intervenire coattivamente, con la conseguenza che l'evento morte non è attribuibile al sanitario»[82] e se il medico «dovesse porre in essere una condotta direttamente causativa della morte del paziente per espressa volontà di quest'ultimo, risponderà ad un preciso dovere che discende direttamente dall'art. 32 Cost. comma 2» [83] . Anche la giurisprudenza di legittimità sottolinea la portata preminente della volontà del paziente, affermando che la posizione di garanzia del medico, con il connesso obbligo di cura, «si fonda sul consenso del malato e cessa (insorgendo il dovere di rispettare la volontà del paziente) quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui»[84]. Si ritiene che il dissenso ad un trattamento «non faccia radicalmente venir meno in capo al medico la posizione di garanzia, ma ne *muti sostanzialmente il contenuto*, gravando su di lui, in ogni caso, il dovere di assecondarne la volontà. La mancanza (o revoca) del consenso, quindi, non eliminerebbe del tutto siffatta posizione, ma la modificherebbe incisivamente, rimodulando gli oneri gravanti sul medico, da rapportare alla nuova dimensione dell'obbligo di protezione rispetto ad un paziente

[82] Pret. Roma, 3 Aprile 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 950.
[83] Sentenza G.u.p. Roma, n. 2049 del 17 Ottobre 2007, in *Foro It.*, II, 2008, p. 105 ss.
[84] Cass. 16 Ottobre 2007, n. 21748, in *Foro It.*, 2009, I, p. 36 ss. con nota di G. Casaburi, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari salvavita*; in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, p. 583 con nota di C. Sartea - G. La Monaca, *Lo stato vegetativo tra norme costituzionale e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti* e di G. Iadecola, *La Cassazione si pronuncia sul caso "Englaro": la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico.*

dissenziente»[85]. Il medico, dunque, una volta ottemperato al suo obbligo informativo sulle conseguenze della sospensione del trattamento e accertata la volontà negativa del paziente, ha il dovere di porre in essere quanto necessario per dar seguito alla volontà dello stesso. La condotta del medico sarà penalmente atipica in radice, «in quanto il medico ha correttamente svolto i compiti connessi alla sua funzione»[86]. Altra parte della dottrina[87] invece ritiene che tale posizione non muta neanche in presenza del dissenso del paziente, dal momento che per un atto medicalmente indicato, nonché proporzionato tanto più se salvavita, il medico «resta tenuto a utilizzare tutti i possibili strumenti non coercitivi di informazione, sostegno e persuasione in grado di favorire l'acquisizione del consenso da parte del paziente e, quindi, la salvaguardia della sua salute. Come pure resta tenuto, quando il malato rifiuti in modo insuperabile determinati mezzi, a verificare la praticabilità di altre vie»[88]. In sostanza, si vuole evitare che il medico diventi un mero esecutore dell'altrui volontà, tradendo la sua missione di cura. Ma davanti ad un rifiuto del paziente, il medico non diventa un «acritico esecutore»[89], in quanto non fa altro che interpretare «sul piano applicativo l'interrelazione di cura con il suo malato, traducendo ed attuando in concreto una manifestazione di volontà finale (espressione di un diritto costituzionalmente garantito) giunta all'esito di un percorso

[85] C. Cupelli, *Il "diritto" del paziente cit.*, p. 1822. Nello stesso senso, F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale cit.*, p. 91 ss.; D. Pulitanò, *Lo sciopero cit.*, p. 374 ss.; A. Vallini, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, p. 539 ss.

[86] C. Cupelli, *Il "diritto" del paziente cit.*, p. 1823. Nella stessa direzione, M. Romano, *Commentario cit.*, p. 532; F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1984, p. 1018 ss.; Barni, *Posizione di garanzia del medico, dissenso scritto del paziente: crisi di due capisaldi della medicina difensiva*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2006, p. 400 ss.

[87] L. Eusebi, *Criteriologie dell'intervento medico cit.*, p. 1231 ss.

[88] L. Eusebi, *ivi*. L'A. cita, a sostegno della tesi, due sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani, il caso *Pretty vs The United Kingdom* del 29 Aprile 2002 e il caso *Keenan v. The United Kingdom* del 3 Aprile 2001.

[89] L. Eusebi, *ivi*, p. 1232.

comune in cui il medico è attore protagonista tanto quanto il paziente», che si esplica nell'ambito di un'alleanza terapeutica, nella quale l'atto medico è strumento «il cui obiettivo è la salute del paziente, arricchita della sua essenziale componente soggettiva»[90]. In sostanza, «se il paziente ha un *diritto* a non subire alcuna coazione terapeutica, ciò significa non solo che il medico può *lecitamente* astenersi dal praticare il trattamento, ma anche che *deve* astenersi dal praticarlo perché in caso contrario violerebbe - appunto- un diritto costituzionale»[91].

È ormai pacificamente riconosciuto che il «consenso rappresenta non solo il necessario presupposto ma anche l'insuperabile limite della posizione si garanzia del medico, di talché un'inequivocabile richiesta del paziente stesso di non essere sottoposto a cure e che vengano interrotte cure già iniziate, fa venir meno in capo al medico lo stesso obbligo di curarlo o di continuare a curarlo»[92]. Il dissenso è «una dichiarazione liberatoria dell'interessato, idonea a sciogliere il vincolo di garanzia che lega il paziente al medico e che costituisce il fondamento degli obblighi di quest'ultimo, costituisce un baluardo insuperabile della libertà individuale»[93]. Se il medico dovesse intervenire nonostante un dissenso esplicito, reale ed effettivo del paziente verso un trattamento, potrà essere ritenuto responsabile del reato di "violenza privata" *ex* art. 610 cod. pen. o del reato di "stato di incapacità procurato mediante violenza" *ex* art. 613

---

[90] C. Cupelli, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 2952.

[91] F. Viganò, *Il rifiuto ai trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, Relazione all'incontro di studi organizzato dal CSM su "*Autodeterminazione, diritto alla vita, eutanasia e tutela prenatale*", Agrigento, 23 Settembre 2007, disponibile su www.csm.it. Nello stesso senso già F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1984, p. 1018 ss.

[92] C. Cupelli, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito" cit.*, p. 2951. Nella sostanza anche M. Pellissero, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 462.

[93] G. Barbuto, *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 333.

cod. pen.[94] Naturalmente in mancanza di un dissenso reale e in presenza di uno stato di necessità ed urgenza, il medico rimane legato ai doveri della sua professione, dovendo intervenire con qualsiasi strumento e trattamento che si reputa necessario nel caso concreto e secondo l'arte medica[95].

5. Dissenso e rinuncia al trattamento medico

In forza del principio personalistico, la Costituzione subordina «la liceità degli interventi sulla persona a un duplice ordine di limiti coessenziali: 1) limiti oggettivi, segnati innanzitutto dai principi della salvaguardia della vita, integrità fisica e salute, della dignità umana, della eguaglianza e pari dignità dei soggetti umani; 2) i limiti soggettivi, segnati dal principio del consenso informato del soggetto»[96]. Di conseguenza dopo l'opportuna informazione il paziente può rifiutare una qualsiasi terapia, non essendovi nell'ordinamento un generale obbligo di curarsi dal carattere autoritativo-coattivo: solo il paziente può decidere.

Il dissenso o la rinuncia ad un trattamento medico segna, come visto, il confine del dovere del medico di assistere e curare, non essendo responsabile della eventuale morte del paziente, dal momento che la volontà negativa lo dispensa dagli obblighi della sua posizione[97].

Affinché il dissenso sia valido deve possedere tutte le caratteristiche che valgono anche per il consenso, dal quale naturalmente si distingue per la volontà negativa alla cura[98]. La conclusione[99] è pacifica per il dissenso

[94] In questo senso la giurisprudenza e dottrina dominanti. Cfr. Cap. II e Cap. III.
[95] Cfr. Cap. II, Parte I, § 1 per l'art. 54 cod. pen. e Cap. IV, § 3 per la configurabilità della violenza privata e del reato di stato di incapacità procurato.
[96] F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 58.
[97] D. Pulitanò, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, p. 1197.
[98] Si veda Cap. II, Parte I, § 3.

della persona capace d'intendere e volere: non si tratta di un «diritto di morire»[100], ma di un semplice dissenso al trattamento terapeutico le cui ragioni possono dipendere da convinzione etiche, sociali, religiose e filosofiche oppure più in generale, da una concezione di dignità del paziente davanti alla malattia, un «diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la proprio volontà»[101].

Nel caso di un paziente incapace la questione è più complessa. Esiste un diritto, da parte dei congiunti, di decidere sulla continuazione o interruzione dei trattamenti medici? In altri termini, possono i congiunti decidere al posto del paziente? La risposta è negativa: i prossimi congiunti non hanno alcuna veste legale per decidere al posto del paziente[102]. Inoltre il rifiuto al trattamento medico è un diritto personalissimo[103], non potendo essere prestato da altri, salvo i casi di rappresentanza legale tassativamente stabiliti (minori e interdetti). Il medico in questi casi rimane gravato dagli obblighi di cura e assistenza derivanti dalla posizione di garanzia, seppure con due limiti: da un lato, di agire sempre per il *best interest* del paziente; dall'altro, evitare il c.d. accanimento terapeutico, ovvero «l'eccesso di terapie: cioè l'attivazione o prosecuzione di terapie sproporzionate alle concrete circostanze cliniche o inutile o addirittura futili, quindi ingiustificate, che servirebbero non a prolungare la vita, ma soltanto

---

[99] F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine-vita cit.*, p. 61; S. Canestrari, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Dei delitti contro la vita*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, A. Manna, Torino Giuridica, 2011, p. 682 ss.

[100] Diritto teorizzato da chi vede nel dissenso alle terapie, specie salvavita, una forma di eutanasia passiva consensuale. Cfr F. Mantovani, *Diritto penale - Parte speciale cit.*, p. 69 ss.

[101] S. Canestrari, *Rifiuto e rinuncia cit.*, p. 693.

[102] F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine-vita cit.*, p. 62; G. Ferrando, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. Dir.*, 1999, p. 152.

[103] F. Mantovani, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, in *Criminalia*, 2009, p. 333.

l'agonia, e ad aggravare le sofferenze del malato»[104]. Le stesse argomentazioni valgono per il rappresentante legale perché[105] egli deve agire per il miglior interesse del rappresentato. Infatti «per il nostro ordinamento il rappresentante legale ha soltanto il potere-dovere di agire per la salvaguardia della vita e della salute del rappresentato»[106], considerando le inclinazioni e le concezioni etiche, sociali, filosofiche o religiose del rappresentato.

Se si accoglie la tesi dell'attualità logica del consenso, come la maggior parte della dottrina propende, si deve ammettere che il paziente può rilasciare, in un tempo precedente alla perdita di coscienza e per l'ipotesi di un trattamento medico, delle dichiarazioni anticipate di trattamento, note altrimenti come testamento biologico. Tali dichiarazioni sono, in sostanza, manifestazioni di volontà da parte del paziente espresse in un tempo anche molto precedente rispetto alla perdita della capacità naturale, con l'indicazione dei trattamenti terapeutici consentiti e negati[107]. A tutt'oggi

---

[104] F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine-vita cit.*, p. 77. L'Autore afferma che l'espressione «andrebbe abbandonata già a livello semantico, per il suo carattere emozionale e negativo, per l'uso impressionante nell'opinione pubblica e per la sua forza evocatrice di un potere medico fine a stesso e di tenebrose sperimentazioni sui malati».

[105] Cfr. Cap. II, Parte II, § 2.1.

[106] F. Mantovani, *Riflessioni sulla vicenda Eluana Englaro cit.*, p. 337.

[107] F. Mantovani, voce *Eutanasia cit.*, p. 427; Id., *Riflessioni sulla vicenda cit.*, p. 337 ss.; Id, *Biodiritto e problematiche di fine-vita cit.*, p. 63; Id, *I requisiti di validità del testamento biologico*, in *Iustitia*, 2012, p. 293 ss.; A. Vallini, *Rifiuto di cure cit.*, p. 79; Id. *Il significato giuridico-penale del previo dissenso alle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 1426 ss.; F. Giunta, *op. ult. cit.*, p. 102 ss.; S. Canestrari, *Rifiuto e rinuncia cit.*, p. 700; G. Iadecola, *op. ult. cit.*, p. 606; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. It. Dir. Proc Pen.*, 1995, p. 697 ss.; D. Simeoli, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giur. Civ.*, 2008, p. 1729; G. Pellegrino, *Il rifiuto delle trasfusioni da parte dei Testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, in *Giur. It.*, 2009, p. 1114 ss.; F. Bonaccorsi, *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro*, in *Danno e Resp.*, 2008, p. 432 ss.; G. Iadecola-A. Fiori, *Stato di necessità, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto «diritto di morire», criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, p. 309 ss.

non vi è normativa sulla materia, ma solo progetti di legge[108]. Questo non sta a significare che le direttive anticipate non abbiano rilevanza nel nostro ordinamento. L'art. 9 della Convenzione di Oviedo, ratificata dal nostro Paese, prescrive al sanitario di tener conto delle precedenti direttive del paziente. L'art. 38 del codice di deontologia medica, impegna il medico a tenerne conto anche se alla cadenza di requisiti di forma e di sostanza: i primi, consistono nella scrittura delle direttive in documentazione datata e sottoscritta; i secondi nella comprovata libertà delle scelte documentate e ragionevolezza delle scelte effettuate. Tuttavia, si ritiene che le dichiarazioni anticipate di trattamento siano sì vincolanti, ma solo in senso relativo: esse non hanno un «valore né assolutamente vincolante, né meramente orientativo, che si presenta come la soluzione più corretta, perché fa salvo il rispetto della volontà "reale" del soggetto, per il fatto che si ritiene che alla volontà dello stesso debba essere data esecuzione non deterministicamente e meccanicamente, ma riconsiderandone la verosimile persistenza o meno in rapporto alla concreta ed eventualmente mutata situazione clinica e terapeutica in cui il medico è chiamato ad operare»[109].
Al fine di questa vincolatività relativa, parte della dottrina[110] ritiene necessari dei requisiti di garanzia. Tali dichiarazioni devono:

- essere espressione della più libera autodeterminazione, senza forme di coercizione o di induzione;

[108] Ad esempio: d.d.l. n. 3 del Senato, presentato il 28 Aprile 2006; d.d.l. n. 357 del Senato, presentato il 17 Maggio 2006; d.d.l. 1615 del Sentato, presentato il 5 Giugno 2007. Alcuni Autori non credono nella necessità di una normazione: così G. Iadecola, *Note critiche in tema di "testamento biologico"*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 473.
[109] F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine-vita cit.*, p. 66. L'Autore nega la vincolatività assoluta del testamento biologico, poiché presenta l'inconveniente della inattendibilità; ma anche della assoluta non vincolatività, perché vanificherebbe il principio dell'autodeterminazione. Nella sostanza convergono anche gli Autori citati nella nota 141.
[110] Per tutti, F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine-vita cit.*, p. 67-68; Id., *I requisiti di validità cit.*, p. 296. Nello stesso senso anche F. Giunta, *op. ult. cit.*, p. 107 ss; A. Vallini, *Il significato del previo dissenso cit.*, p. 1430.

- essere dichiarazioni attendibili, ovvero espresse da un soggetto capace, previamente informato, in forma scritta, ma non tramite moduli prestampati, dal contenuto inequivoco e specifico per le terapie e situazioni cliniche;
- essere conformi all'ordinamento giuridico, ovvero rispettose delle norme giuridiche e della scienza medica;
- devono essere persistenti al momento dell'intervento del medico, non revocate *expressis verbis* o per *facta concludentia*;
- essere rinnovate in tempi predeterminati e non troppo distanti (3 o 5 anni);
- infine, deve essere eventualmente prevista la nomina di un fiduciario per vigilare affinché la volontà del paziente sia rispettata.

Alla cadenza di questi requisiti si ritiene che il paziente esoneri il medico dalla posizione di protezione e dai doveri di cura relativi, per preferire una vita che, secondo la sua convinzione, sia la più dignitosa. Ma in mancanza anche di un solo requisito il medico non sarà sollevato e dovrà pertanto agire *in dubio pro vita*.

Il dissenso informato può avere ad oggetto anche trattamenti salvavita, ovvero quelle terapie che se non praticate sul paziente lo possono condurre alla morte. La tematica, come facilmente si può intuire, è interdisciplinare non essendo una questione solo giuridica, ma anche morale, etica e religiosa, e queste convinzioni possono inficiare un'argomentazione prettamente giuridica.

Ammettere l'esistenza di un tale diritto in relazione anche a queste terapie, significa accogliere una concezione di vita come bene disponibile. Prescindendo dalla inadeguatezza della locuzione "disponibile", che implica una trasferibilità a terzi del bene stesso[111], da nessuna norma della Costituzione «si evince l'esistenza di un diritto alla vita inteso come

[111] Sul punto cfr. I. Leoncini, *op. ult. cit*, p. 12-13.

indisponibile, almeno ove la funzione di tale aggettivo sia quella di tramutare il diritto all'autodeterminazione terapeutica in un dovere di mantenersi sempre e comunque in vita. Ha certo ragione chi afferma l'esistenza di un fondamentale diritto alla vita; sennonché un diritto ha come contenuto, per definizione, una facoltà, non un dovere. [...] Un'opzione ben poco compatibile con un impianto costituzionale di carattere laico e personalista»[112]. Parte della dottrina[113] afferma che il singolo non ha un dovere di stare in salute, poiché altrimenti si sottenderebbe una «titolarità non piena in capo al soggetto. [...] La qualifica di bene disponibile o indisponibile dipende dalle diverse concezioni accolte in merito al rapporto tra Stato e individuo. Secondo lo schema di pensiero "pan-pubblicistico" sotteso all'impianto originario del codice Rocco […] il singolo dovrebbe reputarsi, per così dire, soltanto "custode" dei propri beni»[114], gravando su di lui un dovere di curarsi per la collettività. Questo non vale però per la Costituzione, poiché l'istanza personalistica non permette che la persona umana sia concepita e tutelata in modo secondario rispetto alla collettività o comunque in funzionalizzazione della stessa collettività. Il soggetto, non avendo nessun obbligo di sottoporsi ad un trattamento coattivo[115] tranne quando obbligatori per legge e non esistendo

[112] A. Vallini, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, p. 68 ss.
[113] F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 37 ss.; Id. *Diritto Penale - Parte Speciale*, Padova, 2013, p. 91 ss.; F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 379 ss.; M. Portigliatti Barbos, *Diritto a morire*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 31 ss.; F. Canestrari, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 763 ss.; A. Manna, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 370.
[114] I. Leoncini, *op. ult. cit.*, p. 14; M. Romano, *Commentario cit.*, p. 528.
[115] In questo senso: V. Onida, *Dignità della persona e diritto di essere malato*, in *Quest. Giust.*, 1982, p. 370 ss.; D. Pulitanò, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, *ivi*, p. 342 ss.; E. Fassone, *Sciopero della fame, autodeterminazione e libertà personale*, *ivi*, p. 335 ss.; M. Portigliatti Barbos, *Diritto a morire cit.*, p. 40; G. Fiandaca, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro It.*, 1983, p. 238.

nessun "dovere di vivere ad ogni costo"[116], può decidere quali interventi permettere sul proprio corpo, dispensando il medico dal dovere di impedire l'evento. Altra dottrina [117] ritiene, invece, che la vita sia un bene indisponibile sull'assunto che «il rispetto della persona umana, che trova la propria matrice nella Carta Costituzionale, costituisce un limite generale che oltre a dirigersi nei confronti dei terzi, vincola lo stesso titolare del diritto, non consentendo che l'individuo possa sopprimere od alterare le proprie funzioni organiche»[118]. In particolare, «non si può desumere un "diritto a morire" dall'art. 32 c. 2 Cost., la cui lettera non può essere spinta oltre il riconoscimento dell'ordinaria incoercibilità dell'attivazione di un intervento medico. Del resto, l'aver stabilito una relazione terapeutica, intesa come tale alla tutela della salute, implica accettare regole che le sono proprie e, pertanto, che essa non possa trasformarsi in una relazione la quale preveda condotte suscettibili di compromettere le condizioni attuali di saluti del soggetto interessato, fino a determinarne la morte» [119]. L'eventuale rifiuto o rinuncia del paziente, non sarebbe in grado, quindi, di eliminare la posizione di garanzia che il medico ricopre, rendendolo responsabile *ex* art. 40 cpv. per non aver impedito l'evento[120].

Tuttavia rinvenire nell'ordinamento giuridico un segnale in questa

---

[116] C. Cupelli, *Il "diritto" del paziente cit.*, p. 1821. Nello stesso senso: F. Ramacci, *I delitti di omicidio* Torino, 2008, p. 281; M. B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p.147 ss.; F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 57 ss.; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia cit.*, p. 671 ss.

[117] G. Iadecola, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, p. 113 ss.; L. Eusebi, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995, p. 734 ss.; Id., *Criteriologie dell'intervento medico… cit.*, p. 1233 ss.; Id., *Il diritto penale di fronte alla* malattia, in *La tutela penale della persona*, L. Fioravanti (a cura di), Milano, 2001, p. 133 ss.; G. Barbuto, *Alcune considerazioni in tema di consenso informato cit.*, p. 329 ss.

[118] G. Barbuto, *Alcune considerazioni in tema di consenso informato cit.*, p. 335.

[119] L. Eusebi, *Criteriologie dell'intervento medico cit.*, p. 1235.

[120] In questo senso L. Eusebi, *op. ult. cit.*, p. 1231, secondo il quale «ammettere l'incoercibilità dell'attivazione di una terapia nei confronti del paziente, non significa negare il permanere della posizione di garante del medico».

direzione non è semplice. Non è possibile invocare l'art. 2 Cost., nella parte in cui allude agli oneri solidaristici, per sostenere l'indisponibilità della vita, assumendo quindi l'esistenza di un dovere di vivere come presupposto fondamentale per il loro adempimento. Questo significa, come già considerato, configurare «un inquietante obbligo di tenersi in salute ed in vita per servire al meglio allo Stato, agli altri ed alla collettività, logicamente ed assiologicamente incompatibile con la chiara scelta dei Costituenti di definire la salute nei termini, esattamente opposti, di una pretesa del singolo nei confronti dello Stato e della collettività»[121].

Sempre a tale fine, non può essere neanche richiamato l'art. 5 cod. civ.[122] poiché la *ratio* della norma richiamata è prettamente negoziale, nato per evitare che dietro compenso si potesse compromettere in via permanente la propria integrità fisica[123]. E proprio per questo la norma non è richiamabile nel contesto penale.

Neanche gli artt. 579 e 580 cod. pen. possono mettere in discussione la liceità del rifiuto delle cure salvavita. Il dissenso del paziente è esercizio del suo diritto di autodeterminazione terapeutica *ex* art. 32 Cost., che sarebbe limitato indebitamente dalla norme ordinarie richiamate. Occorre una lettura costituzionalmente orientata sia dell'art. 579 per il fenomeno

---

[121] L. Eusebi, *ivi*. Nello stesso senso: F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione complicata*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, p. 86 ss.; I. Leoncini, *I reati contro la vita*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, A. Fiorella (a cura di), 2013, Torino, p. 59 ss.; S. Seminara, *Riflessioni in tema di eutanasia e suicidio cit.*, p. 678 ss.; L. Monticelli, *Eutanasia, diritto penale e principio di* legalità, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 463 ss.; F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 57 ss.; Id., *Diritto penale – Parte Speciale,* I, 2013, Padova, p. 79 ss. D. Pulitanò, *Doveri del medico cit.*, p. 1195 ss.; L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. Pen.*, 2000, p. 480 ss.; R. Blaiotta, *I profili penali della relazione terapeutica*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3617 ss.

[122] Cfr. più in dettaglio il Cap. II, Parte I, § 1.2.

[123] F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale cit.*, p. 86; O. De Pietro, *Il consenso dell'avente diritto e il consenso del paziente*, Napoli, 1988, p. 596 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale - Parte speciale cit.*, p. 80; I. Leoncini, *Obbligo di curare cit.*, p. 57 ss.; Id., *I reati contro la vita cit.*, p. 13 ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato cit.*, p. 170 ss.

della «c.d. eutanasia passiva, da considerare lecita, in quanto inquadrabile nella problematica del rifiuto delle cure», sia dell'art. 580 «essendo il suicidio espressione del diritto all'autodeterminazione sulla propria vita»[124].

Altri autori hanno affermato che mettere il paziente davanti alla scelta sul continuare a vivere o morire potrebbe produrre un senso di colpevolizzazione verso di sé, oppure che tali scelte comporterebbero un onere psicologico enorme per il paziente o i familiari[125]. Ma tutto questo non può essere rilevante per il giurista.

Questo discorso conduce ad una conclusione. La vita come bene-presupposto, «la cui sussistenza costituisce la premessa ineludibile del godimento di ogni diritto»[126], è disponibile *manu propria*, ma intangibile da parte di terzi. In sostanza, la volontà del paziente deve essere "suprema legge"[127]: lo Stato ha l'obbligo di garantire la piena autodeterminazione del paziente, perseguendo chi interviene contro la sua volontà.

Il quadro descritto è sicuramente aderente alle moderne istanze sociali e ad una corretta interpretazione della Carta fondamentale. Tuttavia, il legislatore si mostra inerte a queste istanze, rifiutando implicitamente tale evoluzione ed ostacolando in tal modo la piena attuazione della libertà di autodeterminazione terapeutica.

---

[124] I. Leoncini, *Obbligo di curare cit.*, p. 66. Nello stesso senso, F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale cit.*, p. 123; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia cit.*, p. 726; L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia cit.*, p. 482; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 239.

[125] L. Eusebi, *Criteriologie dell'intervento medico cit.*, p. 1136.

[126] I. Leoncini, *Obbligo di curare cit.*, p. 20.

[127] I. Leoncini, *ivi*.

Capitolo II
Il consenso informato

Parte I
Il fondamento di liceità dell'attività medico chirurgica

1. Il ricorso alle scriminanti codificate

Da oltre un secolo la tematica del fondamento di liceità dell'attività medica impegna dottrina e giurisprudenza, dal momento che essa si pone come pregiudiziale nella ricostruzione dogmatica del consenso informato. Pertanto, è necessaria affrontarla al fine di comprendere la natura giuridica del consenso informato nella relazione terapeutica.

Le tesi prospettate dalla dottrina si possono ricondurre sostanzialmente a due[128]: una prima tesi fonda la liceità del trattamento medico sulle cause di giustificazione, sia codificate che non; una seconda, invece, esclude che la condotta medica integri il fatto tipico di lesioni personali o di omicidio[129].

Secondo la prima tesi la condotta medica è tipica, integrando essa sia il reato di lesioni personale, che di omicidio in caso di esito mortale. Solo tramite una scriminante si può elidere l'antigiuridicità ed eliminare, quindi, il carattere intrinsecamente illecito dell'attività medica.

La causa di giustificazione che più di tutte viene richiamata per scriminare l'attività medica, è quella del consenso dell'avente diritto *ex* art. 50 cod. pen., la quale esclude la punibilità di colui che «lede o pone in pericolo un

[128] A. Manna, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 450 ss.

[129] Consapevole della interrelazioni della tematica in oggetto con quello dei reati configurabili, mi limiterò in questo Capitolo alla ricostruzione della tematica del consenso informato, lasciando l'analisi dei reati configurabili alla sua *sedes materiae.*

diritto, con il consenso della persona che può validamente disporne». La scriminante è espressione del principio dell'interesse mancante[130]: il consenso informato, quale *species* del consenso dell'avente diritto, dispenserebbe lo Stato dall'intervenire contro il medico. La tesi ha il pregio di mettere al centro della relazione terapeutica il paziente con la sua volontà, ma parte della dottrina[131] afferma che l'art. 50 cod. pen., quando ha ad oggetto atti incisivi sul proprio corpo, troverebbe una limitazione nell'art. 5 cod. civ.[132], il quale vieta gli atti di disposizione che «cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica». Per la validità del consenso, l'art. 50 cod. pen. richiede la disponibilità del diritto: ma proprio l'art. 5 cod. civ. prescrivendo l'indisponibilità dell'integrità fisica,

[130] Fiandaca-Musco, *Diritto penale - Parte generale*, Bologna, 2012, p. 258.

[131] P. Lignola, *I limiti giuridico-penali dell'attività medico chirurgica*, in *Giust. Pen.*, 1960, p. 87 ss.; M. Pesante, voce *Corpo Umano (Atti di disposizione)*, in *Enc. Dir.*, vol. X, 1992, p. 633 ss.; L. Sensini, *In tema di consenso al trattamento medico chirurgico*, in *Zacchia*, 1971, p. 205 ss.; G. Azzali, *Trattamento sanitario e consenso informato*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 927 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, 2004, Milano, p. 530 ss.; A. Manna, *Trattamento sanitario cit.*, p. 452 ss.; Id., *Profili penalistici del trattamento medico* chirurgico, Milano, 1984, p. 25 ss.; Id. voce *Trattamento medico cit.*, p. 1284 ss.; A. Galanti, *Liceità dell'attività medico-chirurgica: alla ricerca di un fondamento normativo*, in *Riv. Pen.,* 2008 p. 1462; G. Passacantando, *Problematiche in tema cit.,* p. 247; F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Milano, 2003, p. 294; G. Lozzi, *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 263; G. Iadecola, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente,* in *Cass. Pen.*, 2002, p. 530; Id., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 757 ss.; R. Blaiotta, *I profili penali della relazione terapeutica*, in *Cass. Pen.,* 2005, p. 3603 ss.; L. Eusebi, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995, p. 729 ss.; G. Santacroce, *Trasfusioni di sangue, somministrazione di emoderivati e consenso informato del paziente*, in *Gius. Pen.*, 1997, p. 115 ss.

[132] Sull'operatività in generale dell'art. 50 cod. pen. in rapporto all'art. 5 cod. civ., si veda: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale - Parte generale cit.*, p. 288 ss; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte Generale cit.*, p. 264 ss.; E. Dolcini - G. Marinucci, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Milano, 2012, p. 242; Id., *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 660 ss; M. Romano, *Commentario cit.*, p. 527 ss.; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, 2014, Roma, p. 737 ss.; A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, *Trattato di diritto penale*, Vol. I, Torino, 2011, p. 238 ss.; A. Pagliaro, *Il reato*, Milano, 2007, p. 262 ss.

renderebbe il consenso inapplicabile alle ipotesi di specie. A tale osservazione si è tentato di dimostrare l'operatività del consenso dell'avente diritto al di là del limite del codice civile, prospettando una consuetudine che ne consentisse il superamento[133], c.d. *praeter legem*[134]; oppure si è sostenuta l'inapplicabilità della norma civilistica nel contesto penale, ma si è opposto[135] che l'operatività delle scriminanti dipende non soltanto dal contesto penale, ma anche dall'intero ordinamento giuridico, in onore del principio di non contraddizione[136]. Questo significa che una causa di giustificazione potrebbe essere limitata anche da una norma civilistica, come l'art. 5 cod. civ.

Un'altra dottrina[137] contesta il rango di principio generale dell'ordinamento giuridico dell'art. 5 cod. civ., in base anche «alla sua ubicazione e per la scelta semantica della sua locuzione [...] che si limiterebbe a decretare l'extra-patrimonialità del corpo umano, sancendo la nullità degli atti negoziali a effetti obbligatori eventualmente stipulati, che diano vita a veri e propri diritti sul corpo altrui»[138]. La relazione terapeutica esula, quindi, dall'applicazione dell'art. 5 cod. civ., poiché il consenso dell'avente diritto non è negoziale, ma *abdicativo*, in ossequio al principio dell'interesse mancante sotteso alla scriminante.

L'orientamento che ha ricevuto invece più sostegno per oltrepassare tale ostacolo, è stata quello di una interpretazione costituzionalmente orientata

---

[133] R. Riz, voce *Medico cit.*, p. 954.
[134] A. Manna, *Trattamento sanitario cit.*, p. 452.
[135] A. Manna, *ivi*.
[136] Secondo il quale, una condotta non può essere giudicata dall'ordinamento come reato e, contemporaneamente, come facoltativa o addirittura doverosa.
[137] P. Avecone, *La responsabilità penale del* medico, Milano, 1981, p. 24 ss.; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 226 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, in *Medicina e diritto penale*, S. Canestrari - F. Giunta - R. Guerrini - T. Padovani (a cura di), Pisa, 2009, p. 57 ss.; Id., *I reati contro la vita*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, A. Fiorella (a cura di), Torino, 2013, p. 30 ss.
[138] I. Leocini, *I reati contro la vita cit.*, p. 31.

della norma civile[139]. Con l'entrata in vigore della Costituzione vi dovrebbe essere una interpretazione "correttiva" (costituzionale, appunto) di tutti i testi antecedenti alla stessa: quindi il divieto dell'art. 5 cod. civ., cadrebbe ogni qualvolta la menomazione o la diminuzione permanente sia rivolta al miglioramento della salute *ex* art. 32 Cost. co. 2.[140]

Al di là dell'art. 5 cod. civ., la vera limitazione della tesi in questione riposa nella mancanza di una proporzionalità tra lo scopo perseguito e il bene sacrificato, indispensabile nella relazione terapeutica, come anche nella mancanza del carattere *doveroso* dell'azione acconsentita, posto che il consenso *ex* art. 50 cod. pen. pone nell'agente una facoltà di agire, ma mai un obbligo[141]. Inoltre, «per l'efficacia del consenso dell'art. 50 cod. pen., qualora esso sia attuale e validamente espresso, non si richiede alcuna altra condizione esterna di liceità del fatto consentito, in quanto il consenso trae origine esclusivamente da una libera valutazione del titolare in ordine ai propri interessi. [...] Al contrario, il contenuto del consenso all'intervento terapeutico può muoversi soltanto entro i confini fissati dall'autorizzazione

---

[139] F. Bilancetti - M. Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico cit.*, p. 325; Id., *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. 949; G. Azzali, *Trattamento sanitario cit.*, p. 929; R. Riz, *Lineamenti di diritto penale - Parte generale*, Padova, 2001, p. 202, il quale rileva che applicare l'art. 5 cod. civ. significherebbe far cessare gran parte delle attività di relazione, come quelle sportive; G. Lozzi, *Intervento chirurgico cit.,* p. 612; M. Romano, *Commentario cit.*, p. 532. Si veda anche G. Barbuto, *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico chirurgico*, in *Cass. Pen.,* 2003, p. 332 nel quale « [...] il divieto dell'art. 5 cod. civ. viene stemperato dal consenso per trattamenti necessari, diretti al miglioramento della salute ». Critico R. Blaiotta, *I profili penali cit.*, p. 3609 il quale in modo succinto afferma « L'art. 5 cod. civ. sembra essere un ostacolo assai serio rispetto alla operatività dell'art. 50 cod. pen. [...] eppure è difficile pensare che il malato non possa prestare il proprio consenso ad interventi gravemente lesivi e mutilanti pur di salvare la propria vita o di migliorare le condizioni complessive di salute ».

[140] Sul tema interpretativo, si rinvia ad A. Vallini, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, p. 185 ss.

[141] I. Leoncini, *Obbligo di curare cit.*, p. 56; Id., *I reati contro la vita cit.*, p. 35.

statale all'attività medico-chirurgica, trattandosi, altrimenti, non più di esercizio dell'arte medica, ma semplicemente di azione lesiva»[142].

L'impossibilità di reperire nel consenso dell'avente diritto il requisito unico di liceità dell'attività medico chirurgica, ha portato la dottrina[143] ad utilizzare altre scriminanti, tra cui l'art. 51 co. 1 cod. pen., secondo il quale «l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità». Una prima ricostruzione fonda la liceità dell'attività medica chirurgica sull'adempimento del dovere, collegato all'obbligo di impedire l'evento penalmente sanzionato in caso di inosservanza *ex* art. 40 cpv. cod. pen.[144] La teoria però non convince. Fondare l'attività medica sull'adempimento del dovere, conduce all'esclusione del consenso del paziente, dal momento che «in tale fattispecie, l'azione è comandata dall'agente, sicché l'obbligato non ha alcun modo di tenere conto della volontà di chi subisce»[145]. Infatti il medico sarebbe obbligato ad intervenire anche contro la volontà del paziente, perché la posizione di garanzia dello stesso non sarebbe derivante dal contratto e quindi dipendente dalla volontà del malato, ma per lo più da norme deontologiche e consuetudinarie. Prescindendo che queste ultime non sono da sole idonee a fondare una *Garantenstellung*[146] «in quanto la relativa posizione di garanzia non può che sorgere nei confronti di un determinato soggetto e a

[142] I. Leoncini, *ivi*.

[143] P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p. 171 ss.; F. Bricola, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Scritti di diritto penale*, S. Canestrari - A. Melchionda (a cura di), Vol. I, Milano, 1997, p. 70 ss.

[144] F. Bricola, *Aspetti problematici cit.*, p. 82. Secondo l' A. in mancanza della finalità terapeutica solo il consenso dell'avente diritto, nei limiti dell'art. 5 cod. civ., scrimina l'attività medica.; P. Nuvolone, *op. cit.*, p. 171 ss.

[145] I. Leoncini, *I reati contro la vita cit.*, p. 54.

[146] A. Manna, voce *Trattamento medico-chirurigico cit.*, p. 1284; Id, *Trattamento sanitario cit.*, p. 70 ss. I. Leoncini, *Obbligo di curare cit.*, p. 54. *Contra* invece, P. Nuvolone, *I limiti taciti cit.*, p. 173.

seguito del rapporto contrattuale che si instaura tra questi ed il sanitario»[147], in questo modo si disconosce il diritto del rifiuto alle cure, costituzionalmente garantito dall'art. 32 Cost. co. 2, sostenendo l'esistenza di un dovere di restare in salute, indiscutibilmente escluso[148] a meno di ammettere «un'ingerenza, di stampo indubbiamente autoritario nella sfera di libertà del singolo [...] La scriminante dell'adempimento di un dovere non consente di lasciare adeguato spazio alla libertà di autodeterminazione del paziente, che deve, invece, essere lasciato in genere libero di scegliere se sottoporsi o meno ad una terapia»[149].

L'unica ipotesi di applicazione dell'adempimento del dovere è quella dei trattamenti obbligatori *ex lege*, nei quali l'attività pur essendo tipica, è tollerata dall'ordinamento per un interesse superiore a quello sacrificato, ovvero la salute collettiva, prescindendosi totalmente dal consenso del paziente[150].

L'art. 51 cod. pen. veniva in passato richiamato[151] a fondamento della liceità dell'attività medica anche come esercizio del diritto. Il medico, esercente un'attività autorizzata dallo Stato, sarebbe titolare di una facoltà legittima [152] che, unitamente al consenso del paziente inteso quale presupposto di liceità e non come scriminante, rende leciti tutti gli atti da

---

[147] A. Manna, *Trattamento sanitario cit.*, p. 71.

[148] A. Manna, *ivi*. Nello stesso senso, F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione cit.*, p. 52; F. Bricola, *Aspetti problematici cit.*, p. 84. Confronta anche Cap. I, § 3 e 5.

[149] A. Manna, voce *Trattamento medico cit.* p. 1286. Nello stesso senso, R. Riz, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975, p. 88 ss.; F. Ramacci - R. Riz - M. Barni, *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1983, p. 848 ss.

[150] Per tutti, F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione cit.*, p. 52 ss.

[151] R. A. Frosali, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958, II, p. 277 ss.; V. Cavallo, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939, p. 145 ss. Si veda anche F. Mantovani, *Diritto penale - Parte Generale*, Padova, 2007, p. 269; Id., *I trapianti e la sperimentazione cit.*, p. 54; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, p. 425.

[152] Sulla possibilità di ricomprende diverse situazioni giuridiche soggettive, oltre al diritto soggettivo, nell'art. 51 cod. pen., si veda per tutti F. Mantovani, *Diritto penale - Parte generale cit.*, p. 257.

lui compiuti. La tesi in questione ha il merito di tenere in debita considerazione il consenso del paziente e di farlo rientrare nei limiti dell'autorizzazione statale «evitandosi, così, sia aperture ad una serie di interventi lesivi dell'integrità anatomico-funzionale del corpo "desiderati" dal paziente in base a contingenti motivazioni soggettive, estranee alla finalità di conservazione o miglioramento della salute, sia scivolamenti verso la tolleranza di pratiche eutanasiche attive»[153]. D'altra parte però, non mancano incertezze. Infatti, «la legge costituisce soltanto la premessa per l'esercizio della professione sanitaria, ma non statuisce la liceità dei singoli atti inerenti all'esercizio della professione stessa»[154]. Inoltre, il medico non è titolare di una facoltà, ma di un vero e proprio *obbligo* di cura derivante dalla legge (come per il T.S.O.) o dal contratto[155].

Parte della dottrina[156] fa ricorso anche alla scriminante dello stato di necessità *ex* art. 54 cod. pen. per fondare la liceità del trattamento medico, soprattutto nel caso in cui il soggetto non possa validamente acconsentire all'intervento perché in stato di incoscienza e l'intervento sia improcrastinabile. Secondo la disposizione, non è punibile colui che ha compiuto il fatto «per essere stato costretto dalla necessità di salvare se o altri da un pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo». Secondo tale dottrina, alla cadenza di tali requisiti l'intervento medico deve essere imposto al paziente anche contro la sua volontà, poiché «l'indisponibilità dell'interesse in gioco [...] abilita

[153] I. Leoncini, *Obbligo di curare cit.*, p. 63.
[154] R. Riz, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione cit.*, p. 35.
[155] R. Riz, *ivi*; A. Manna, *Profili penalistici cit.*, p. 57; Id., voce *Trattamento medico cit.*, p. 1283; Id., *Trattamento sanitario cit.*, p. 454.
[156] M. Romano, *Commentario cit.*, p. 539; L. Eusebi, *Sul mancato consenso cit.*, p. 732 ss.; G. Barbuto, *Alcune considerazioni cit.*, p. 327 ss.; M. Pellissero, *L'intervento medico in assenza del consenso, riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 380 ss.; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 834.

interventi surrogatori che valgano a tutelarlo, sicché l'azione è necessitata»[157]. Tuttavia, la ristrettezza degli elementi costitutivi della scriminante rendono impossibile una sua generale applicazione per la liceità dell'attività medica, potendo invece essere applicata agli interventi d'urgenza ai quali il paziente non possa validamente acconsentire. Ma anche in questi casi, l'applicazione non è scevra da perplessità. Innanzitutto l'art. 54 cod. pen. facoltizza l'agente ad agire, mentre l'intervento medico è doveroso: una stessa norma non può facoltizzare alcune condotte e renderne doverose altre[158], pena una manifesta incompatibilità logica. In secondo luogo, l'art. 54 cod. pen. è concepito per giustificare lesioni arrecate a dei beni di un terzo innocente al fine di proteggere un proprio bene, essendo quindi il bene sacrificato e quello tutelato appartenente a soggetti diversi[159]. Questo non avviene nel caso dell'attività medica: il sanitario interviene non per tutelare un proprio interesse, ma per tutelare e sacrificare beni appartenenti allo stesso paziente senza che questo possa decidere. In altri termini, «non si comprende, la ragione per cui il giudizio di prevalenza tra beni giuridici propri del soggetto dovrebbe, invece, in caso di intervento medico, essere sottratto al titolare e delegato al medico»[160].

Inoltre, l'attualità del pericolo che non deve essere volontariamente causato e l'inevitabilità del danno, sono elementi che non si rinvengono facilmente in questa attività: pensiamo alla medicina preventiva che per definizione

---

[157] A. Fiori - G. Iadecola, *Mancata trasfusione di sangue in emofiliaco Testimone di Geova. Negato consenso della moglie e di altro familiare. Assenza di rapporto causale per irreversibilità dello shock emorragico. Assenza di obbligo da parte del medico di praticare l'emotrasfusione in mancanza di consenso*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, p. 312.

[158] F. Mantovani, *Diritto penale - Parte generale cit.*, p. 259; F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, p. 450 ss.; G. Vassalli, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. Pen.*, 1973, p. 100 ss.

[159] I. Leoncini, *Obbligo di curare cit.*, p. 53; Id., *I reati contro cit.*, p. 33; F. Palazzo, *Corso di diritto penale cit.*, p. 269.

[160] I. Leoncini, *ivi*.

manca dell'attualità del pericolo; oppure al caso di pericolo colposamente causato dal medico, che non permette allo stesso di correre "ai ripari", imputandolo allora penalmente degli interventi; infine, in rare ipotesi il trattamento praticato dal sanitario può definirsi l'unico mezzo idoneo ad evitare il danno[161]. Gli elementi costitutivi dello stato di necessità sono troppo restrittivi per fondare l'attività medico chirurgica. D'altronde, nessuna delle cause di giustificazione codificate è stata pensata per giustificare l'attività medica, ed è per questo che tutte si presentano inidonee allo scopo.

1.2 Le scriminanti non codificate

L'inidoneità delle cause di giustificazione positivizzate a fondare la liceità dell'attività medica, ha portato la dottrina a ricorrere alle scriminanti non codificate, ricavate da quelle esistenti tramite l'interpretazione analogica.
Per quanto il nostro ordinamento penale sia ispirato al principio di legalità formale, espresso dal brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, è opinione comune che il divieto sia solo relativo, ovvero valevole solo per le norme penali incriminatrici, ma non per le norme a favore del reo, dal momento che un'analogia *in bonam partem* non tradisce il principio garantistico del *favor libertatis*. Le scriminanti sono norme che operano sempre a favore del reo, perché rendono una condotta tollerata dall'ordinamento anche se astrattamente illecita: per cui esse possono beneficiare di questa opzione interpretativa[162].

[161] Così A. Manna, *Profili penalistici cit.*, p. 113 ss.
[162] In questo senso, A. Manna, *Profili penalistici cit.*, p. 91 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale - Parte generale cit.*, p. 110-111; F. Mantovani, *Diritto penale - Parte generale cit.*, p. 77 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale - Parte generale cit.*, p. 97 ss.; A. Manna, *L'analogia nel diritto penale*, in *Trattato di diritto penale – Parte generale*, A. Cadoppi - S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di) I, 2012, Padova, p. 207 ss.; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 193 ss.; L. Caiani, voce

Secondo una prima ricostruzione[163], tutte le cause di giustificazione troverebbero il loro fondamento nella mancanza di danno sociale, essendo la condotta scriminata corrispondente alla tutela o promozione di un bene ad alto valore sociale. L'attività medica è conforme a questo principio «per il suo alto interesse sociale: la cura degli infermi, interesse che lo Stato riconosce autorizzando, disciplinando e favorendo l'attività medesima»[164].
Un'altra ricostruzione[165] invece, pur ravvisando l'alto valore sociale dell'attività medica, estende la portata delle scriminanti codificate fino a crearne nuove tramite l'analogia *legis*, come il consenso presunto e la c.d. necessità medica, estratte dagli artt. 50 e 54 cod. pen. rispettivamente.
Nonostante gli sforzi della dottrina, il ricorso alle scriminanti non codificate oggi è generalmente rifiutato. I problemi che pongono queste figure non sono diversi rispetto a quelli visti per le scriminanti codificate, dalle quali derivano. La dottrina allora, con la consapevolezza della limitata valenza euristica di questi espedienti, rivolge l'attenzione sull'atipicità della condotta medica chirurgica.
L'applicazione delle scriminanti, rende l'attività medica semplicemente tollerata dall'ordinamento giuridico, occultando il valore sociale della stessa e per di più non pone nella giusta attenzione la posizione d'obbligo che il medico ha nei confronti del paziente. In questo modo inoltre, si pospone il consenso dello stesso su un piano secondario, in controtendenza

---

Analogia (teoria generale), in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 348 ss. In senso contrario, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, Torino, 1974, p. 68 ss.; B. Petrocelli, *La illiceità penale della violenza sportiva-Contributo alla teoria generale delle cause di esclusione della illiceità penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 193 ss.; M. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1955, p. 25 ss.

[163] Proposta già dal F. Grispigni, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1914, p. 473 ss. e poi ripresa da F. Antolisei, *Manuale di diritto penale - Parte generale cit.*, p. 247 ss.; G. Vassalli, *Alcune considerazioni cit.*, p. 94 ss.

[164] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 249.

[165] G. Vassalli, *Alcune considerazioni cit.*, p. 95 ss.; M. Gallo, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1967, p. 127 ss.

non solo con l'evoluzione sociale del rapporto medico-paziente, ma anche con l'ordinamento giuridico, essendo pacifica l'esistenza della libertà di autodeterminazione terapeutica e del consenso informato quale presidio e garanzia della stessa.

2. L'atipicità della condotta medica

L'insuccesso delle cause di giustificazione, ha condotto la ricerca del fondamento di liceità sul piano dell'atipicità, come la dottrina tedesca da tempo indicava.

Una prima impostazione è quella dell'azione socialmente adeguata (c.d. *Soziale Adäquanz*)[166]. Secondo tale teoria, «l'idoneità della condotta 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 di volontà imprime all'azione, nel suo rapporto con i valori in atto tutelati»[167]. In sostanza, nell'apprezzamento sulla punibilità di una condotta assurge a momento fondamentale il giudizio valutativo sulla sua meritevolezza sociale: lo scopo perseguito dalla condotta connota l'esistenza o meno del danno sociale e quindi la sua punibilità. Seguendo tale impostazione, l'attività del sanitario non può mai risultare aggressiva dei beni della salute e

[166] H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* , Vol. 58, 1938, p. 491 ss.; Id. *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1956, p. 108 ss.; E. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, p. 36 ss.; H. Mayer, *Das Strafrecht des deutschen Volks*, Stuttgart, 1936, p. 170 ss.; A. Crespi, voce *Medico chirurgo*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1993 p. 25; C. Fiore, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966; G. Bettiol, *Diritto penale - Parte generale*, Padova, 1973, p. 298 ss.; G. Gregori, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969; C. Fiore - S. Fiore, *Diritto Penale - Parte Generale*, Padova, 2013, p. 317 ss.; M. Romano, *Commentario cit.*, p. 532; F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, Torino, 2007, p. 309 ss.; A. Manna, *Profili penalistici cit.*, p. 13 ss.

[167] C. Fiore, *L'azione socialmente adeguata cit.*, p. 125.

dell'integrità fisica. Essa è sempre diretta alla tutela di questi beni, sicché il dolore fisico o altre conseguenze iatrogene, seppure connesse da un decorso causale con l'atto medico, vengono annullate dallo scopo perseguito[168]. «L'attività terapeutica consiste appunto nel produrre alla salute proprio il contrario di un danno o di una lesione e conseguentemente devesi escludere nel modo più categorico che essi, quando abbiano esito favorevole, possa mai riscontrarsi l'elemento obbiettivo di un reato di lesioni personali [...] Certo dopo una operazione l'organismo può rimanere privato, ad esempio, di una gamba, di un braccio ecco. Ma bisogna vedere se la mancanza di questo arto, invece di costituire un danno per l'organismo non significhi proprio l'opposto e cioè un beneficio [...] E tale effetto, perché appunto utile, non si può considerare quale un'offesa, un danno alla salute, mancando quindi l'elemento obiettivo del reato [...]»[169]. Per cui, anche se esteriormente l'azione è corrispondente ad alcune fattispecie incriminatrici, essa è penalmente irrilevante perché conforme allo scopo e agli ideali della società[170].

La teoria dell'azione socialmente adeguata è stata criticata perché confliggente con il principio di legalità formale e della certezza del diritto[171]. Il contrasto con il primo principio tuttavia, non sussiste, poiché questo «vale per le norme incriminatrici, e non riguarda i criteri che invece escludono la sussistenza del reato»[172], ma non è possibile negare un'incertezza nelle ipotesi più complesse. Il criterio è di difficile

---

[168] C. Fiore, *ivi*, p. 126.

[169] F. Grispigni, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1914, p. 473 ss. L'A., a differenza del Fiore, ravvisa una liceità solo in caso di esito fausto. Cfr. Cap. III.

[170] H. Welzel, *Studien cit.*, p. 491.

[171] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 250 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale - Parte generale cit.*, p. 137; Id., *I trapianti e la sperimentazione cit.*, p. 230 ss.; F. Bricola, *Teoria generale cit.*, p. 69; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 113 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale-Parte generale*, Milano, 2003, p. 40 ss.

[172] A. Manna, *Profili penalistici cit.*, p. 19.

applicazione e pur ammettendo che in alcune ipotesi possa essere applicato[173], in queste non sembra rientrare il trattamento medico. A ragionar diversamente, non solo il consenso non troverebbe nessuna sistemazione teorica perché la condotta è di per sé già atipica, ma farebbe rivivere la vecchia concezione paternalistica con un medico che penalmente non risponde del trattamento arbitrario[174].

Negli ultimi anni giurisprudenza[175] e dottrina[176] hanno continuato a sostenere l'autolegittimazione dell'attività medica perché socialmente

---

[173] A. Manna, *ivi*. L'A. fa l'esempio degli schiamazzi notturni durante il Carnevale o il Capodanno che, pur integrando il reato *ex* art. 659 cod. pen., la coscienza sociale non ritiene illeciti in quei particolari periodi dell'anno.

[174] I. Leoncini, *Obbligo di curare cit.*, p. 51.

[175] Vedi *infra*, Parte II.

[176] M. Romano, *Commentario cit.,* p. 532; G. Iadecola, *Sulla configurabilità cit.*, p. 530; Id., *Sugli effetti penali cit.*, p. 2047; Id., *Ancora in tema cit.*, p. 2663; L. Eusebi, *Sul mancato consenso cit.* p. 731 che indica l'esistenza del principio di beneficialità che ispira l'atto medico; G. Lozzi, *Intervento chirurgico cit.*, p. 614; G. Passacantando, *Problematiche in tema cit.*, p. 236; G. Marra, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1953; F. Marzano, *Trattamento sanitario in assenza del consenso informato: rilevanza del mancato consenso o dell'esplicito dissenso?*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1841; C. Cupelli, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. Pen*, 2008, p. 1813; M. Pellissero, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 372 ss.; R. Blaiotta, *I Profili penali cit.* p. 3606 ss.; F. Viganò, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 182, che si mostra critico non tanto sull'autolegittimazione, ma sulla possibile irrilevanza penale di un trattamento medico eseguito senza consenso ma con esito fausto; A. Abbagnano Trione, *Considerazioni sul consenso del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 316 ss.; F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 379; G. Pietra, *Trattamento medico-chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*, in *Dir Pen. Proc.*, 2009, p. 73-74; E. Dolcini - G. Marinucci, *Codice penale commentato* cit., p. 700; A. Roiati, *La somministrazione di farmaci in via sperimentale tra consenso informato ed imputazione colposa* dell'evento, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2585, il quale parla del consenso informato come «presupposto dell'agire medico e non il suo (della condotta medica, *ndr*) parametro di valutazione»; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità altrui*, Padova, 2009, p. 290; T. Massa, *Il consenso informato: luci ed ombre*, in *Quest. Giust*, 1997, p. 407 ss.; G. Fiandaca, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro It.*, 2009, p. 314, il quale pur ammettendo che la Suprema Corte concorda con la tesi dell'autolegittimazione, dubita che la questione possa avere rilevanza nel risolvere il caso di specie; L. Cornacchia, *Trattamenti sanitari arbitrari*

adeguata, ma con argomenti differenti alla classica teoria dell'adeguatezza sociale.

L'attività medica si autolegittima sicuramente su un piano sociale per il suo alto valore, ma per l'ordinamento giuridico essa trova la propria autolegittimazione a livello costituzionale *ex* art. 32 Cost., come attività che si esplica per la protezione della salute e in quanto tale autorizzata dallo Stato. Questa conclusione supera le critiche per il mancato rispetto del principio di legalità[177].

Per potersi esplicare legittimamente, tuttavia, ha bisogno di un requisito ulteriore ovvero del consenso informato, che viene considerato come condizione o presupposto di liceità. Il medico ha «un diritto condizionato di curare, una situazione che non ha ancora la pienezza del diritto, che ha la consistenza di un diritto fievole, il quale necessita, per la sua concreta legale espansione, dell'acquisizione del consenso del malato, che realizza la rimozione di un limite rispetto al suo esercizio»[178], rendendo l'attività pienamente conforme a legge[179].

La tesi è la più accreditata in dottrina e giurisprudenza, ma vi è un'altra ricostruzione [180] che, pur giungendo a soluzioni pratiche identiche, rintraccia il fondamento dell'attività medica direttamente nell'obbligo di curare del sanitario discendente dalla posizione di garanzia, instauratosi

---

divergenti, in *Criminalia*, 2009, p. 419, il quale pur aderendo alla tesi dell'autolegittimazione, si mostra critico sugli "sforzi" per ancorarla al dettato dell'art. 32 Cost., affermando che la "scriminante costituzionale" assegnerebbe un ruolo inaspettato alla Carta fondamentale in materia penale.

[177] Anche se, come visto, non da tutti questa critica appare fondata. Cfr. nota 182.

[178] G. Iadecola, *Sugli effetti penali cit.*, p. 2047.

[179] G. Iadecola, *Sulla configurabilità cit.*, p. 530. Nello stesso senso, seppur con parole diverse, tutti gli Autori richiamati in nota 58; C. Roxin, *Sul consenso in diritto penale*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998. L'A. parla del consenso come causa escludente il tipo; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 832, ricostruisce in maniera differente la questione, ma arriva ad argomentazione simili: in breve, l'attività medica è scriminata dall'art. 51 cod. pen. come esercizio di una facoltà che può essere esercitata solo con il consenso del paziente.

[180] I. Leoncini, *Obbligo di curare cit.*, p. 67 ss.

tramite contratto o direttamente dalla legge. La posizione di garanzia, quale espressione del principio di solidarietà, impone al sanitario di agire nei limiti dell'autorizzazione statale e/o dell'accordo assunto dalle parti. Nell'esecuzione di questo obbligo il medico compie degli atti che possono essere, secondo uno schema causale-naturalistico, sussumibili in una o più fatti tipici. La tipicità «esprime un giudizio di disvalore dell'ordinamento in relazione ad un determinato atto umano. E la natura tipica o atipica di una condotta non deve essere necessariamente desunta da un'analisi interna alla singola fattispecie incriminatrice, ma può emergere dall'intero ordinamento giuridico, potendo essere integrata o delimitata dall'esterno ove il comportamento risulti [...] esplicitamente approvato o imposto dall'ordinamento»[181], sempre che non sia in contrasto con la tutela del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice o in contrasto con la volontà del paziente. Quest'ultima condizione, riporta l'attenzione sul consenso informato del paziente, non quale semplice presupposto di liceità, ma elemento costitutivo dell'obbligo di agire, assunto in seguito al contatto tra medico e paziente.

In tale modo, il consenso diventa un elemento imprescindibile della relazione terapeutica, considerando che il singolo non ha nessun obbligo, ma solo una facoltà di salvaguardare la propria vita e incolumità fisica, non potendo essere costretto a subire interventi coattivi[182].

Come visto, l'atipicità è il piano dogmatico preferibile entro il quale rinvenire il fondamento di liceità dell'attività medica. In questo modo, l'attività medica viene riconosciuta per l'alto valore sociale, che indubbiamente possiede, evitando però di farla apparire solamente tollerata dall'ordinamento, come accadrebbe con il ricorso alle scriminanti. Nel

[181] I. Leoncini, *ivi*, p. 77.
[182] *Supra* Cap. I, § 2.

contempo, riesce a dare anche una sistemazione dogmatica al consenso informato del paziente, senza pretermetterlo o inserendolo in maniera artificiosa.

Parte II
I requisiti del consenso informato

1. Il consenso informato nell'ordinamento italiano e internazionale

Giurisprudenza e dottrina[183], rilevata l'evoluzione sociale del rapporto diadico medico-paziente, hanno individuato nel consenso informato il pilastro della libertà di autodeterminazione terapeutica. La Consulta con la sentenza n. 438[184] del 2008, ha esplicitamente dichiarato che il consenso informato «deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione

[183] Tra gli altri, F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e tedesco*, Padova, 1974, p. 13 ss.; A. Manna, voce *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, vol. XLIV, p. 1280 ss.; R. Riz, voce *Medico*, in *Enc. Giur.*, Milano, 1992, vol. XIX, p. 950 ss.; G. Melillo, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 63 ss.; G. Iadecola, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico chirurgico eseguito in assenza del consenso del paziente*, in *Giust. Pen.*, 1991, p. 163 ss.; L. P. Comoglio, *Consenso informato e profili di responsabilità nelle donazioni di sangue*, in *Foro It.*, 1992, V, p. 368 ss.; L. Eusebi, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995, p. 727 ss.; G. Passacantando, *Problematiche in tema di consenso informato e responsabilità penale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2005, p. 236 ss.

[184] Sentenza pubblicata in *Foro It.*, 2009, I, p. 1328 ss. Prima del 2008 vi sono state sentenze della Consulta che hanno preso in considerazione *incidenter tantum* la libertà di autodeterminazione in ordine agli atti di disposizione del proprio corpo come espressione della libertà personale protetta dall'art. 13 Cost. Si richiama la sentenza della Consulta del 22 Ottobre 1990 n. 471, in *Foro It.*, 1991, I, p. 10 ss.*;* sentenza del 9 Luglio 1996 n. 238, in *Foro It.*, 1997, I, p. 58 ss. Un'altra sentenza nella quale si fa richiamo al consenso informato, con identiche enunciazioni di principio della presente sentenza, è la sentenza 30 Luglio 2009 n. 253, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 3474 ss.

statale»[185]. Più precisamente, esso «[...] trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, e pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quella 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». La conclusione della Consulta ha ricevuto il plauso di dottrina e giurisprudenza[186], anche se non sono mancate critiche da chi[187] ha ritenuto ingiustificato il ricorso agli artt. 2 e 13 Cost. per tale fondamento costituzionale, dato che la volontarietà come regola dei trattamenti sanitari è già ricavabile dall'art. 32 Cost. co. 2. Pertanto sembra inopportuno tanto il richiamo dell'art. 2 Cost., utilizzato dalla giurisprudenza per "costituzionalizzare" un nuovo diritto, quanto il richiamo all'art. 13 Cost., poiché applicabile nei soli casi in cui tali trattamenti abbiano carattere di interventi coercitivi.

Il legislatore, già quarant'anni prima della citata sentenza costituzionale, ha previsto e disciplinato il consenso informato in varie leggi: così nella legge 23 Dicembre 1978, n 833 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale; nella legge in materia di attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati, da ultimo modificata e trasfusa in legge 21 Ottobre 2005, n. 219; nella legge 19 Ottobre 2004, n 40 in materia di procreazione medicalmente assistita.

La normativa internazionale subordina ogni trattamento medico all'esistenza del consenso informato: così l'art. 24 della Convenzione sui

[185] Nella sentenza in questione la Consulta era chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale di una legge della regione Piemonte in materia di somministrazione di sostanze psicotrope a bambini ed adolescenti.
[186] Per un'analisi della giurisprudenza si veda *infra*, Parte II.
[187] D. Morana, *La salute cit.*, p. 109.

diritti del fanciullo[188], firmata a New York il 20 Novembre del 1989, ratificata e resa esecutiva nel 1991 con legge del 27 Maggio n. 176, secondo la quale «[...] genitori e minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore»; l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e della biomedicina[189] firmata a Oviedo il 4 Aprile 1997, secondo cui «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato» che sebbene non ancora in vigore nel nostro Paese, dato che non sono stati emessi i decreti legislativi previsti dalla legge di ratifica[190], resta un importante strumento interpretativo; infine, l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.[191] proclamata a Nizza nel 2000 e dal 2007 avente lo stesso valore dei trattati, dichiara che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere rispettato «il consenso libero ed informato della persona interessata».

Anche la versione più recente[192] del codice di deontologia medica considera, come dato ormai acquisito, l'importanza del consenso informato. All'art. 35 si afferma che «l'acquisizione del consenso o del dissenso è di specifica competenza del medico» e che costui «non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o del dissenso informato del paziente».

La normativa richiamata, sebbene non esaustiva dell'intera materia, rappresenta comunque un dato che rafforza e rende effettiva l'evoluzione sociale e deontologica.

[188]Traduzione italiana pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'11 Giugno 1991.
[189] Pubblicata su *Medicina e Morale*, 1997, I, p. 37 ss.
[190] Legge 28 Marzo 2001 n. 145, pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 24 Aprile 2001.
[191] Pubblicata su http://eur-lex.europa.eu.
[192] Dal sito dell'Ordine dei Medici, www.fnomceo.it

2. I requisiti del consenso informato

Il consenso deve essere dato da una persona capace in modo libero, attuale, specifico ed espresso, ma soprattutto deve essere informato[193].

Quando si parla di capacità del paziente, si deve rifiutare qualsiasi *fictionem iuris* che pretende di ricercare nella capacità d'agire il requisito necessario per un valido consenso. L'art. 2 cod. civ., che fissa la capacità d'agire al compimento del diciottesimo anno d'età, è concepito per questioni strettamente privatistiche e patrimoniali, ed è oltremodo limitante operare con gli istituti privatistici in questa materia. Pertanto la capacità richiesta per un valido consenso è quella naturale, di intendere e di volere ovvero, rispettivamente, attitudine ad orientarsi nel mondo esterno secondo una percezione non distorta della realtà e attitudine a fare scelte in modo consapevole tra motivi antagonisti[194]. Non esistendo nessuna presunzione, il medico ogni volta dovrà accostarsi al paziente e verificare se sussiste o meno tale tipo di capacità, intervenendo nel secondo caso la rappresentanza legale del tutore o del genitore[195]. Ma al di fuori di questa ipotesi e quella dell'urgenza terapeutica, solo il paziente[196] può esprimere il consenso, non essendo permesso al medico di intervenire a prescindere dallo stesso[197].

Un altro requisito è l'attualità, intendendosi per attuale quel consenso esistente dall'inizio del trattamento, per tutto il suo corso[198] e sempre

---

[193] A. Abbagnano Trione, *Considerazioni sul consenso cit.*, p. 321 ss.; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 835 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Codice penale commentato cit.*, p. 709.

[194] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 335.

[195] Si veda *infra*.

[196] Così ad es. Tribunale Milano 14 Maggio 1998, in *Nuova Giuris. Civ. Comm.*, 2000, p. 405.

[197] F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 391.

[198] F. Giunta, *ivi*, p. 385; R. Garofoli, *op. cit.*, p. 837; D. Chindemi, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Roma, 2009, p. 345; M. Bilancetti - F. Bilancetti, *Responsabilità penale e civile del medico cit.*, p. 440.

precedente ad esso[199]. La dottrina[200] è concorde nel ritenere che l'attualità non è temporale, ma logica: questo sta a significare che la pregressa volontà del paziente non in grado di manifestarla nel tempo in cui deve essere svolto un eventuale trattamento (ad esempio perché in stato di incapacità temporanea), espressa con appositi documenti, potrebbe costituire comunque un valido consenso, nonostante la distanza temporale che separa l'espressione della volontà dal trattamento[201].

L'attualità ha come corollario la revocabilità del consenso, che può intervenire in qualsiasi momento da parte del paziente. Il problema in simili circostanze è capire, da parte del medico, quando la revoca sia frutto delle «sensazione di dolore procurate dalla terapia, oppure corrisponda all'intima volontà del paziente»[202]. La questione, in effetti problematica, non deve essere però portata all'estremo, considerando che si tratta pur sempre di ipotesi poco frequenti. Ma quando la revoca sia ragionevole e non condizionata dalla sensazione di paura o dolore del trattamento, il medico sarà vincolato alla volontà negativa sopraggiunta, sempre che l'interruzione del trattamento non esponga il paziente ad un pericolo maggiore, dovendo altrimenti il medico dare seguito ai doveri di cura e assistenza che derivano dalla posizione di garanzia *ex* art. 40 cpv. cod. pen.

---

[199] Così Cass. Civ. 15 Settembre 2008 n. 23676, in *Foro It*., 2009, I, p. 36 ss.

[200] F. Giunta, *op. cit.*, p. 382 ss.; M. Bilancetti - F. Bilancetti, *Responsabilità penale e civile del medico cit.*, p. 441.

[201] Anche la Convenzione di Oviedo ratificata dall'Italia con l. 145/2001, all'art. 9 sancisce che « i desiderata espressi anteriormente in ordine a un trattamento sanitario da un paziente che, al momento del trattamento, non è in grado di manifestare la sua volontà saranno presi in considerazione ». Ma le fonti rilevanti sul tema possono moltiplicarsi: così il Comitato Nazionale di Bioetica del 20 Giugno 1992 "Informazione e consenso all'atto medico"; l'attuale Codice di Deontologia medica, all'art. 38 secondo cui « Il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresso in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successiva ad una informazione medica di cui resta traccia documentale [...] ». Stante la mancanza di una normativa tuttavia, il condizionale è d'obbligo. Si veda *supra*, Cap. I, § 5.

[202] F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 385.

Il consenso deve essere specifico ed inequivoco. Non si ammette un consenso generico, in bianco, valevole per qualsiasi trattamento medico, mentre è ammissibile un consenso tacito o espresso per *facta concludentia*. Nella pratica clinica il paziente firma un modulo con i singoli trattamenti che verranno eseguiti e i possibili rischi circa ogni intervento, ma non significa che il consenso debba avere la forma *ad substantiam* per essere valido. È stato notato[203] che il modulo del consenso informato ha subito una sorta di eterogenesi dei fini: da strumento di informazione del paziente a mezzo di difesa del medico, per provare la sua condotta diligente[204]. Le frequenti contestazioni giudiziarie contro i medici, hanno indotto questi ultimi ad aumentare considerevolmente l'informativa modulistica. «La prassi ormai oscilla tra due linee principali: quella della modulistica estremamente dettagliata e quella della modulistica sintetica. La prima è ispirata non solo all'ottemperanza dell'obbligo deontologico e giuridico di ottenere il consenso dopo una informazione completa, ma anche alla prevenzione di possibili contestazioni e che ha il grave inconveniente della eccessiva complessità, trasformando il verbale in un piccolo manuale delle complicanze» rendendo l'informazione alquanto confusionaria, mentre «la modulistica sintetica ha il vantaggio della semplicità, ma l'inconveniente di prestarsi maggiormente a contestazioni immotivate o pretestuose»[205].

Il consenso, in quanto manifestazione di volontà, deve essere libero e spontaneo, cioè esente da coercizioni o da vizi quali dolo, violenza ed errore. La spontaneità del consenso dipende anche da un'adeguata informazione, vero *punctum dolens* del consenso in questione. Il ricorso

---

[203] M. Portigliatti Barbos, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione giuridica?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 894 ss. il quale rileva come ci sia bisogno di ripensare a questi moduli, sia per il loro testo che per la possibilità da parte del paziente di consultare un persona di fiducia prima di firmare; M. Bilancetti - F. Bilancetti, *Responsabilità penale e civile del medico cit.*, p. 445.

[204] Cfr. Cap. I, § 3.

[205] A. Fiori, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, p. 899.

agli istituti privatistici si rileva insoddisfacente anche in questo caso, come quando si afferma che l'informazione deve essere «tipica espressione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella trattativa pre-contrattuale» [206] . Delimitare in questo modo l'adempimento dell'informazione non è soddisfacente, perché «la funzione del consenso si coglie soprattutto sul versante dei rapporti di diritto pubblico nel cui ambito si inscrive la tutela dei beni fondamentali della persona. Muovendo da una visione puramente negoziale dei rapporti tra medico e paziente, si giunge ad impostare il fondamento del dovere di informazione in termini oggettivi»[207]. Infatti, il *quantum* d'informazione necessaria da fornire può essere raggiunto attraverso vari criteri: secondo la prassi medica, oppure parametrata sul medico di media diligenza, oppure ancora sul paziente di medie conoscenze, ma criteri questi da scartare perché sfuggenti e incerti[208]. Più idoneo sembra, invece, il criterio finalistico per quantificare l'informazione dovuta: in questo modo ci sarà sempre una informazione personalizzata, costruita su misura del paziente, al suo livello culturale, psicologico ed emotivo, pretermettendo eventuali informazioni che potrebbero, per la sua emotività, peggiorare il suo stato di salute. Al di fuori di quest'ultima eventualità l'informazione deve essere sempre completa e veritiera, in quanto il diritto del paziente di accettare o rifiutare il trattamento può esplicarsi in maniera corretta solo quando le informazioni fornite dal professionista siano chiare ed esaustive.

L'oggetto dell'informazione dipenderà molto dalla situazione concreta, ma giurisprudenza[209] e dottrina[210] sono ormai concordi nel ritenere che, ai fini

---

[206] P. Longo, *Responsabilità medica e consenso informato in Germania e in Italia*, in *Dir. Econom. Assicur.,* 1997, p. 261.
[207] F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 386.
[208] F. Giunta, *ivi*, p. 387.
[209] Cass. Civ. 15 Gennaio 1997, n. 364, in *Foto It.*, 1997, I, p. 771; Cass. 16 Gennaio 2008, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 579.

di un valido consenso informato, il medico deve informare il paziente «dei possibili effetti della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni»[211], nonché le probabilità di successo, sui trattamenti alternativi che possono essere intrapresi e la prognosi di ciascuno di essi, sia in caso di rinvio del trattamento che di suo immediato inizio. Il medico deve chiarire secondo l'*id quod plerumque accidit* i rischi a cui il paziente può andare incontro per ogni singolo intervento, dando così informazioni sulle probabili conseguenze senza spaventarlo inutilmente. I rischi atipici devono essere invece dichiarati in caso di chirurgia estetica, settore in cui l'informazione deve essere maggiore stante l'assenza della finalità terapeutica[212], come anche nel caso di prescrizione di farmaci *off label*, nel quale si tratta di un uso sperimentale del farmaco e di conseguenza l'informazione deve essere altamente esaustiva[213].

In giurisprudenza e dottrina si è discusso della rilevanza penale della violazione dell'obbligo di informazione, ritenendo integrato il reato *ex* art. 328 cod. pen., secondo cui è punibile «il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio, che per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico o di igiene e sanità deve essere compiuto senza ritardo». Solo nel 1997 con la sentenza n. 431[214], la Corte di Cassazione ha ammesso la tutela dell'obbligo di informazione, ritenendo configurabile il reato *de quo* ogni

---

[210] F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 388 ss.; G. Barbuto, *Alcune considerazioni cit.*, p. 330 ss.; M. Bilancetti - F. Bilancetti, *Responsabilità penale e civile del medico cit.*, p. 455 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Codice penale cit.*, p. 709 ss.; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 836-837; in questo senso anche il Comitato Nazionale di Bioetica, in *Informazioni e consenso all'atto medico*, 20 Giugno 1992.

[211] Definizione della Corte di Cassazione che ormai è ripetuta in ogni sentenza sul tema. Da ultimo Cass. 24 Marzo 2015 n. 21537, non ancora pubblicata.

[212] M. Romano, *Commentario cit.*, p. 533; G. Marinucci - E. Dolcini, *Codice penale cit.*, p. 710; D. Chindemi, *La responsabilità del medico cit.*, p. 343.

[213] P. Piras, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1967.

[214] Cass. 21 Marzo 1997 n. 431, in *Giust. Pen.*, 1998, p. 274 ss.

volta il medico non ottemperi a tale obbligo. La dottrina[215] ha invece contestato tale sussunzione, in base al rilievo che il bene giuridico protetto dalla norma è il buon andamento della P.A., tanto che l'atto d'ufficio è comprensivo di ogni esercizio dei poteri giuridici affidati al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio inerenti al buon funzionamento della P.A.[216]. L'attività informativa del medico non è diretta alla realizzazione degli interessi della P.A. «Non è pensabile che il medico di una struttura pubblica, nel decidere se rendere o meno edotto il paziente relativamente alla propria salute, compia una operazione di bilanciamento di interessi contrapposti ponendo alla mente il perseguimento della salute della collettività, fine del settore della pubblica amministrazione a cui appartiene»[217]. Ma più in generale, l'applicazione del delitto *ex* art. 328 cod. pen. appare iniqua, posto che si applicherebbe solo ai medici in strutture pubbliche[218].

3. Consenso informato e incapacità del paziente

3.1 Il consenso presunto

La capacità naturale è requisito imprescindibile per un valido consenso, ma non sempre il paziente è cosciente e quindi si pone il problema di come il medico possa ottenere una manifestazione di volontà per i trattamenti praticabili. La questione non interessa solo il minore e l'interdetto, ma

[215] G. Sandor, *Obbligo di informazione medica e diritto penale*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 529 ss; M. C. Bisacci, *Sulla tutela del diritto del paziente ad essere informato*, in *Giust. Pen*., 1999, p. 212 ss.
[216] Si veda per tutti, G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2011, p. 228, mentre per il reato di cui all'art. 328 cod. pen., p. 265 ss.
[217] G. Sandor, *Obbligo di informazione cit.*, p. 539-540.
[218] G. Sandor, *ivi*, p. 541 ss.; M. C. Bisacci, *Sulla tutela cit.*, p. 220 ss.

anche il paziente che, seppur non interdetto, si trova per le sofferenze o anche per un trauma nell'impossibilità di dare un consenso consapevole.

Partendo da quest'ultimo caso, si discute sulla configurabilità del c.d. consenso presunto ovvero «quel consenso che si può fondatamente ritenere che il titolare del bene avrebbe concesso se fosse stato a conoscenza della situazione di fatto»[219]. Generalmente il consenso presunto è accolto solo da quella parte della dottrina[220] che ravvede nel consenso informato una scriminante *ex* art. 50 cod. pen. Esso è configurabile in tutti quei casi in cui non solo non è possibile avere il consenso, ma neanche si versi nello stato di necessità, non esistendo un «[...] pericolo attuale di un danno grave alla persona [...]». In questi casi, «non sarebbe paradossale il formalismo del consenso che, nato per tutelare al meglio la salute del paziente attraverso la sua autodeterminazione consapevole, può portare ad un pregiudizio dello stesso? Sussiste un solo rischio, ed è quello di non fare veramente l'interesse del paziente, in quel momento incapace»[221]. Proprio per realizzare al meglio l'interesse del paziente, quindi, si ammette il consenso presunto alla cadenza di due criteri complementari: uno soggettivo, teso a ricostruire la volontà del paziente dalle sue pregresse esternazioni, dalle sue inclinazioni nonché dalle convinzioni etiche, religiose o filosofiche; l'altro oggettivo, fondato sulla netta prevalenza dei benefici del trattamento

[219] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 266; M. Bilancetti - F. Bilancetti, *Responsabilità penale e civile del medico cit.*, p. 387 ss. Naturalmente si differenzia dal consenso putativo, che è quel consenso erroneamente supposto dall'agente.

[220] G. Azzali, *Trattamento sanitario cit.*, p. 930 ss; M. Bilancetti - F. Bilancetti, *Responsabilità penale e civile del medico cit.*, p. 394. Anche la dottrina medico-legale ne ammette la sussistenza in presenza di uno stato di necessità "medica" o "relativa" differente da quello dell'art. 54 cod. pen.: si veda per tutti A. Fiori, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, p. 150 ss.

[221] M. Bilancetti - F. Bilancetti, *Responsabilità penale e civile del medico cit.*, p. 394.

immediato rispetto al soprassedere[222], valutabile solo dal medico, poiché essendo un tecnico è il soggetto più idoneo a giudicare tale prevalenza.

Il criterio soggettivo deve essere ricostruito con estrema scrupolosità tramite i congiunti del paziente, che danno voce alla pregressa volontà dello stesso tramite presunzioni concordanti, precisi e univoche. A seconda delle risultanze, il medico si comporterà di conseguenza. Anche la giurisprudenza ammette in alcune sentenze la rilevanza del consenso presunto: «il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico non deve essere espresso necessariamente per iscritto e può dedursi anche dal comportamento complessivo tenuto dal paziente e dalla interpretazione datane dai prossimi congiunti»[223]; «per quel che riguarda il consenso del paziente [...] deve essere reale, informato, pacifico o, se ne ricorrono i presupposti, presunto»[224]; «il volere dei familiari può essere un importante punto di riferimento nei casi di consenso presunto, quando risulti necessario l'intervento del medico e si tratti di ricostruire la presumibile volontà del diretto interessato che non è in grado di esprimerla»[225].

Contro l'ammissibilità del consenso presunto militano vari rilievi, tutti diversamente fondati: la mancanza di una veste legale dei prossimi congiunti idonea a rappresentare il volere del paziente, nonché sul possibile conflitto d'interessi con gli stessi[226]; la mancanza del requisito dell'attualità e certezza del consenso[227]; il fatto che il consenso presunto non può sostituirsi al consenso effettivo «perché la libertà del soggetto, la sua personalità, la signoria che egli afferma con il consenso (reale) che

[222] Così, sostanzialmente, M. Bilancetti - F. Bilancetti, *ivi*; G. Azzali, *Trattamento sanitario cit.*, p. 932; anche F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 382 che tuttavia si mostra critico.
[223] Cass. 17 Settembre 2008, n. 45801, in *CED Cassazione penale*, 2008.
[224] Cass. 28 Novembre 2003, n. 45976 in *CED Cassazione penale*, 2003.
[225] Decreto Pretore di Treviso del 29 Aprile 1999, in *Foro It.*, 1999, II, p. 667.
[226] G. Ferrando, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. Dir.*, 1999, p. 152; G. Barbuto, *Alcune considerazioni cit.*, p. 346.
[227] G. Barbuto, *Alcune considerazioni cit.*, p. 344; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 837.

l'ordinamento riconosce e tutela non si ritrovano per nulla nel consenso presunto»[228]; i limiti già visti in tema di consenso dell'avente diritto, del quale il consenso presunto rappresenta un succedaneo[229]; la difficoltà insita in una ricostruzione della presumibile volontà del paziente, che imporrebbe una sorta di istruttoria per la ricerca della stessa contrastante con un sollecito intervento terapeutico[230]; lo stesso ruolo che il consenso ha assunto nella relazione terapeutica, non potendo essere considerato imprescindibile e poi presumerlo senza averne la certezza[231].

Proprio per evitare queste critiche, si ritiene preferibile fare appello ai doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e sulla posizione di garanzia *ex* art. 40 cpv. cod. pen., oppure direttamente allo stato di necessità, permettendo quindi di intervenire senza il consenso del paziente[232]. Ad ogni modo rimane fermo che, qualora il trattamento sia rinviabile senza pregiudizio per il degente e la sua incapacità sia solo transeunte, il medico debba aspettare la riacquisizione della capacità del paziente e procedere con il consenso consapevole dello stesso.

3.2 Rappresentanza legale e consenso informato

Nel caso in cui l'incapacità del paziente non sia contingente ma permanente, vengono in considerazione gli istituti dell'interdizione e

[228] M. Romano, *Commentario cit.*, p. 539.
[229] A. Manna, *Trattamento sanitario cit.*, p. 454.
[230] F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 383.
[231] M. Benincasa, *Liceità e fondamento dell'attività medico chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1980, p. 724.
[232] In tal senso sia F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 383; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 834; G. Barbuto, *Alcune considerazioni cit.*, p. 346.

dell'amministrazione di sostegno[233]. Nonostante le differenze tra i due istituti, le considerazioni sono le stesse.

In tutte le decisioni l'incapace è affiancato dal rappresentante legale, che deve esprimere il consenso su ogni atto medico. In tale senso la Convenzione di Oviedo, all'art. 6 co. 3, secondo il quale l'intervento «non può essere effettuato senza l'autorizzazione del rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge [...]», fornito dell'informazione necessaria e perseguendo il *best interest* del rappresentato. Nel dare il consenso il rappresentante dovrà, non solo pensare al miglior beneficio per l'incapace, ma anche ricostruire la volontà dello stesso, partendo dai suoi desideri, dalle convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche, dando «sostanza e coerenza all'identità complessiva del rappresentato e al suo modo di concepire l'idea stessa di dignità della persona» [234]. Quindi non è una scelta del rappresentante, ma del rappresentato anche se manifestata dal primo.

Nonostante la sua incapacità, il paziente non può essere escluso dalla relazione terapeutica: sia il codice di deontologia medica[235] che normative nazionali[236] prescrivono di coinvolgere il paziente incapace, seppur con le adeguate cautele: «il principio di eguaglianza vuole che di questo diritto fondamentale (autodeterminazione terapeutica), la persona non possa

[233] Per un'analisi compiuta di questi istituti privatistici, si rinvia a F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 262 e ss. oppure A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2014, p. 100 e ss. Si permetta di sottolineare la differenza tra amministrazione di sostegno e interdizione: essa non dipende dal diverso grado di infermità, ma sulla possibilità di lasciare spazio, anche se minimo, all'autodeterminazione del paziente. Nel caso di amministrazione di sostegno, sarà il giudice con l'atto di nomina a giudicare quali poteri ed in che ambito l'amministratore può fare uso.

[234] G. Dolcini - E. Marinucci, *Codice penale cit.*, p. 713-714.

[235] Art. 33 «[...] il medico adegua la comunicazione alla capacità del paziente [...]».

[236] Si richiama come esempio la legge n. 194 del 22 Maggio 1974 in materia di aborto e la legge n. 107 del 4 Maggio 1990 in materia di donazione di sangue

esserne privata per il fatto della sua incapacità»[237]. Certamente in caso di interdizione, la grave infermità compromette l'incisività sulla scelta. Nel caso dell'amministrazione di sostegno, invece, tutto dipende dell'autonomia rilasciata all'incapace da parte del giudice tutelare, permettendo in alcuni casi al paziente incapace di imporsi sulla volontà dell'amministratore in caso di contrasto.

In caso di conflitto d'interesse tra il rappresentante legale e il rappresentato, come anche in caso di ingiustificato dissenso al trattamento, il sanitario dovrà adire il giudice tutelare affinché dia le indicazione del caso, in surroga del rappresentante. Oppure interpellare il pubblico ministero, o agire senza il consenso di nessuno, solo se ricorre la necessità di cui all'art. 54 cod. pen.[238]

Diverso è il caso del minore. Negli ultimi anni si è sempre di più acquisita la consapevolezza che la presunzione «minore età-incapacità» [239] è inadeguata, favorendo interpretazioni per una maggiore autonomia e autodeterminazione del minore. Ad esempio, l'art.. 315 bis[240] cod. civ. prescrive che «il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano», applicabile anche a questioni non strettamente patrimoniali. La normativa internazionale, come la Convezione di Oviedo o la Carta dei diritti fondamentale dell'U.E., è più precisa al riguardo, prescrivendo di coinvolgere il minore nelle scelte terapeutiche. È possibile, dunque, riconoscere una partecipazione del

[237] G. Ferrando, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam. e dir.*, 2009, p.283.
[238] G. Marinucci - E. Dolcini, *Codice penale cit.*, p. 713; E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, 2000, Padova, p. 237; G. Barbuto, *Alcune considerazioni cit.*, p. 343; F. Giunta, *op. cit.*, p. 396; M. Barni, *L'amministratore di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2005, p. 189.
[239] C. Vignali, *La tutela della salute del minore*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2005, p. 1430.
[240] Articolo aggiunto al codice civile con legge n. 219 del 10 Dicembre 2012.

minore alla decisione per il trattamento sanitario: partecipazione però, non autonomia nella stessa. La dottrina, infatti, riconosce una forma di autodeterminazione debole[241], non completa, integrandosi la volontà del minore vicendevolmente con quella del rappresentante[242]. Anche l'età del minore inficia l'efficacia che il suo consenso può avere in ordine al trattamento medico da intraprendere: così il minore di dieci anni è considerato immaturo, ma già dal quattordicesimo anno d'età il minore[243] ha una certa capacità di discernimento, anche se non può prescindersi dalla volontà degli stessi esercenti la rappresentanza legale. Quindi, fermo restando il dovere da parte del sanitario di ascoltare il minore al fine di instaurare anche nei suoi confronti la relazione terapeutica, dovranno essere i genitori o il rappresentante a decidere sul trattamento terapeutico, in quanto titolari del potere-dovere di provvedere alla cura della sua persona finalizzato al miglior beneficio del minore. Per questa ragione, quando il diniego del rappresentante sia in contrasto con il miglior interesse del minore, il sanitario dovrà adire l'organo giudiziario[244], configurandosi un abuso di potestà.

Nei casi di urgenza e indifferibilità del trattamento, il medico deve intervenire nonostante il dissenso del minore o del rappresentante, perché «la disponibilità della propria salute è un diritto personalissimo, che peraltro il minore non ha ancora maturato, con la conseguenza che sul minore gravano vincoli pubblicistici di indisponibilità, che valgono anche per il suo rappresentante legale»[245].

---

[241] A. Turri, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Quest. Giust.*, 2000, p. 1106-1107.
[242] U. G. Nannini, *Il consenso al trattamento medico, presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989, p. 422.
[243] C. Vignali, *op. cit.*, p. 1431.
[244] F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 398; C. Vignali, *La tutela della salute del minore cit.*, p. 1437; A. Turri, *Autodeterminazione, trattamenti cit.*, p. 1109.
[245] F. Giunta, *ivi*, p. 397.

Capitolo III

Il ruolo del consenso informato nella giurisprudenza di legittimità

1. Il consenso nella giurisprudenza della Cassazione: la sentenza "*Massimo*"

Anche la giurisprudenza ha affrontato in varie sentenze la tematica del fondamento dell'attività medica e del consenso informato.

Il caso più famoso che ha attirato l'attenzione della dottrina sul tema, nonché l'opinione pubblica, è stato il caso deciso nella sentenza *Massimo*[246]. La vicenda riguarda un'anziana paziente che prestò il proprio consenso all'esecuzione di un intervento per l'asportazione transanale di un adenoma villoso. Il medico, durante l'esecuzione dello stesso e a paziente anestetizzata, decide di cambiare intervento e procedere all'asportazione totale del retto. In seguito alle complicanze di tale operazione, la paziente muore.

La Corte d'Assise, nella ricostruzione del fatto, esclude l'esistenza dello stato di necessità, il solo elemento che avrebbe concesso di cambiare piano operatorio e condanna il medico per omicidio preterintenzionale. Più in particolare, secondo il giudice di primo grado «l'attività medico chirurgica, sicuramente di altissimo valore sociale e dunque preziosa, insostituibile e meritoria, deve tuttavia svolgersi nel rispetto di alcuni principii fondamentali all'individuo, al di là dei quali essa sconfina nell'illecito [...] Dal contesto delle norme costituzionali, emerge in maniera evidente un principio basilare al quale l'attività medica deve ispirarsi e, comunque,

[246] Ass. Firenze 18 Ottobre 1990, Massimo, in *Giust. Pen.,* 1991, II, p. 163 ss. con nota di G. Iadecola, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*; Sent. Cass. 13 Maggio 1992 n 5639 in *Cass. Pen.* 1993 p. 63 ss. con nota di G. Melillo, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*.

sottomettersi: il consenso del paziente. Nulla può fare il medico senza il consenso o addirittura contro il volere di lui. Quando non sia possibile per il paziente manifestare il consenso reale opera un'altra scriminante, quello dello stato di necessità ipotizzata dall'art. 54 cod. pen.»[247]. Dai frammenti riportati, emerge chiaramente il ragionamento seguito dal giudice di prime cure: l'attività medico chirurgica è illecita, potendo essere scriminata o dal consenso del paziente, quale *species* del consenso dell'avente diritto, oppure dallo stato di necessità quando non è possibile avere tale consenso, per evitare un danno grave alla persona e a prescindere dalla volontà della stessa. Il medico, nella vicenda in esame, avendo agito senza consenso e senza necessità «pose in essere consapevolmente e volontariamente una condotta che sul piano giuridico integra indubitabilmente ed oggettivamente la fattispecie criminosa della lesione volontaria»[248], dalla quale è poi derivata la morte della paziente come evento non voluto, integrando così il delitto di omicidio preterintenzionale.

La sentenza è stata confermata in appello e in Cassazione. Quest'ultima in particolare, afferma che solo il consenso può escludere l'antigiuridicità del fatto e rendere l'atto legittimo oltre allo stato di necessità, unica altra scriminante che può operare nelle ipotesi di atto medico chirurgico. Inoltre, rifiuta ogni interpretazione analogica[249], negando «l'esistenza di cause di giustificazione non codificate, [...] riferite alla finalità pur sempre terapeutica perseguita dal chirurgo»[250].

L'atto medico arbitrario è illecito a prescindere dall'esito, «non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale», reputando configurabile la fattispecie di lesioni dolose e di omicidio, in caso di esito mortale. In relazione al fatto tipico, la Cassazione intende

[247] Ass. Firenze *cit.*, p. 185 ss.
[248] Ass. Firenze *cit.*, p. 189.
[249] *Supra* Parte I, § 1.2.
[250] Cass. 13 Maggio 1992 *cit.*, p. 64.

l'evento malattia come "qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo", pienamente integrato dal taglio operatorio. Invece sul profilo psicologico, non essendo richiesto per la configurabilità delle lesioni personali dolose il c.d. *animus nocendi*, il medico «ebbe la rappresentazione dell'evento lesioni e, sotto quello volitivo, l'intenzione diretta a realizzarlo (l'evento): ebbe cioè la consapevole volontà di ledere l'altrui integrità personale senza averne diritto e senza che ve ne fosse necessità», integrando il dolo generico richiesto dall'art. 582 cod. pen. Con la morte sopravvenuta della paziente, la Corte conferma la configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale, ricostruito come «ipotesi di dolo misto a responsabilità oggettiva, intendendosi il primo riferito al reato-base e la seconda all'evento non voluto [...] posto a carico dell'agente sulla base del solo rapporto di causalità»[251], nonostante già da tempo la dottrina ammettesse l'omicidio preterintenzionale solo quando la morte come evento non voluto, neanche nella forma di accettazione del rischio, fosse conseguenza di atti coscientemente diretti a ledere l'incolumità individuale, esigendo quindi un dolo intenzionale[252].

Tralasciando per il momento la correttezza degli argomenti posti a sostegno sia per il reato di lesioni personali che del reato di omicidio preterintenzionale, la Corte conferma l'*iter* argomentativo dei precedenti gradi di giudizio: l'attività medico chirurgica è illecita, in quanto comporta un'alterazione anatomica dell'organismo. L'unico modo per legittimare tale intervento è il consenso del paziente, inteso quale *species* della scriminante prevista dall'art. 50 cod. pen. o, in sua mancanza, lo stato di necessità *ex* art. 54 cod. pen., che elide quindi l'antigiuridicità insita nella condotta. Al di fuori di queste due ipotesi, l'atto medico è arbitrario e

[251] Si avrà modo di approfondire il tema dei reati configurabili e dei loro elementi costitutivi nella trattazione del Cap. III.

[252] G. Melillo, *op. cit.*, p. 67; F. Mantovani, *Diritto penale - Parte speciale*, Vol. I, 2013, Padova, p. 110 ss.

connota un atto solo formalmente terapeutico, ma sostanzialmente offensivo dell'integrità fisica del paziente. Da qui, la configurabilità del reato di lesioni dolose e, in caso di esito mortale, di omicidio preterintenzionale.

La decisione è tesa a sottolineare l'esigenza di individuazione di sistemi sanzionatori adeguati alla gravità del fatto, che fino ad allora veniva ricondotto nell'arido terreno della colpa professionale[253].

2. Dalla sentenza "*Barese*" alla sentenza "*Volterrani*"

Nove anni dopo la sentenza *Massimo*, la Corte di Cassazione con la pronuncia *Barese* [254] affronta un nuovo caso di trattamento medico arbitrario. Una paziente presta il proprio consenso per l'asportazione chirurgica di una cisti ovarica. Durante l'intervento il medico, vista la presenza di una massa tumorale nella zona sottoperitoneale, decide di asportare oltre alla cisti anche l'intero utero. Nel corso di questo ulteriore intervento non acconsentito, la paziente decede per la resezione dei vasi iliaci esterni e ipogastrici. Nei primi due gradi di giudizio il medico è ritenuto responsabile della morte della paziente, dato che nella ricostruzione del fatto è stata accertata un'imperizia a suo carico ravvisata nella resezione dei vasi sanguigni, causalmente collegato alla morte. In Cassazione, il P.G. chiede la condanna per omicidio preterintenzionale motivando la richiesta secondo la giurisprudenza del caso *Massimo*, ma la Suprema Corte rigetta il ricorso e conferma la condanna d'appello per omicidio colposo.

---

[253] G. Melillo, *op. cit.*, p. 66.

[254] Cass. 9 Marzo 2001 n. 1572, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 517 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*.

La Corte argomenta che nella fattispecie, il reato di omicidio preterintenzionale non può dirsi sussistente, posto che l'elemento soggettivo richiesto per tale delitto è non il dolo generico bensì, quanto all'evento voluto, un dolo diretto o intenzionale, in virtù dell'esigenza «che venga osservato il principio di offensività, anche nell'individuazione dell'elemento soggettivo del reato»[255]. Allora tale reato può dirsi sussistente sul piano soggettivo solo quando il medico «agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente»[256], anche se non prende posizione sulla nozione di malattia dell'art. 582 cod. pen. Tuttavia, dalle argomentazioni in tema di dolo, si può presumere con le dovute cautele, che la nozione accolta sia quella c.d. sostanziale come alterazione funzionale dell'organismo, differenziandosi dalla giurisprudenza *Massimo*.
Passando al consenso informato, il giudice di legittimità sottolinea che lo stesso è da «ricondursi a scriminante che, secondo l'opinione prevalente, esclude l'antigiuridicità della condotta». Lungo la motivazione però la Cassazione esprime preoccupazione per l'eccessiva enfatizzazione di tale consenso, tanto da sottolineare la sua applicabilità nei limiti dell'art. 5 cod. civ. Per la prima volta, dunque, la Corte di Cassazione sottolinea la limitatezza della scriminante ad operare nell'attività medico chirurgica preferendo da un lato, ritenere insussistente il delitto di omicidio preterintenzionale per carenza di elemento soggettivo; dall'altro, valorizzare maggiormente il dissenso del paziente, che ha «trovato un rafforzamento a livello costituzionale (art. 32)» e che al di fuori dell'urgenza, rende l'atto «asseritamente terapeutico, un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente ma

[255] Cass. 9 Marzo 2001 *cit.*, p. 524.
[256] Cass. 9 Marzo 2001 *cit.*, p. 525.

anche della sua integrità con conseguente applicazione delle ordinarie regole penali»[257].

Nello stesso anno della sentenza *Barese*, il Supremo Collegio affronta un nuovo caso di trattamento medico arbitrario. Nella vicenda *Firenzani*[258], un chirurgo effettua un'operazione di artroscopia diagnostica su una paziente affetta da gonalgia al ginocchio sinistro. Erroneamente, opera il ginocchio destro asportando il menisco e cagionando alla stessa lesioni personali guarite in un tempo superiore a 40 giorni con successivo indebolimento permanente dell'organo, anche se l'intervento è stato eseguito *lege artis*. Dalle radiografie precedenti all'operazione, in giudizio viene accertata dal perito una sofferenza sul ginocchio errato che avrebbe reso medicalmente indicata l'asportazione del menisco.

In primo grado, il giudice assolve il medico dall'accusa di lesioni colpose perché il fatto non costituisce reato. L'operazione sul ginocchio errato, eseguita comunque *lege artis*, non era attribuibile a colpa del Firenzani, atteso che la diagnosi di ingresso all'ospedale era stata redatta da altro sanitario che riportava l'indicazione del ginocchio destro. Inoltre la paziente sul tavolo operatorio era preparata per il ginocchio errato.

In secondo grado, il medico è stato ritenuto invece responsabile per il reato di lesioni colpose ascrittogli, dato il suo comportamento negligente, malgrado le risultanze della cartella clinica che indicassero il ginocchio sinistro come quello da operare.

La vicenda raggiunge la Corte di Cassazione che conferma la condanna per lesioni colpose. Il percorso argomentativo tuttavia, non è privo di incertezze. La Suprema Corte affronta il tema, pregiudiziale al consenso

[257] Cass. 9 Marzo 2001 *cit.*, *ivi*.

[258] Cass. 11 Luglio 2001 n. n. 35822, in *Cass. Pen.* 2002 p. 2041 ss. con nota di G. Iadecola, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica.*

informato, del fondamento di liceità dell'attività medica ravvisandolo *in re ipsa* ed esente da rilevanza penale senza l'ausilio delle cause di giustificazione, perché dedita alla tutela di un bene costituzionalmente garantito, quale la salute. L'autolegittimazione dell'attività, «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. La necessità del consenso, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 cod. pen. ed ha essenza diversa, si evince in generale dall'art. 13 Cost., come diritto di salvaguardare la propria salute ed integrità fisica»[259]. Il consenso informato, ricondotto nell'alveo dell'art. 13 Cost., sancisce quindi, l'inviolabilità non solo della libertà morale ma anche dell'integrità fisica. Il medico ha solo una potestà o facoltà di curare, condizionato dal consenso del paziente che opera come presupposto di liceità dell'attività medica.

Per quanto riguarda il fatto tipico, la Corte ritiene configurabile in assenza di consenso, sia i delitti contro la libertà morale che contro l'incolumità individuale. In particolare, il delitto di lesioni personali ricorre nel suo profilo oggettivo «poiché qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito fausto, implica il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l'elemento oggettivo di detto reato, ledendo l'integrità corporea del soggetto». Conclusione che conduce ad una piena assimilazione della giurisprudenza *Massimo*, sia per la nozione di malattia che per l'irrilevanza dell'esito ai fini della rilevanza penale del trattamento medico arbitrario. Passando all'elemento psicologico, la Corte deduce, tramite la difesa dell'imputato, che il medico agì sul presupposto «che il consenso esistesse, per negligenza o imprudenza a lui imputabile»[260] sul ginocchio destro. Questo passaggio sembra richiamare l'art. 59 co. 4 cod.

[259] Cass. 11 Luglio 2001 *cit.*, p. 2043.
[260] Cass. 11 Luglio 2001 *cit.*, p. 2044.

pen., che esclude il dolo quando l'agente opera nell'erroneo convincimento, per sua colpa, dell'esistenza di una scriminante, nonostante la Corte avesse escluso tale riconducibilità del consenso.

Ad argomentazioni e conclusioni nettamente diverse, giunge la giurisprudenza con la vicenda *Volterrani*[261]. Un paziente viene ricoverato per un'ernia ombelicale. Il medico presa visione della TAC e dell'ecografia all'addome, decide di intervenire chirurgicamente per l'eliminazione dell'ernia, vista la diffusa lesione sospetta adiacente al pancreas. In sala operatoria il medico accortosi di una forma tumorale al pancreas, decide di intervenire con una duodenocefalopancreasectomia per rimuovere così la massa tumorale integralmente. Il paziente in seguito a complicanze per questa ulteriore operazione, decede dopo un mese.

Gli addebiti mossi al chirurgo sono di colpa professionale, in quanto ha operato senza prima avere eseguito esami istologici sulla massa tumorale, esponendo il paziente ad un elevatissimo rischio operatorio; e l'aver compiuto la duodenacefalopancreasectomia senza il consenso informato del paziente.

In primo grado[262], il G.u.p. condanna il chirurgo per violenza privata e per morte come conseguenza di altro delitto, artt. 610 e 586 cod. pen. rispettivamente. La decisione si fonda sulla circostanza che l'imputato ha posto in essere un intervento altamente invasivo e demolitivo, senza informare il paziente e senza nessun accertamento confermativo circa il

[261] Cass. 29 Maggio 2002 n. 3122 in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2002 p. 26446 con nota di G. Iadecola, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (o dissenso) del paziente nel trattamento medico chirurgico*; presente anche in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2003, p. 604 ss. con nota di G. Lozzi, *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza del* consenso; in *Cass. Pen.* 2003 p. 542 ss. con nota di G. Marra, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*.

[262] La vicenda Volterrani è analizzata in dettaglio da A. Loreto, *Confini di liceità del trattamento sanitario e delitti contro la persona*, p. 85 ss., in *Casi e materiali di diritto penale*, A. Cadoppi - S. Canestrari (a cura di), Milano, 2003.

sospetto carcinoma, in assenza di necessità. Il giudice di prime cure considera il trattamento medico arbitrario come offensivo della libertà di autodeterminazione terapeutica, estrinsecazione della propria libertà morale, integrando il reato di cui all'art. 610 cod. pen. Essendone poi derivata la morte del paziente, il medico è condannato in base all'art. 586 cod. pen.

La Corte d'Assise d'Appello, investita della decisione dopo che la Cassazione ha annullato una prima sentenza di secondo grado per incompetenza *ratione materiae*, ha ritenuto di giustificare la condotta del medico in base all'art. 54 cod. pen, assolvendolo con la formula «perché il fatto non costituisce reato». Investita del ricorso, la Corte di Cassazione conferma la correttezza delle argomentazioni della sentenza impugnata. Il giudice di legittimità si sofferma sulla rilevanza del consenso informato, affermando che un eventuale consenso della vittima «non avrebbe avuto di per sé una efficacia liberatoria dalle conseguenze dell'esito infausto dell'operazione»[263], poiché l'art. 5 cod. civ. rende inapplicabile a tali ipotesi l'art. 50 cod. pen., dimostrando che «per il legislatore l'uomo non è illimitatamente "dominus membrorum suorum", perché la sua validità ed efficienza fisica sono considerate di importanza fondamentale per l'esplicazione delle funzioni sociali e familiari»[264], proclamando il «valore sociale dell'individuo». La Corte bilancia questa interpretazione solidaristica, che sembra promuovere un dovere di buona salute, attraverso la diversa rilevanza che allo stato attuale dell'ordinamento ha il dissenso informato del paziente, direttamente desumibile dall'art. 32 Cost. co. 2. In questi casi il medico, una volta adempiuto il suo «obbligo morale e professionale di mettere in grado il paziente di compiere la sua scelta [...] non può essere chiamato a rispondere di nulla, giacché [...] la sua

[263] Cass. 29 Maggio 2002 n. 3122 in *Riv. It. Dir. Proc. Pen. cit.*, p. 607.
[264] Cass. 29 Maggio 2002 *cit.*, p. 608.

astensione da qualsiasi iniziativa di segno contrario diviene doverosa, potendo, diversamente, configurarsi a suo carico persino gli estremi di un reato (art. 610 cod. pen.)»[265]. La Corte continua affermando che allo stato attuale nessuna norma giuridica eleva il consenso informato ad elemento imprescindibile nella relazione terapeutica. Solo l'attuazione della Convenzione di Oviedo potrebbe aprire una «breccia in questo sistema. [...] Non essendo intervenuta nessuna modifica legislativa nel termine (sei mesi) fissato dalla delega e dovendosi escludere l'immediata e diretta recessione delle regole pattizie, il quadro deve ritenersi sostanzialmente immutato»[266]. L'argomento, seppur fondato, non coglie nel segno. La normativa internazionale è stata ratificata dall'Italia con legge n. 145 del 2001[267]: quindi, anche in assenza di modifiche legislative, essa fa parte dell'ordinamento giuridico e si deve ammettere una sua valenza almeno sul piano interpretativo. Se questo dato fosse stato correttamente valorizzato dal giudice di legittimità, si sarebbe ammessa una rilevanza del consenso.

Secondo la Corte, la condotta del medico può integrare gli estremi di una fattispecie di reato solo quando il chirurgo si avventi per gratuita malvagità o per odio verso il malcapitato, ipotesi definita "romanzesca". Il chirurgo pone in essere una condotta estranea alla fattispecie dell'art. 582 cod. pen., in quanto «per ottenere un risultato positivo, egli è costretto ad incidere il corpo del paziente, provocando con piena coscienza e volontà una ferita dalla quale certamente deriva una malattia [...] ma è ovvio che si tratta di un'attività strumentale, priva di una propria autonoma funzionale, un passaggio obbligato per liberare l'infermo dal male che lo affligge»[268]. Questa condotta si inserisce nell'esercizio dell'azione terapeutica in senso lato, «che corrisponde all'alto interesse sociale, interesse che lo Stato tutela

[265] Cass. 29 Maggio 2002 *cit.*, p. 610.
[266] Cass. 29 Maggio 2002 *cit.*, p. 609.
[267] Cfr. nota 136.
[268] Cass. 29 Maggio 2002 *cit.*, p. 610.

in quanto attuazione concreta del diritto alla salute riconosciuto a ogni individuo, disciplinando e favorendo la creazione, lo sviluppo e il perfezionamento degli organismi, delle strutture e del personale occorrente». Nel successivo argomentare, afferma che «la pratica sanitaria e specialmente quella chirurgica, salvo ipotesi dalle quali esula l'intento di tutela della salute, è sempre obbligata, per non dire forzata [...] da uno stato di necessità generale, per così dire "istituzionalizzato" intrinseco, cioè, ontologicamente, all'attività terapeutica. [...] Solo per questa ragione, senza far ricorso a specifiche cause di liceità codificate, escludere ogni responsabilità all'imputato»[269]. Dalla lettura dei passi riportati, è chiara la contraddizione. Prima, si reputa la condotta esente da qualsiasi antigiuridicità perché l'attività sanitaria persegue la tutela della salute e perché attività autorizzata e promossa dallo Stato. Poi, l'antigiuridicità viene esclusa addirittura da una causa di giustificazione non codificata, uno stato di necessità "istituzionalizzato". Quindi delle due l'una: o si ammette l'autolegittimazione dell'attività medica, oppure se ne ammette una sua antigiuridicità che deve essere scriminata da una causa di giustificazione.

La sentenza è espressione dell'incertezza di giurisprudenza e dottrina sul tema. Infatti si avverte una certa tensione tra due profili contrapposti: da una parte, si vuole tutelare la libertà di autodeterminazione terapeutica del paziente; dall'altra si rifiuta l'equiparazione della condotta medica alla condotta aggressiva di un delinquente qualunque.

[269] Cass. 29 Maggio 2002 *cit.*, p. 611.

3. L'approdo interpretativo delle Sezioni Unite, la sentenza "*Giulini*"

Le pronunce passate in rassegna mostrano orientamenti contraddittori e incerti. Questo ha condotto nel 2008 la Quinta Sezione della Corte di Cassazione a rimettere la questione alle Sezioni Unite, ritenendo pregiudiziale per la risoluzione del caso concreto il quesito «se abbia o meno rilevanza, e, nel caso di risposta positiva, quale ipotesi delittuosa configuri la condotta del medico che in assenza del consenso informato del paziente, sottoponga il medesimo ad un determinato intervento chirurgico nel rispetto delle "regole dell'arte" e con esito fausto»[270]. Le SS. UU. si sono espresse con sentenza 21 Gennaio 2009 n. 2437, nota come *Giulini*[271].
La vicenda riguarda una paziente che viene sottoposta a laparoscopia operativa con il suo consenso. Il medico, in sede operatoria e a paziente anestetizzata, compie un'operazione di salpingectomia con conseguente asportazione della tuba sinistra, determinando così un indebolimento permanente dell'organo della paziente.
Il giudice di prime cure, constatato che già in fase di programmazione dell'operazione il medico potesse prevedere l'asportazione della salpinge, imputa l'omessa acquisizione del consenso al medico per una sua scelta consapevole e volontaria e non per sua colpa. Su questa ricostruzione del fatto, il giudice condanna il medico per lesioni personali volontarie aggravate, poiché senza consenso il trattamento medico diviene arbitrario e, come tale, lesivo della libertà di autodeterminazione garantita dall'art. 32 Cost.

---

[270] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437, in *Foro It.*, 2009, II, p. 307.
[271] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437, in *Foro It.*, 2009, II, p. 305 e ss. con nota di G. Fiandaca, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*.

La Corte d'Appello ribalta la sentenza del giudice di prime cure accogliendo la tesi difensiva, secondo cui è lecito qualsiasi intervento compiuto in assenza di un espresso dissenso del paziente ed assolve l'imputato per prescrizione del reato così come qualificato dal giudice di prime cure.

Come detto la Quinta Sezione, investita del ricorso e visto gli orientamenti contrastanti, rimette la questione alle Sezioni Unite. Queste, dopo aver ripercorso tutte le principali sentenze che si sono susseguite fino a quel momento, prendono posizione circa il fondamento di liceità dell'attività medica. A parere delle stesse sembra ormai un *ius receptum* l'autolegittimazione dell'attività medica, la quale rinverrebbe il proprio fondamento non nella scriminante dell'art. 50 cod. pen., ma nella sua stessa finalità «di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito»[272]. La Corte definisce "eccentrico" il tentativo di rintracciare nel terreno delle scriminanti la liceità dell'attività medica e che se si volesse proprio parlare di scriminante, allora si dovrebbe parlare di una sorta di «scriminante costituzionale, tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria»[273], con una nozione che non vanta nessuna valenza tecnica[274]. Il consenso si inserisce in tale ricostruzione come presupposto di liceità dell'attività medica, la cui violazione non conduce automaticamente però ad una responsabilità penale. Fermo restando, allora, la sicura illiceità del trattamento contro il dissenso del paziente, le SS. UU. vagliano la riconducibilità penale del trattamento medico arbitrario a seconda dell'esito fausto o infausto dello stesso, pur essendo il trattamento senza il consenso informato del paziente «*eo ipso* invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare»[275].

[272] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 *cit.*, p. 322.
[273] Cass. 21 Gennaio 2009 *cit.*, p. 323.
[274] G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 314.
[275] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 *cit.*, p. 325.

La distinzione tra esito fausto e infausto assurge a criterio fondamentale per la rilevanza penale del trattamento medico arbitrario, ma non viene più di tanto approfondito dalla Corte, limitandosi a definire l'esito fausto come «un beneficio per la salute del paziente»[276] e, per converso, infausto l'esito peggiorativo della salute dello stesso. Tale nozione oggettiva è lontana dal garantire una certezza, essendo un concetto molto vago e che può essere riguardato da differenti punti di vista[277]; oltretutto trascura la volontà del paziente che potrebbe avere un'idea del tutto diversa della sua salute[278]. Il rischio concreto è una reviviscenza della medicina paternalistica o, peggio, di un dovere di buona salute.

Su questi assunti, e limitandoci per ora a riportare il ragionamento del Supremo Collegio[279], la Corte vaglia la compatibilità del trattamento medico arbitrario avente esito fausto con il reato di violenza privata *ex* art. 610 cod. pen. secondo il quale è punito «chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualcosa […]». La Corte ritiene non integrato già a livello di fatto tipico questo delitto: la violenza, che si identifica con «qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di autodeterminazione ed azione»[280], è uno strumento che l'agente utilizza affinché il soggetto passivo sia costretto a fare, tollerare od omettere qualcosa. Ne segue che la coartazione tipica della fattispecie deve consistere in un esito diversa dalla condotta aggressiva posta in essere: violenza o minaccia non in sé, ma per qualcosa di diverso. Ciò non si presenta nell'ipotesi *de quo*: infatti la violenza sarebbe il trattamento condotto senza consenso, mentre l'evento consisterebbe nel tollerare il trattamento stesso. Essendo coincidenti, non è

[276] Cass. 21 Gennaio 2009 *cit.*, *ivi*.
[277] R. Blaiotta, *Anche dopo le Sezioni Unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 3361.
[278] R. Blaiotta, *ivi*.
[279] Per una compiuta analisi critica dei reati configurabili, si veda Cap. III.
[280] R. Blaiotta, *ivi*.

tecnicamente possibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 cod. pen.[281] E questa conclusione vale anche quando il paziente sia già stato anestetizzato, dal momento che «il concetto di costrizione postula il dissenso della vittima»[282], un dissenso che quindi la Corte vuole sia esplicito.

Quanto al reato di lesioni personali *ex* art. 582 cod. pen., la Corte svolge un ragionamento simile a quello appena riportato per la violenza privata.

In primo luogo, considera l'evento malattia delle lesioni personali alla stregua di un elemento normativo extra-giuridico di carattere tecnico-scientifico, come «un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una o più meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo»[283] (concezione funzionale). Quindi non può considerarsi "malattia" la mera alterazione anatomica, come ha interpretato invece l'orientamento *Massimo*. Si deve necessariamente guardare al complessivo stato del paziente, essendo «l'atto operatorio in sé [...] solo una porzione della condotta terapeutica giacché essa, anche se ha preso avvio con quell'atto, potrà misurarsi nelle sue conseguenze soltanto in ragione delle sue conseguenze»[284]. Se lo stato di salute del paziente sia migliorato in seguito all'operazione, il reato in punto di fatto tipico è assente. Anche se "anatomicamente" lesivo, il trattamento medico con esito fausto, seppur in mancanza del consenso del paziente, non è sussumibile nel reato di lesioni personali, mancandone gli estremi del fatto tipico.

A conclusioni diverse si perviene necessariamente, quando l'esito è infausto, ovvero quando il paziente accusa, come conseguenza dell'operazione, un peggioramento del suo stato complessivo. In tale evenienza, le SS. UU. convengono nella realizzazione del fatto tipico delle

[281] Così Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 *cit.*, p. 326.
[282] Cass. 21 Gennaio 2009 *cit.*, *ivi*.
[283] Cass. 21 Gennaio 2009 *cit.*, p. 328.
[284] Cass. 21 Gennaio 2009 *cit.*, *ivi*.

lesioni personali e «rispetto ad essa potrà dunque operarsi uno scrutinio penale, nell'ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale"»[285]. È proprio in questo passaggio che il ragionamento delle SS. UU. diventa ambiguo. Infatti la Corte ritiene che, nonostante in punto di fatto tipico il reato sia configurabile, l'elemento psicologico del dolo difficilmente può ricorrere, «per logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico»[286] del medico, dedito alla cura. Un rimprovero si può muovere solo in caso di colpa impropria, tutte le volte in cui il medico abbia supposto «per errore l'esistenza di una scriminante, addebitale ad un suo atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (artt. 59 co. 4 cod. pen. e 55 cod. pen.,)»[287]. In questo passaggio, la Corte sembra richiamare l'operatività di una scriminante o, forse più esattamente, «un elemento costitutivo di quella "scriminante costituzionale" fondata direttamente dall'art. 32 Cost.»[288]. Quindi la mancanza del consenso e l'esito infausto, esporrebbe il medico solo ad una responsabilità per colpa, caratterizzata quest'ultima non «nella violazione di regole dell'arte medica, bensì nella violazione della regola della previa acquisizione del consenso informato, che condiziona la stessa liceità del trattamento»[289]. Con la conseguenza di declassare il consenso informato a regola cautelare, tesa a prevenire il verificarsi di eventi non voluti. Invece, con l'acquisizione del consenso informato ed eseguendo *lege artis* l'intervento, il medico andrà esente da

[285] Cass. 21 Gennaio 2009 *cit.*, p. 331.
[286] Cass. 21 Gennaio 2009 *cit.*, p. 332.
[287] Cass. 21 Gennaio 2009, *ivi*.
[288] F. Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1803.
[289] F. Viganò, *ivi*.

responsabilità penale anche nel caso in cui l'esito sia infausto, «perché il fatto non costituisce reato»[290].

Questo porta a considerare il consenso in modo differente in base all'esito, elemento valutabile solo *ex post* e sotto profili differenti, non potendo certo esistere un concetto di salute unanime. Al punto che, o è irrilevante perché l'esito è fausto, oppure è rilevante ma solo come regola cautelare per il medico, con buona pace della libertà di autodeterminazione terapeutica del paziente.

Per questo motivo è facile ritenere che, vista la mole di controversie giudiziarie sul tema, la Cassazione dovrà sicuramente prendere di nuovo posizione sul tema del consenso informato e delle conseguenze penali del trattamento medico arbitrario, in attesa anche che il legislatore dia adeguata sistemazione alla materia.

4. La giurisprudenza "*post-Giulini*"

La giurisprudenza successiva alle SS. UU., al di là della particolarità dei singoli casi, ha sostanzialmente avallato la ricostruzione del Supremo Collegio.

Una prima pronuncia è stata la sentenza n. 21799/2010[291] avente ad oggetto la vicenda di un medico oculista che ha effettuato un intervento *PRK* carpendo fraudolentemente il consenso informato del paziente, informandolo cioè che si sarebbe trattato di un intervento di tipo *lasik*, dopo che il paziente ha dissentito al tipo di intervento *PRK*. In seguito a

[290] F. Viganò, *ivi*, p. 1804.

[291] Cass. 20 Aprile 2010 n. 21799 in *Riv. It. Med. Leg.*, 2010, p. 1049 ss. con nota di G. Iadecola, *Atto medico, consapevole violazione della regola del consenso del paziente e responsabilità penale: tra nostalgie del passato e l'attesa del legislatore (en attendant Godot...?)*

questa operazione, il paziente riporta un indebolimento permanente ad entrambi gli occhi causalmente connesse alla condotta del medico.

In primo grado, alla luce della ricostruzione del fatto che accertava non solo il dissenso del paziente verso l'intervento *PRK*, ma anche che il consenso fu carpito in modo fraudolente facendo credere che si trattasse di un intervento *lasik*, il giudice ricostruisce la condotta in termini colposi e non dolosi come richiesto dal PM, sostenendo che l'attività sanitaria seppur svolta in assenza di valido consenso, non comporta «automaticamente una responsabilità a titolo di dolo per lesioni volontarie o, in caso di decesso, per omicidio preterintenzionale poiché il sanitario agisce sempre con una finalità terapeutica o curativa. [...] L'assenza del consenso può rilevare come elemento costitutivo della colpa quando tale assenza abbia determinato, in via mediata, l'impossibilità per il medico di conoscere le reali condizioni del paziente e di acquisire una anamnesi completa»[292]. Il passo riportato può essere censurato per due motivi. Da un lato, per l'esclusione del dolo dell'art. 582 cod. pen. a causa della finalità terapeutica, in quanto arricchirebbe il dolo richiesto dalla fattispecie di un elemento di dolo specifico del tutto estraneo al delitto. Dall'altro lato, il giudice di prime cure considera l'acquisizione del consenso informato come elemento costitutivo della condotta diligente del medico: si palesa quel rischio, già visto, di far declassare il consenso informato a mera regola cautelare per una condotta diligente del medico.

Il primo profilo è stato contestato dal PM con ricorso immediato in Cassazione, la quale citando espressamente la sentenza *Giulini* pur nelle diversità dei casi, accoglie il ricorso annullando la decisione e rinviando per un nuovo giudizio innanzi al G.u.p.

La Cassazione ha affermato che il consenso del paziente, quale presupposto di liceità del trattamento medico, non può essere vanificato «assumendo

[292] Cass. 20 Aprile 2010 *cit.*, p. 1052.

che il medico sia comunque e sempre legittimato all'espletamento di quella attività terapeutica in ossequio al fine curativo perseguito in favore del paziente» [293] . Intervenire in dissenso del paziente o carpendo fraudolentemente il suo assenso, connota una condotta talmente anomala da esorbitare dai canoni dalla mera imprudenza, imperizia o negligenza, «accettando pienamente e in via preventiva il rischio dell'evento lesivo (dolo eventuale)»[294].La Corte non ha portato tale ragionamento fino in fondo, limitandosi al caso del dissenso del paziente, ma l'argomento può essere rivolto anche al caso di mera mancanza del consenso informato: anche in questo caso, il medico rappresentatosi la mancanza del consenso e intervenendo comunque sul paziente, accetta il verificarsi dell'evento lesivo con configurabilità del dolo eventuale. Infine, la Corte ha enunciato il principio di diritto a cui il giudice del rinvio dovrà attenersi: «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 qualificato come dolosa e non colposa»[295], conformandosi all'orientamento giurisprudenziale prevalente.

Negli ultimi anni, la Cassazione ha affrontato casi di "cottimo chirurgico", locuzione che indica il fenomeno della esecuzione di più di 600 interventi annuali al fine di avere un guadagno ulteriore come "premio di produzione", nei quali si è soffermata sul fondamento dell'attività medica e sulla natura del consenso informato solo in via incidentale. Tuttavia il richiamo a tali casi è doveroso, in quanto nella motivazioni la Corte richiama, in modo più o meno esplicito, le argomentazioni della sentenza *Giulini* rispettandole a pieno.

[293] Cass. 20 Aprile 2010 *cit.*, p. 1053.
[294] Cass. 20 Aprile 2010 *cit.*, p. 1054.
[295] Cass. 20 Aprile 2010, *ivi*.

Con la sentenza n. 33136/2011[296], la Corte Suprema ha affrontato la vicenda di operazioni cardiochirurgiche ritenute più invasive del necessario. I medici sono chiamati a rispondere sia di lesioni personali, che di omicidio preterintenzionale.

Nei primi due gradi di giudizio i medici sono stati condannati per i reati addebitati. La Cassazione invece, dopo aver annullato la sentenza, ha rinviato il caso ad altra sezione della Corte d'Assise d'Appello per un nuovo esame. Nella motivazione di annullamento, la Corte ha ritenuto che la nuova sezione dovrà condurre l'esame del consenso informato e delle conseguenze dell'attività medica, alla luce della sentenza *Giulini* ed altresì interpretare l'evento malattia secondo la concezione funzionale, particolarmente rifiutata dai giudici di merito, con le relative conseguenze in tema di elemento psicologico, dato che il dolo generico deve ricoprire anche l'alterazione funzionale derivata dalla condotta. La Corte ha ribadito inoltre, la rilevanza penale che l'atto medico possiede «sia se eseguito contro la volontà del paziente, sia in condizioni in cui l'azione del medico non sia volta al proprio specifico fine terapeutico e comunque non realizzi un beneficio per la salute complessiva del paziente, vero bene da preservare, la cui tutela fornisce copertura costituzionale alla legittimazione dell'atto medico»[297]. Principi già espressi dalle SS. UU.

Sullo stesso argomento, la Cassazione si è espressa nuovamente nel 2014 con la sentenza n. 24918[298]. Un cardiochirurgo è imputato di lesioni volontarie gravi e gravissime per aver cagionato in alcuni pazienti un'alterazione anatomica collegata all'intervento al cuore, nonché

[296] Cass. 6 Settembre 2011 n. 33136, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, p. 267 ss. con nota di G. Rotolo, *Interventi terapeutici per soldi: il «cottimo» chirurgico in una recente sentenza della Cassazione*.

[297] Cass. 6 Settembre 2011 *cit.*, p. 274.

[298] Cass. 26 Marzo 2014 n. 24918, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2014, p. 953 ss. con nota di A. Salerno, *Il c.d. «cottimo chirurgico» e la responsabilità penale del sanitario: colpa o dolo?*

un'alterazione funzionale dell'organismo insanabile e permanente in seguito ad operazioni ritenute dai denuncianti non necessarie e carpendo il consenso attraverso un'alterazione dell'informazione al paziente, per raggiungere lo stesso corposo premio di produzione. In primo grado, il giudice ha condannato il medico per lesioni personali volontarie gravi e gravissime, mentre in secondo grado la Corte d'Assise di Appello qualifica come colpose le condotte contestate. La Corte di Cassazione, investita del ricorso, ha affermato che l'attività medica chirurgica «per essere legittima necessita dell'acquisizione del consenso informato del paziente, salve le eccezioni previste dalla legge. Non ricorre però alcuna fattispecie penale nel caso in cui un medico abbia agito secondo la *lex artis* e l'intervento si sia concluso con esito benefico per la salute del paziente, da intendersi come miglioramento della patologia da cui lo stesso era affetto. [...] Dai dati fattuali, dagli esiti peritali e dalla consulenza si pone in dubbio ma non si esclude la necessità degli interventi»[299]. Con tale conclusione, la Corte ha implicitamente fatto riferimento alla mancanza di prove circa l'inutilità degli interventi effettuati, riconoscendo così non solo il fine terapeutico nella volontà del medico, ma negando l'esistenza del fatto tipico di lesioni personali, in quanto tutti i trattamenti ebbero esito fausto. Tutto questo rende penalmente irrilevante la condotta medica una volta appurato che l'intervento fu eseguito *lege artis* e migliorativo della salute anche se effettuato con consenso mancante o invalido perché carpito con alterazione dell'informazione.

Come si può notare sono stati rispettati tutti gli argomenti delle SS.UU., sia il concetto di malattia che l'importanza dell'esito ai fini della rilevanza penale del trattamento medico carente del consenso. Tuttavia, si continua a dare rilevanza alla finalità terapeutica in tema delle lesioni personali

[299] Cass. 26 Marzo 2014 *cit.*, p. 956.

volontarie, pretendendo un dolo intenzionale nel cagionare la malattia che la fattispecie non richiede.

Capitolo IV

La rilevanza penale del trattamento medico arbitrario

1. La rilevanza penale del trattamento medico arbitrario e i limiti derivanti dal rispetto del principio di tassatività e del divieto di analogia

La qualificazione penale del trattamento medico arbitrario è una *vexata quaestio* data dalla mancanza di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, che causa torsioni ermeneutiche che si pongono in contrasto con il principio di stretta legalità.

Tale principio, espresso dal brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*[300], è fissato nell'art. 25 co. 2 Cost., secondo il quale «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», nonché nell'art. 1 cod. pen., per il quale «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da esse stabilite».

Il nostro ordinamento penale è fondato sulla concezione formale di legalità, il quale impegna giudice e legislatore al rispetto dei principi ad esso consequenziali, ovvero la riserva di legge, il principio di tassatività e di irretroattività.

[300] Cfr. A. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 278 ss.; F. Bricola, *Legalità e crisi: l'art. 25 co. 2 e 3 Cost. rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.*, 1980, p. 179 ss.; F. Palazzo, *Legge penale*, in *Dig,*, vol. VII, Padova, 1994, p. 343 ss.; A. Boscarelli, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Milano, 1990, p. 4 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2014, p. 15 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale - Parte generale cit.*, p. 10 ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 3 ss.; M. Romano, *Commentario cit.*, p. 30 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto cit.*, p. 66 ss.; R. Garofoli, *Manuale cit.*, p. 5 ss.

Alla nostra attenzione si rivolge il principio di tassatività ed il suo corollario, il divieto di analogia. La tassatività[301] vincola sia il legislatore, che nella procedura di normazione deve specificare con sufficiente precisione i comportamenti aggressivi dei beni giuridici, sia il giudice, che nell'interpretazione e applicazione della legge non deve lasciare spazio ai suoi soggettivismi, ideologici o caratteriali o comunque in generale ad ogni suo arbitrario, facendo dire alla norma qualcosa che evidentemente non prevede. Come già considerato[302] il divieto di analogia[303], implicitamente costituzionalizzato se si ammette una concezione formale di legalità, è relativo, ossia vale solo per le norme incriminatrici. Il giudice attraverso l'utilizzo di tale strumento interpretativo realizza una vera e propria intrusione nel potere legislativo, sostituendosi a quel procedimento che negli ordinamenti moderni è essenziale per valutare, attraverso il dialogo tra maggioranza e minoranza, quali siano i beni giuridici da tutelare attraverso la sanzione penale e quali condotte siano lesive di tali beni. Di contro, l'interpretazione estensiva è ammessa, dal momento che con tale strumento «si resta nell'ambito della norma, pur se dilatata fino al limite della sua massima espansione attraverso l'attribuzione del più ampio significato, fra quelli possibili, ai termini che lo compongono. Con l'analogia si esce dai confini della norma, poiché il caso in questione non

[301] Cfr. F. Bricola, *Legalità e crisi cit.*, p. 209 ss.; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza e tassatività nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 59 ss.; C. Visconti, *Determinatezza della fattispecie e bilanciamento degli interessi*, in *Foro It.*, 1995 p. 2773 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale cit.*, p. 52 ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 62 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 76 ss.

[302] *Supra* Cap. II, Parte I, § 1.2.

[303] A. Boscarelli, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, p. 102 ss.; A. Vassalli, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1990, p. 607 ss.; E. Morselli, *Analogia e fattispecie penale*, in *Ind. Pen.*, 1990, p. 505 ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 75 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 106 ss. Si consenta per gli aspetti problematici deel'applicazione del diritto penale il rinvio a G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 374 ss.

può essere in alcun modo ricompreso nella medesima, anche se interpretata nella sua massima estensione: esso è diverso dalla fattispecie legale, ma ad essa simile per *ratio* di disciplina»[304].

I principi citati devono essere tenuti in considerazione nella discussione sulla rilevanza penale del trattamento medico arbitrario. Il rischio concreto è quello di applicare una norma di creazione giudiziaria, seppur con la stessa *ratio* di quelle esistenti, mettendo in pericolo l'istanza garantista dell'ordinamento penale.

2. La distinzione tra esito fausto/infausto e la sussumibilità del trattamento medico arbitrario nel paradigma delle lesioni personali e di omicidio doloso e colposo

La dottrina e giurisprudenza maggioritaria [305] ormai concordano nell'autolegittimazione dell'attività medica. Tuttavia ogni attività, anche se di alto interesse sociale[306], deve essere esercitata secondo determinate regole. Il problema è cercare di capire a «quali condizioni ed entro quali limiti il concreto esercizio dell'attività sanitaria possa dirsi lecito [...] e la cui violazione può dar corpo a figure di reato»[307]. Parte della dottrina[308] e le SS. UU. *Giulini* hanno ravveduto il *discrimen* della rilevanza penale nell'esito dell'intervento arbitrario: il Supremo Collegio afferma l'irrilevanza penale del trattamento arbitrario quando l'esito dello stesso sia fausto, intendendosi per fausto «un giudizio positivo sul miglioramento

[304] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 74.
[305] Cfr. Cap. II, Parte I, §§ 1.2 e ss.
[306] M. Romano, *Commentario cit.*, p. 498 ss.; G. Iadecola, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività medica*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2046; Id. *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale cit.*, p. 529; Id., *Ancora in tema di rilevanza penale cit.*, p. 2662. Cfr. più in generale nota 187.
[307] F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 168.
[308] Tra gli autori che verranno richiamati anche successivamente, cfr. già nel 1914 F. Grispigni, *La liceità giuridico penale cit.*, p. 473 ss.

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 direttamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare quindi 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»[309]. La nozione articolata di esito fausto della Corte sembra una nozione di compromesso: da un lato, si allude ad una nozione oggettiva di salute, da raggiungersi attraverso le regole della scienza medica conosciute dall'esperto sanitario. Dall'altro, al fine di evitare una "resurrezione" del paternalismo, la Corte ha inserito come clausola di chiusura anche ciò che il paziente vuole, ciò che lo stesso espressamente o implicitamente afferma al medico nell'instaurazione dell'alleanza terapeutica. Tuttavia, nella disamina sulla configurabilità del fatto tipico delle lesioni personali del trattamento arbitrario fausto, la Corte non considera la componente "soggettiva" della nozione appena affermata. Infatti secondo il Collegio, l'art. 582 cod. pen., secondo il quale è punito «chiunque cagiona ad altri una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente», sarebbe non configurabile già in punto di fatto tipico quando il trattamento abbia esito fausto poiché, in quanto migliorativo dello stato complessivo di salute, realizzerebbe un evento contrario a quello scongiurato dalla norma. La malattia è definita dalle SS. UU. come un «processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo»[310] e non come qualsiasi alterazione anatomica o

[309] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 *cit.*, p. 331.
[310] Ibidem, p. 329. Nello stesso senso, la gran parte della giurisprudenza e dottrina: P. Baima Bollone - V. Zagrebelsky, *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975 p. 15 ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte speciale*, vol. I, 2013, Padova, p. 139 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte speciale*, vol. II, Bologna, 2013, p. 55 ss.;

funzionale, ricavabile dalla Relazione ministeriale al codice penale, dal momento che la malattia «è non uno stato, ma un processo patologico, cioè una successione di fenomeni»[311], acuto o cronico, localizzato o diffuso, che determina un apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo che può portare alla guarigione perfetta, o all'adattamento a nuove condizioni di vita oppure ancora alla morte, ed è l'unica nozione che permette di differenziare il delitto di lesioni personali da quello di percosse[312]. Su questa nozione di malattia, la Corte ravvisa nell'effetto migliorativo che consegue al trattamento, seppur arbitrario, una condotta inoffensiva per la salute del paziente, ritenuto vero bene protetto dalla norma di lesioni personali.

A parte la relatività del confine tra esito fausto e infausto[313], dal momento che «comporta momenti valutativi ampiamente discrezionali e pertanto non

---

F. Antolisei, *Manuale di diritto penale - Parte speciale*, vol. I, Milano, 2008, p. 78 ss.; O. Vannini, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Milano, 1958, p. 104 ss.; G. Marini - M. La Monaca - L. Mazza, *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, p. 2735 ss.; A. Fiori, *Il concetto di malattia in sede penale: riconsiderazioni della Cassazione penale e considerazioni medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2009, p. 519 ss.; G. Iadecola, *Una «vexata quaestio» ancora attuale: l'individuazione dell'esatto significato giuridico di «malattia» quale evento naturalistico di lesioni personali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, p. 181 ss.; G. Fiandaca, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento cit.*, p. 311; F. Viganò, *Omessa acquisizione del consenso cit.*, p. 1800, il quale accetta la nozione ma (come vedremo) è scettico riguardo alle conclusioni della Corte; Id., *Profili penali cit.*, p. 171. Anche la dottrina medico-legale concorda, cfr. P. Baima Bollone, *Medicina Legale*, Torino, 2013, p. 231 ss. e G. Arcudi, *Medicina Legale*, Roma, 2008, p. 94 ss.; Cass. 29 Settembre 2010 n. 43763, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3462 ss.; Cass. 8 Giugno 2010 n. 21799, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2010, p. 1059 ss.; Cass. 6 Settembre 2011 n. 33136, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, p. 273; Cass. 19 Dicembre 2005 n. 3943, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 2067 ss.; Cass. 9 Marzo 2001 n. 1572, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 517 ss. (sentenza *Barese* già citata); Cass. 29 Maggio 2002 n. 3122, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 604 ss. (sentenza *Volterrani* citata); Cass. 9 Maggio 1952, in *Giust. Pen.*, 1952, p. 823 ss.; Cass. 21 Gennaio 1969, in *Cass. Pen.*, 1970, p. 412 ss.

[311] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte speciale cit.*, p. 139.

[312] Ivi; T. Galiani, voce *Lesioni personali e percosse*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 140 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale - Parte speciale cit.*, p. 79 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte speciale cit.*, p. 57 ss.

[313] Per tutti, S. Del Corso, *Il consenso del paziente cit.*, p. 542 ss. e G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 308 ss.

poco opinabili»[314] e che la Corte ha sbrigativamente evitato affermandone la pertinenza al giudice di merito, è proprio nella conclamata irrilevanza del trattamento fausto che la sentenza sembra discordante. Non solo perché mostra una contraddizione sul concetto di salute, formulandolo in modo "misto" quando descrive l'esito fausto e in modo oggettivo quando parla del bene protetto dall'art. 582 cod. pen., ma anche perché considera le conseguenze fisiologiche *post*-operatorie, che ogni intervento in misura più o meno ampia comporta, come inoffensive, neutrali e sicuramente non come malattie, incentrando l'attenzione sul complessivo stato di salute del soggetto attraverso un saldo tra benefici e costi che derivano dal trattamento[315].

Sotto il primo profilo, pur ammettendo che la salute sia il bene protetto dalla norma di cui all'art. 582 cod. pen., come la Corte ha apertamente dichiarato, essa ha bisogno però di una specificazione. Abbiamo già osservato[316] come la salute, costituzionalmente protetta, può essere intesa in diversi modi: come «diritto individuale a contenuto negativo, inteso come pretesa all'astensione da comportamenti lesivi della salute individuale da parte di terzi; [...] come diritto sociale, che si traduce nella pretesa del singolo individuo ad un *minimum* di prestazioni positive; [...] come diritto di libertà, inteso come diritto a non subire prestazioni sanitarie contro la propria volontà; [...] come interesse pubblico, la cui tutela fonda una legittimazione dello Stato e degli enti pubblici ad intervenire con politiche di promozione della salute collettiva»[317]. Quando la Corte respinge la qualifica penale *ex* art. 582 cod. pen. del trattamento arbitrario avente esito fausto, considera solo la prima di queste accezioni. Ma la nostra Costituzione, ispirata al principio personalistico, induce a

[314] G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 311.
[315] G. Fiandaca, *ivi*, p. 309.
[316] *Supra* Cap. I, § 2.
[317] F. Viganò, *Omessa acquisizione cit.*, p. 1807 ss.

considerare anche il terzo profilo riportato, ovvero come libertà di decidere se, come, quando e da chi farsi curare. Ogni soggetto ha una sua idea di vita, una idea di sé che coinvolge anche la sua aspettativa di salute. Curare una patologia e avere una salute migliore «possono essere concetti non coincidenti, in quanto è l'individuo il solo a poter attribuire al diritto alla salute un contenuto concreto in occasione delle scelte terapeutiche: a poter indicare, cioè, tra diverse opzioni, quale corrisponda alla propria migliore salute»[318]. In sostanza, solo il paziente può decidere sulla propria integrità fisica: egli è titolare di una «inviolabilità del proprio corpo [...] come diritto a non subire intrusioni nel proprio corpo senza il proprio consenso»[319]. Alla stregua di questa nozione, la salute (o meglio, l'integrità psicofisica) del soggetto può essere certamente compromessa tutte le volte in cui questi ha subito un trattamento senza aver dato il proprio consenso, posto che un intervento non consentito, seppur demolitivo del male che lo affligge, può condurlo in un nuovo *status* psicofisico che non sente come "suo". Questa accezione non è estranea alla tutela dell'art. 582 cod. pen., come dimostrano i lavori preparatori al codice penale del '30 e anche l'evoluzione costituzionale in tema di art. 32 Cost.[320]

Per quanto attiene al secondo profilo, quello relativo alle conseguenze fisiologiche che ogni intervento comporta, la Cassazione già con la sentenza *Volterrani* ha affermato che per raggiungere un risultato positivo, il medico è costretto ad incidere il corpo del paziente «procurandogli una malattia. [...] Ma 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

[318] P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2000, p. 5.
[319] F. Viganò, *Omessa acquisizione cit.*, p. 1808. Nello stesso senso, G. Passacantando, *Problematiche in tema di consenso informato e responsabilità penale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2005, p. 238 ss.
[320] F. Viganò, *ivi*; P. Zatti, *Il diritto cit.*, p. 5; D. Morana, *La salute cit.*, p. 37 ss.

il paziente dal male che lo affligge»[321]. Le SS. UU., facendo proprio l'assunto che il vero bene da preservare è la salute del paziente, «continuano a ragionare che [...] nel caso di intervento medico-chirurgico realizzato per fini terapeutici, la condotta del medico sarebbe teleologicamente orientata soltanto all'obiettivo prossimo della riuscita, sul piano tecnico-scientifico, dell'atto operatorio: quest'ultimo rappresenta solo una «porzione» di una condotta terapeutica complessiva, la quale ha come obiettivo finale di recare un beneficio alla salute del paziente»[322]. Ciò che conta è il risultato finale, il saldo tra costi e benefici dell'intervento, poco importa delle conseguenze fisiologiche del trattamento, perché la salute del paziente ne esce giovata: è come dire che il fine giustifica i mezzi. La Corte non spiega perché questa "porzione" di condotta sia esente da profili penali: ogni intervento medico, anche eseguito *lege artis*, comporta sempre «a) l'alterazione anatomica integrata dall'incisione operatoria, la quale può peraltro essere di dimensioni e di impatto assai variabili, anche in termini di postumi estetici [...]; b) un decorso post-operatorio, anch'esso però di durata estremamente variabile in dipendenza dell'importanza dell'intervento; c) può comportare alterazioni anatomiche e funzionali ulteriori rispetto all'incisione operatoria, integrate dalla resezione della parte del corpo malata [...]; d) può comportare una serie di conseguenze collaterali indesiderate che l'osservanza della *lege artis* da parte del chirurgo non è in grado di scongiurare sino ad arrivare all'ipotesi dell'esito fatale»[323]. Perché allora solo l'ultima delle ipotesi elencate è rilevante penalmente, integrando l'esito infausto e, quindi, l'evento malattia delle lesioni personali? Le conseguenze fisiologiche del trattamento, tradizionalmente ricondotte nelle altre tre ipotesi, non integrerebbero l'evento malattia, almeno secondo la Cassazione, perché

[321] Cass. 29 Maggio 2002 n. 3122 *cit.*, p. 610.
[322] G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 310
[323] F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 169-170.

bilanciate dal positivo risultato complessivo sulla salute[324]. Ma sul piano materiale, la rimozione di una male esistente comporta un periodo in cui il paziente si deve abituare alla sua nuova condizione, periodo che può essere più o meno lungo a seconda di molti fattori e che può comportare un processo patologico al corpo (o alla mente) del paziente. Esso può consistere in una malattia non superiore a 20 giorni, oppure nell'indebolimento o nella perdita di un senso o di un organo nelle ipotesi più gravi, anche se il male da cui era affetto il paziente sia stato rimosso[325]: «un trattamento può dirsi perfettamente riuscito per un verso, ma contemporaneamente nocivo per la salute del paziente, per altro verso. Ad esempio: il medico asporta un tumore benigno ma (pur agendo con tutta la dovuta perizia) lascia una profonda cicatrice sul volto del paziente»[326]. Proviamo a ragionare sulle sentenze che già abbiamo esaminato[327]. Nel caso *Massimo*, escludendo l'esito fatale, la paziente avrebbe dovuto attraversare un periodo di adattamento all'ano artificiale che di per sé provoca sempre una sofferenza non solo psicologica, ma anche fisica,

[324] Concorde anche parte della dottrina, G. Grispigni, *La liceità giuridico - penale cit.*, p. 477; A. Abbagnano Trione, *Considerazioni sul consenso cit.*, p. 319 ss.; L. Eusebi, *Sul mancato consenso cit.*, p. 728 ss.; A. Manna, voce *Trattamento medico-chirurgico cit.*, p. 1288; Id., *Trattamento sanitario cit.*, p. 461; F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico cit.*, p. 399; G. Iadecola, *Sugli effetti penali cit.*, p. 2050, il quale ravvede una lesione solo della libertà morale, non integrando mai, neanche in caso di esito infausto, il delitto di lesioni personali; Id., *Sulla configurabilità del delitto cit.*, p. 532; Id., *Ancora in tema cit.*, p. 2664; Id., *Atto medico, consapevole violazione cit.*, p. 1061; G. Marra, *Ritorno indietro di dieci anni cit.*, p. 1956, che esclude la configurabilità del delitto di lesioni personali; G. Lozzi, *Intervento chirurgico cit.*, p. 613; L. Cornacchia, *Trattamenti sanitari cit.*, p. 418.

[325] Così in sostanza, F. Viganò, *Omessa acquisizione cit.*, p. 1801; Id., *Profili penali cit.*, p. 178; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, 2003, p. 306 ss.; S. Del Corso, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, p. 542 ss.; L. Masera, *I delitti contro l'integrità fisica*, in *Reati contro la persona*, F. Viganò - C. Piergallini (a cura di), Torino, 2015, p. 107 ss.; R. Blaiotta, *I profili penali cit.*, p. 3608; Id., *Anche dopo le Sezioni Unite incertezze cit.*, p. 3361; G. Passacantando, *Problematiche in tema di consenso cit.*, p. 241; G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 310, che si esprime in modo critico sul criterio esatto di discernimento tra esito fausto e infausto.

[326] P. Veneziani, *I delitti cit.*, p. 310.

[327] Cfr. Cap. III, §§ 1 ss.

patendo un calvario non solo che la stessa non aveva preventivato, ma che anche le rende impossibile o estremamente arduo attendere alle ordinarie occupazioni, ipotesi questa prevista dall'art. 583 cod. pen. Nel caso *Barese*, sempre escludendo l'esito fatale per imperizia del medico, la donna avrebbe dovuto vivere senza il suo organo riproduttivo, perdendo la capacità di procreare, oppure, nella "migliore" delle ipotesi, soffrire un indebolimento permanente dell'organo stesso, altra ipotesi prevista dall'art. 583 cod. pen. Nella sentenza *Firenzani*, anche se il menisco errato era comunque da operare, il paziente «si ritrova con un secondo ginocchio sofferente, per tutto il tempo corrispondente al decorso postoperatorio (nella specie, superiore a quaranta giorni): con il risultato che, se prima un solo ginocchio gli faceva male, ora gli fanno male entrambi»[328]. Nel caso *Volterrani*, il paziente avrebbe dovuto affrontare una vita senza pancreas, senza una sua accettazione a questo tipo di vita, con la perdita totale di un organo anche in questo caso. Ed infine, prendiamo il caso *Giulini*, nel quale l'intervento di salpingectomia ha comportato un indebolimento permanente dell'utero. In tutti questi casi è arduo sostenere la non configurabilità del fatto tipico di lesioni. A nulla vale dire che il male del paziente non c'è più e che il decorso *post*-operatorio sia solo un "male minore e necessario". Il saldo tra costi e benefici non appartiene al paradigma delle lesioni personali: ciò che conta è che il medico agendo ha compiuto dei danni, che tra l'altro non sono stati preventivati e accettati dal paziente. Configurando, così, un evento che può considerarsi una malattia alla stregua della nozione ormai pacificamente accolta.

Qualora il trattamento sia causativo la morte del paziente, esito sicuramente infausto, il fatto tipico di omicidio può dirsi sussistente, ma si deve poi approfondire se il fatto è sorretto da dolo, colpa o preterintenzione[329].

---

[328] F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 177.

[329] Per dolo e colpa si veda § 2.1. Per la preterintenzione, § 3.

Una volta ammessa l'esistenza del fatto tipico, la condotta del sanitario è considerata anche antigiuridica se non vi è la presenza di una causa di giustificazione, come lo stato di necessità ed urgenza *ex* art. 54 cod. pen. oppure l'art. 51 cod. pen. quando il trattamento è imposto dalla legge[330].

2.1 La finalità terapeutica e la configurabilità del dolo

L'esclusione di una rilevanza penale del trattamento arbitrario viene, per altro verso, spiegata anche per la carenza dell'elemento psicologico. Così si afferma che il medico, mosso dal principio di beneficialità e con intenzione terapeutica, possiede un coefficiente psicologico incompatibile con la volontà di recare un danno al paziente[331], anche se si dovesse presentare un esito infausto. Argomentare in questo modo, tuttavia, significa o travisare la concezione di dolo accolta dal codice penale, ricostruendolo alla stregua della teoria dell'intenzione, secondo la quale «l'azione non è che un mezzo per uno scopo», circoscrivendo il dolo «alla sola volontà diretta a cagionare un evento, come fine ultimo o come mezzo necessario per conseguire un fine ultimo»[332]. Oppure esigere dall'art. 582 cod. pen. un dolo specifico che in realtà la norma non richiede.

L'art.. 43, definisce il delitto come «doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso e pericoloso, [...] è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della sua azione od omissione». Alla stregua di tale nozione,

[330] Cfr. Cap. II, Parte I, § 1.

[331] L. Eusebi, *Sul mancato consenso cit.*, p. 731; A. Manna, voce *Trattamento medico cit.*, p. 1288-1289; Id., *Trattamento sanitario cit.*, p. 460 ss.; F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 407 ss. il quale si mostra scettico sulla configurabilità del dolo; G. Iadecola, *Sugli effetti cit.*, p. 2049; Id., *Sulla configurabilità cit.*, p. 533; Id., *Atto medico, consapevole cit.*, p. 1055 ss.; L. Cornacchia, *Trattamento sanitar. cit.*, p. 417-418; G. Marra, *Ritorno indietro di dieci anni cit.*, p. 1956; Id., *La mancanza di un valido consenso del paziente al trattamento chirurgico non può trasformare la colpa del medico in dolo*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 767 ss.; G. Lozzi, *Intervento chirurgico cit.*, p. 615.

[332] F. Mantovani, *Diritto penale - Parte generale cit.*, p. 313.

anche se "di compromesso" tra le varie teorie sulla concezione del dolo dominanti nel tempo di redazione del codice, si è concordi nel ritenere che il dolo «nella sua struttura, non è solo rappresentazione, ma anche volontà. Da ciò deriva che, nei tanti casi in cui la norma incriminatrice non richiede che l'evento sia stato il punto o uno dei punti presi di mira dell'attività criminosa, perché esso possa dirsi voluto basta che il reo abbia accettato il rischio della sua verificazione»[333]. Quindi, ai fini della configurabilità del dolo, sono estranei i fini dell'agente[334] a meno che la norma incriminatrice non ne ammetta la rilevanza, il che non accade nell'ambito delle fattispecie dell'art. 582 e 583 cod. pen., che non richiedono alcun *animus laedendi*[335], ma solo un dolo generico: l'agente deve rappresentarsi e volere l'evento malattia nelle diverse forme[336], con un dolo quindi che deve coprire anche la malattia nel senso funzionale sopra descritto. Quando il sanitario interviene al di fuori o in mancanza del consenso del paziente, può essere posto in dubbio che egli intervenga proprio al fine di cagionare una malattia, ma non può escludersi la configurabilità del dolo eventuale[337].

---

[333] F. Mantovani, *ivi*, p. 314. Cfr. anche F. Antolisei, *Manuale di diritto penale - Parte generale cit.*, p. 345 ss.; R. Romano, *Commentario cit.*, p. 423 ss.; S. Prosdocimi, voce *Reato Doloso*, in *Dig.*, vol. XI, Torino, 1993, p. 235 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 351 ss.; F. Bricola - V. Zagrebelsky, *Codice Penale - Parte generale*, Torino, 1996, p. 398 ss.

[334] R. Blaiotta, *Anche dopo le Sezioni Unite ancora incertezze cit.*, p. 3362; T. Padovani, *Dolo e coscienza dell'offesa agli adii?*, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 526 ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 318; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 360 ss.

[335] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte speciale cit.*, p. 151; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte speciale cit.*, p. 60; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale - Parte speciali*, vol. I, Milano, 2008, p. 80; F. Bricola - V. Zagrebelsky, *Codice Penale - Parte speciale*, Torino, 1996, p. 566 ss.; F. Basile, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, G. Marinucci - E. Dolcini (a cura di), Padova, 2015, p. 62 ss.

[336] Qualora si accedesse all'idea che l'art. 583 cod. pen. configuri solo delle circostanze aggravanti, e non delle figure autonome di reato come parte della dottrina ritiene, queste dovranno essere imputate all'agente *ex* art. 59 co. 2 cod. pen.

[337] Per il dolo eventuale secondo la teoria dell'accettazione del rischio, si veda: F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 315 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 368 ss.; S. Prosdocimi, voce *Reato doloso cit.*, p.

Esso è ravvisabile tutte le volte in cui l'agente si rappresenta come possibile risultato del suo comportamento un evento che integra un fatto tipico, anche se la sua condotta è diretta a tutt'altri scopi. Naturalmente non basta questa rappresentazione per integrare il dolo: serve un criterio indicante la volontaria causazione dell'evento. Per aversi questa volontà, «serve che il soggetto faccia seriamente i conti con questa possibilità e, ciononostante, decida di agire anche a costo di provocare un evento criminoso; questa consapevole accettazione del rischio si approssima, in sede di valutazione penalistica, alla vera e propria volizione del fatto»[338]; «il dolo eventuale o indiretto si ha quando la volontà non si dirige direttamente verso l'evento, ma l'agente lo accetta come conseguenza della sua condotta»[339]; «sussiste il dolo eventuale quando l'agente, ponendo in essere una condotta diretta ad altri scopi, si rappresenta la concreta possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria azione e, nonostante ciò, agisce accettando il rischio di cagionarle»[340]. Ora con riferimento al trattamento medico arbitrario, può dirsi che il sanitario, rappresentatosi la mancanza del consenso e le conseguenze negative che sono connesse all'operazione che sta per eseguire, accetta il rischio concreto di produrre una malattia *ex* artt. 582 e 583 cod. pen., commettendo così il delitto di lesioni personali volontarie, a nulla valendo la finalità

---

243 ss.; P. Veneziani, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium Iuris*, 2001, p. 1053 ss.; G. Bramante, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *Ind. Pen.*, 1995, p. 733 ss.; S. Canestrari, *La definizione legale del dolo: il problema del dolo eventualis*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 906 ss.; G. De Francesco, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 5013 ss.; M. Gallo, *Ratio e struttura nel dolo eventuale*, in *Critica dir.*, 1999, p. 411 ss.; G. Forte, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, p. 228 ss.; E. Nicosia, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*, in *Foro It.*, II, 2009, p. 348 ss.; S. Tassi, *Il dolo*, Padova, 1992, p. 7 ss.

[338] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 369.

[339] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 315.

[340] Cass. 12 Aprile 1996 n. 3571, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 964 ss.

terapeutica[341] o l'esito complessivo del trattamento per la salute del paziente. Piuttosto il problema è l'accertamento di questo tipo di dolo, dato che è sempre persistente il «pericolo che, una volta provata la previsione da parte dell'agente dell'evento come certo o probabile, in assenza di altre circostanze devianti, l'accettazione possa dirsi *in re ipsa*»[342]. Il dolo anche quando eventuale è rappresentazione e volontà, ed è necessario allora ricercare tutti i processi psicologici dell'agente, anche se sono spesso complessi e non lasciano traccia nel mondo esterno.

Una responsabilità a titolo di colpa si può certamente profilare, ma allora usciremo dal nostro tema per entrare in quello, più generale, della *malpractice* medica. Infatti, il trattamento medico arbitrario è un trattamento eseguito in assenza del consenso, ma nel pieno rispetto dell'*ars medica*, senza che possa ravvisarsi imperizia, negligenza o imprudenza nella conduzione dello stesso. Ammettere la colpa in questo nostro tema, significherebbe distorcere la natura giuridica del consenso, considerandolo come semplice regola cautelare che, insieme alle regole dell'arte medica, è tesa a prevenire eventi non voluti. Oppure, considerarlo alla stregua di una scriminante, che erroneamente supposta per colpa del medico o anche travalicata, sempre colposamente, dal medico, lo renderebbero imputabile per delitti colposi *ex* artt. 55 e 59 co. 4 cod. pen.

La seconda delle due alternative è stata percorsa dalla Cassazione. Già con la sentenza *Firenzani* e più compiutamente con le SS. UU., la Corte ha ravvisato la responsabilità del medico per esito infausto del trattamento solo «ove si possa configurare un errore sull'esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento

[341] F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 185 ss.; Id., *Omessa acquisizione del consenso cit.*, p. 1807 ss.; R. Blaiotta, *Anche dopo le Sezioni Unite ancora incertezze cit.*, p. 3361 ss.; G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 311-312.

[342] G. Forte, *Ai confini tra dolo e colpa cit.*, p. 234.

rimproverabile a titolo di colpa (art. 55 e 59 co. 4 cod. pen.)»[343]. Abbiamo già esaminato gli aspetti problematici che questo passo presenta in relazione alla natura giuridica del consenso[344], poiché lo trasforma in scriminante dopo averlo definito come presupposto di liceità. Ora si tratta di capire se le fattispecie di colpa impropria, che la Cassazione ha ritenuto configurabili in modo eccessivamente frettoloso, siano realmente applicabili al trattamento medico arbitrario con esito infausto. Una cosa, tuttavia, sembra certa: le SS. UU. hanno negato rilevanza alla dottrina[345] che ricomprende l'acquisizione del consenso informato come regola cautelare per il medico, la cui violazione determina un evento che si poteva evitare, attivando «quei poteri di controllo che l'agente doveva e poteva attivare per scongiurare l'evento lesivo»[346].

Il sanitario può essere imputato dell'evento per colpa, *ex* art. 59 co. 4, quando «l'errore sulla presenza di una scriminante è dovuto a colpa dell'agente»[347]. La fattispecie è già stata applicata nel caso *Firenzani* e non sembrano esserci problemi nell'ipotizzare una sua applicazione[348].

La configurabilità della fattispecie di cui all'art. 55 cod. pen., è più complessa. L'eccesso colposo può presentarsi come errore-inabilità o come errore-motivo[349], ma l'applicabilità di entrambe le ipotesi è stata

[343] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 cit., p. 332.
[344] Cfr. Cap. III, § 3.
[345] P. Veneziani, *I delitti cit.*, p. 308; F. Grispigni, *La liceità giuridico - penale cit.*, p. 507.
[346] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 544.
[347] G. Fiandaca - E. Musco, *ivi*, p. 261.
[348] G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 305; F. Viganò, *Principi penali cit.*, p. 186; Id., *Omessa acquisizione cit.*, p. 1804, in termini dubitativi; R. Blaiotta, *Anche dopo le Sezioni Unite ancora incertezze cit.*, p. 3366 ss.
[349] Cfr. P. Nuvolone, *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Giust. Pen.*, 1949, p. 803 ss.; C. Faranda, *L'eccesso colposo. Errore di giudizio ed errori modali nell'art. 55 cod. pen.*, Milano, 1984; P. Siracusano, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 180 ss.

contestata[350]. Per quanto riguarda l'errore-motivo, che si manifesta «allorché l'agente valuta erroneamente la situazione, ritenendo così di rientrare nella scriminante»[351], è quanto meno dubbia la sua applicabilità. Nel trattamento medico arbitrario manca il consenso, per cui il medico non potrebbe errare sull'ampiezza della scriminante: «mancando un effettivo consenso del paziente, viene meno il senso stesso dell'eccesso colposo, vale a dire il travalicamento dell'ambito della scriminante che esiste nella realtà oggettiva»[352]. Quanto all'errore-inabilità, «allorché l'agente valuta esattamente la situazione, ma erra nell'esecuzione»[353], la sua applicabilità è possibile solo in parte, cioè in quelle ipotesi di trattamento medico arbitrario c.d. divergente, nel quale esiste un consenso su un trattamento meno invasivo rispetto a quello poi eseguito dal sanitario, ma non nel caso di trattamento in difetto del consenso sin dall'inizio.

Ad ogni modo, la ricostruzione è sostenibile solo mantenendo fermo l'assunto di riconoscere al consenso informato la natura giuridica di scriminante, come hanno fatto le SS. UU. con un *dietrofront* rispetto alle loro stesse enunciazioni iniziali.

Per quanto riguarda l'omicidio, essendo il trattamento medico arbitrario una fattispecie nella quale le regole dell'arte medica non sono lese, esso può essere punito a titolo di colpa impropria *ex* art. 55 e 59 co. 4 cod. pen. secondo l'insegnamento delle SS. UU. *Giulini*, con tutte le problematiche sull'applicazione di queste fattispecie e sulla natura giuridica del consenso che abbiamo appena analizzato. Invece per quanto attiene all'omicidio doloso, in astratto nulla osta che esso possa dirsi configurato anche tramite

[350] F. Giunta, *Il consenso informato cit.*, p. 404 ss.; G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 313 ss.; R. Blaiotta, *Anche dopo le Sezioni Unite ancora incertezze cit.*, p. 3368; F. Viganò, *Profili penali cit.* p. 187; Id., *Omessa acquisizione cit.*, p. 1805.
[351] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 284.
[352] G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 313. Nello stesso senso anche gli autori nella nota 51.
[353] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit*., p. 285.

il dolo eventuale, ma in concreto un medico che accetti di causare la morte del proprio paziente rimane un'ipotesi rara.

3. I limiti insiti nella possibile riconduzione nella fattispecie di omicidio preterintenzionale del trattamento arbitrario con esito letale

Accettare la ricostruzione del trattamento medico arbitrario come un fatto integrante il delitto di lesioni personali, non significa poi sostenere la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale quando il trattamento conduce ad un esito mortale.

Gli aspetti problematici che il reato *de quo* porta con sé, appartengono al versante dell'elemento psicologico. Secondo l'art. 43 co. 2 cod. pen., il delitto è preterintenzionale «o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente». Tale elemento psicologico non può essere considerato come forma di colpevolezza intermedia tra dolo e colpa, posto che «tra volontà e non volontà dell'evento *tertium non datur*. [...] La volontà c'è o non c'è: una volontà che lambisce è psicologicamente un non senso»[354]. La soluzione che si ritiene preferibile è quella che ricostruisce la preterintenzione come ipotesi di dolo mista a colpa: dolo per il reato-base, che deve essere voluto; colpa riguardo all'evento ulteriore, quello oltre l'intenzione, che non deve essere voluto. Questa è la soluzione che si ritiene preferibile poiché è l'unica che sul piano sistematico «spiega perché il legislatore abbia previsto la preterintenzione come figura intermedia [...]; essa solo ne spiega la previsione come figura distinta e autonoma dalla responsabilità oggettiva [...]; perché sotto il profilo costituzionale, la

[354] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 364.

soluzione del dolo misto a colpa appare imposta dall'art. 27 Cost. [...]; perché la sent. 364/88[355] della Corte Costituzionale, nell'affermare il principio di colpevolezza rispetto agli «elementi significativi» della fattispecie, comporta detta tesi; [...] perché, per legge di proporzione giuridica, sarebbe incongruo punire un omicidio realizzato senza colpa con pena molto superiore nel minimo alla pena massima dell'omicidio colposo e prossima nel massimo alla pena minima dell'omicidio doloso»[356].

L'omicidio preterintenzionale, secondo il quale è punito chiunque «con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo», è l'unica ipotesi di delitto preterintenzionale. Il fatto tipico può dirsi integrato nel caso del trattamento medico arbitrario con esito letale, ma la configurabilità dell'elemento soggettivo è quanto mai dubbia.

L'interpretazione ormai più accettata[357], ricostruisce il profilo soggettivo del reato *de quo* come dolo intenzionale riguardo all'evento di percosse o lesioni e colpa riguardo all'evento morte. Sotto il primo profilo,

---

[355] Corte Cost. 24 Marzo 1988 n. 364, in *Giur. Cost.*, 1988, I, p. 1504 ss. Cfr. inoltre, G. Vassalli, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, p. 3 ss.; G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: una prima lettura della sentenza 364/88*, in *Foro It.*, 1988, I, p. 1385 ss.; F. Palazzo, *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988, p. 935 ss.

[356] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 365-366; Nella stessa direzione, G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte generale cit.*, p. 647; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale - Parte generale cit.*, p. 391 ss.; S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, in *Dig.*, vol. IX, Torino, 1993, p. 696 ss.; C. F. Grosso, voce *Preterintenzione*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, p. 4 ss. A. Regina, *L'omicidio preterintenzionale (Una rilettura dell'art. 584 c.p.)*, in *Ind. Pen.*, 1991, p. 517 ss.; S. Cagli, *Preterintezione e principio di colpevolezza*, in *Ind. Pen.*, 1999, p. 531 ss.; M. G. Maglio - F. Giannelli, *Sui rapporti tra l'omicidio preterintenzionale ed alcuni reati omissivi proprii*, in *Riv. Pen.*, 1997, p. 545 ss. Per la giurisprudenza, cfr. Cass. 23 Marzo 1979 n. 2989, in *Cass. Pen.*, 1980, p. 736 ss.; Cass. 11 Dicembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 2529 ss.; da ultimo, Cass. 17 Settembre 2012 n. 35582, in *Studium Iuris*, 2013, p. 488 ss.

[357] Si veda, per tutti, F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte speciale cit.*, p. 110 ss. con i riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

l'intenzionalità[358] è richiesta dalla stessa lettera dell'art. 584 cod. pen., che tramite la locuzione «atti diretti a commettere...», porta a ritenere «necessari e sufficienti atti penalmente rilevanti, in quanto integranti gli estremi del tentativo di percosse o di lesioni, purché idonei e diretti in modo non equivoco a commettere tali reati»[359].

Con riguardo all'evento ulteriore, una volta accertata la non volontà della sua causazione, si deve riscontrare «la violazione della regola cautelare di condotta, tenendo la quale era evitabile la realizzazione dell'evento (c.d. aspetto oggettivo della colpa) e l'attribuibilità dell'inosservanza all'agente, che si ha quando era prevedibile ed evitabile che, trasgredendo tale regola cautelare, si sarebbe verificato l'evento, secondo il parametro, che riteniamo preferibile, dell'agente modello, ossia dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* (c.d. aspetto soggettivo della colpa)»[360].

Solo una volta con la sentenza *Massimo*, il trattamento medico arbitrario è stato ricondotto nell'alveo dell'omicidio preterintenzionale. In quell'occasione la Corte ha ricostruito il dolo come generico riguardo all'evento base ed ha addebitato l'evento ulteriore sulla base del solo nesso causale, configurando la preterintenzione come dolo misto a responsabilità oggettiva, contraddicendo i principi costituzionali in tema di colpevolezza. Ma anche con il rispetto di tali principi, il medico mai potrebbe essere chiamato a rispondere per omicidio preterintenzionale[361]. Questo perché da

---

[358] F. Mantovani, *ivi*.

[359] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte speciale*, p. 109.

[360] V. Magnini, *Considerazioni sull'aspetto soggettivo del delitto preterintenzionale*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 979.

[361] G. Melillo, *Condotta medica cit.*, p. 67 ss.; D. Rodriguez, nota a sentenza *Massimo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1993, p. 460 ss.; G. Iadecola, *Sulla configurabilità cit.*, p. 527 ss.; Id., *Sugli effetti penali cit.*, p. 2049 ss.; Id., *Ancora in tema di cit.*, p. 2665 ss.; G. Lozzi, *Intervento chirurgico cit.*, p. 613 ss.; G. Azzali, *Trattamento sanitario cit.*, p. 939 ss.; L. Eusebi, *Sul mancato consenso cit.*, p. 730 ss.; G. Marra, *Ritorno indietro di dieci anni cit.*, p. 1956; A. Abbagnano Trione, *Considerazioni sul consenso informato cit.*, p. 320 ss.; F. Giunta, *Il consenso cit.*, p. 399 ss. In questi ultimi quattro autori, l'esclusione dell'omicidio preterintenzionale la si ravvisa dal fatto che ammettono rilevanza penale

un lato, con riguardo all'evento base, non si riscontra quell'*animus laedendi*, «presupposto per l'applicazione dell'art. 584 cod. pen. [...] dal che la non ipotizzabilità dell'omicidio preterintenzionale in caso di condotta di base che non abbia di mira proprio la determinazione di un risultato lesivo»[362]. Dall'altro lato, riguardo all'evento ulteriore non voluto, «il trattamento sanitario eseguito *legibus artis*, benché in assenza del consenso validamente prestato del paziente, non sembra possa assurgere ad integrare i profili di tipicità del *Tatbestand* stagliato dall'art. 584 cod. pen., poiché l'evento letale eventualmente verificatosi non rappresenterebbe comunque la realizzazione del pericolo tipico scaturente da una condotta oggettivamente colposa»[363]. Concretamente, l'evento ulteriore morte non potrebbe essere rimproverato a titolo di colpa a carico del chirurgo, se l'intervento è eseguito *legibus artis* [364], a meno di riproporre surrettiziamente una responsabilità per *versari in re illicita*. In sostanza, «la circostanza che, in concreto, l'intervento abbia avuto esito infausto, e che abbia *materialmente cagionato* l'evento morte», non sarebbe sufficiente «a fondare una responsabilità penale del chirurgo a titolo di omicidio preterintenzionale, proprio perché l'esito avverso all'intervento deve considerarsi *all'interno* di un *rischio consentito* dall'ordinamento: un possibile evento collaterale e indesiderato, cioè, di un intervento da giudicarsi medicalmente indicato, in base alla valutazione *ex ante* di un ipotetico chirurgo modello»[365].

---

al trattamento medico arbitrario solo per violazione dell'art. 610 cod. pen.; A. Manna, *Trattamento sanitario cit.*, p. 465 ss.; L. Cornacchia, *Trattamento sanitari cit.*, p. 418 ss.; F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 182 ss. Anche la giurisprudenza successiva rifiuta tale inquadramento, cfr. Cap. III, § 2 ss.

[362] G. Iadecola, *Sulla configurabilità cit.*, p. 533.

[363] A. Manna, *Trattamento sanitario cit.*, p. 476.

[364] F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 183.

[365] F. Viganò, *ivi*.

4. Il trattamento medico arbitrario come lesione alla libertà morale del paziente, *sub specie* violenza privata e stato di incapacità procurato mediante violenza

La dottrina che rifiuta la configurabilità delle lesioni personali, ammette la rilevanza del trattamento medico arbitrario sotto il paradigma della violenza privata *ex* art. 610, sul presupposto che il consenso informato protegge la libertà di autodeterminazione sulla propria salute e non già la salute in sé[366]. Tuttavia, la sua configurabilità non è esente da problemi in punto già di fatto tipico.

L'art. 610 cod. pen. punisce colui che «con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa». L'evento consiste nel costringere il soggetto passivo ad un "fare", comprensivo di ogni comportamento attivo; o a "tollerare", che indica un «*pati*, cioè il sopportare, il subire senza resistere»[367]; oppure, infine, ad "omettere", consistente nel «non compiere o nel ritardare una condotta che si sarebbe realizzata in assenza della violenza o della minaccia»[368]. Tale coazione deve essere raggiunta tramite minaccia o violenza. La prima consiste nella «prospettazione di un male ingiusto e futuro, quale alternativa per la mancata sottoposizione alla volontà del soggetto da cui proviene la

[366] F. Grispigni, *La liceità cit.*, p. 464 ss.; L. Eusebi, *Sul mancato consenso cit.*, p. 729 ss.; G. Iadecola, *Sugli effetti cit.*, p. 2048 ss.; Id. *Ancora in tema di consenso informato cit.*, p. 2666 ss.; G. Marra, *Ritorno indietro di dieci anni cit.*, p. 1956 ss. Sul reato di violenza privata in generale, cfr. M. Mantovani, voce *Violenza privata*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, 1993, p. 951 ss.; Mezzetti, voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 264 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale - Parte speciale*, Milano, 2008, p. 145 ss.; M. Minnella, voce *Violenza privata*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXII, Milano, 1992; L. Monaco, *Art. 610 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, A. Crespi - G. Forti - G. Zuccalà (a cura di), Padova, 2008, p. 1709 ss.; F. Giunta, *Violenza privata*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 465 ss.; Cass. 10 Marzo 2000 n. 5593, in *Riv. Pen.*, 2000, p. 807 ss.; Cass. 21 Settembre 1999 n. 12851, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 173 ss.; Cass. 27 Febbraio 1998 n. 1195, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1600 ss.

[367] F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte speciale cit.*, p. 332.

[368] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte speciale cit.*, p. 188.

minaccia»[369]. La violenza, al contrario, è nozione più problematica. Una prima interpretazione, ormai superata, considerava la violenza solo come *vis corporis corpori data* (c.d. violenza propria), ma più recentemente si è imposta una nozione più ampia[370], consistente «nell'uso di qualsivoglia mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, *propria*, che si esplica direttamente nei confronti della vittima, o di violenza *impropria*, che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione» [371], comprensivo dei mezzi insidiosi quali narcosi, lacrimogeni ed affini.

Nel trattamento medico arbitrario, la violenza utilizzata dal sanitario sarebbe strumentale alla coazione del paziente a tollerare un intervento non consentito sul proprio corpo. Ai fini della configurabilità della violenza privata, la violenza deve però tendere ad un evento ulteriore che si atteggia come risultato della coazione stessa, il che non avviene nel nostro caso poiché «la violenza non potrebbe consistere che nella operazione; e l'evento di coazione risiederebbe nell'operazione stessa»[372], rendendo quindi tecnicamente non configurabile tale delitto: strumento di coartazione ed evento coartato, infatti, sarebbero coincidenti.

Pur accettando la diversa costruzione che ravvisa la coartazione violenta nella narcotizzazione, «l'ostacolo insuperabile [...] attiene all'altro requisito di fattispecie, rappresentato dall'evento di costrizione. [...] Può dirsi che

---

[369] G. Fiandaca - E. Musco, *ivi*, p. 187.

[370] Per tutti, cfr. D. Bresciani, *I delitti contro la libertà morale*, in *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), vol. IX, 2011, Torino, p. 293 ss.

[371] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 *cit.*, p. 326, corsivo nostro. Nello stesso senso, la dottrina: G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte speciale cit.*, p. 185; F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, Milano, 2002, p. 282 ss.

[372] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 *cit.*, ivi. Si veda anche F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 163; G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 307;

una persona sia costretta a sua insaputa ad una determinata condotta?»[373] Il concetto di costrizione «presuppone in realtà un contrasto effettivo di volontà tra un soggetto attivo e un soggetto passivo "cosciente" che esprime dissenso»[374]. Tutto questo spinge la dottrina e giurisprudenza a ritenere non configurabile il reato *de quo*, per carenza del fatto tipico. Il delitto, invece, potrebbe configurarsi nel caso in cui il paziente avesse preventivamente dissentito all'intervento, in modo da «avere un dissenso *reale* [...] che consentirebbe di ravvisare un contrasto di volontà e, conseguentemente, una "costrizione"»[375].

Simili aspetti problematici si presentano anche per l'applicazione del delitto di cui all'art. 613 cod. pen., secondo il quale è punito chiunque «mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona, senza il consenso di lei, in stato d'incapacità d'intendere e di volere». L'evento consiste nel porre il soggetto passivo in uno stato d'incapacità, da interpretarsi nel significato degli art. 85 e 86 cod. pen.[376], tramite un qualsiasi mezzo idoneo, compreso anche l'anestetico che il medico inietta nel corpo del paziente prima di operarlo. «Il reato, pertanto, è configurabile in capo al medico che narcotizzi il paziente, senza il suo consenso, per sottoporlo ad un'operazione chirurgica; non però nel caso in cui la narcosi sia in sé consentita e il medico si limiti ad eseguire un intervento diverso da quello previamente autorizzato»[377]. In quest'ultimo

[373] F. Viganò, *La tutela penale cit.*, p. 164.
[374] G. Fiandaca, *Luci e ombre cit.*, p. 307.
[375] F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 165 in nota 50.
[376] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale - Parte speciale cit.*, p. 192; E. Palmieri, *Art. 613 cod. pen.*, in *Commentario al codice penale*, G. Marini - M. La Monica - L. Mazza (a cura di), 2002, Torino, p. 3006 ss.; D. Bresciani, *Dei delitti cit.*, p. 379 ss.
[377] G. Piffer, *art. 613 cod. pen.*, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini - G. Marinucci (a cura di), Milano, 2011, p. 5947 ss.

caso, infatti, mancando l'elemento negativo (l'assenza del consenso) del fatto tipico, non risulterebbe essere integrato il reato[378].

Infine per quanto attiene alla contravvenzione di cui all'art. 728 cod. pen., secondo il quale è punito «chiunque pone taluno, col suo consenso, in stato di narcosi o d'ipnotismo, o esegue su lui un trattamento che ne sopprime la coscienza o la volontà, se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità della persona», non sarebbe applicabile per il disposto del suo comma 2, che sancisce l'inapplicabilità della norma quando il fatto è commesso a scopo scientifico o di cura, da chi esercita una professione sanitaria: ipotesi quest'ultima di ogni trattamento medico.

5. La tutela civile

Le SS. UU. *Giulini* nel sancire, come abbiamo visto, l'irrilevanza penale del trattamento arbitrario fausto, hanno affermato che tale «trattamento sanitario risulterebbe *eo ipso* invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare. Ed è proprio in quest'ultima prospettiva che assume uno specifico risalto la normativa [...] destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono il "prescrizionale" per il medico, e la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale»[379]. In questo passo la Cassazione allude alla responsabilità civile, in particolare al risarcimento del danno non patrimoniale[380], che secondo le sentenze più recenti è

[378] F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 186; G. Caruso, *Il trattamento medico-chirurgico cit.*, p. 1045 ss.; S. Del Corso, *Il consenso del paziente cit.*, p. 563 ss.; A. Abbagnano Trione, *Considerazioni sul consenso cit.*, p. 320; *contra* invece A. Manna, voce *Trattamento medico cit.*, p. 1291.

[379] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 *cit.*, p. 325.

[380] Cfr. sul tema A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2014, p. 896 ss.; F. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e Resp.*, 2003, p. 827 ss.; E. Navaretta, *I danni non patrimoniali*

indipendente dalla commissione di un reato *ex* art. 185 cod. pen. Tale indipendenza è stata sancita dalla giurisprudenza della Cassazione già nel 2003, con le sentenze gemelle nn. 8827 e 8828[381] e più incisivamente con la sentenza delle SS. UU. del 2008, n. 26972[382]. L'art. 2059 cod. civ. prescrive la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nei casi determinati dalla legge. «All'epoca dell'emanazione del codice civile (1942) l'unica previsione espressa del risarcimento del danno non patrimoniale era racchiusa nell'art. 185 cod. pen. [...] Nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione (che all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo), il danno non patrimoniale deve essere intesa come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona»[383]. Il danno non patrimoniale quindi, è «risarcibile anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni: a) che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale [...] b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità [...] c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità»[384].

Ammessa la tutela risarcitoria dei diritti inviolabili della persona costituzionalmente sanciti, la Corte di Cassazione solo nel 2010, con la

---

nella responsabilità extracontrattuale, in E. Navaretta (a cura di), *I danni non patrimoniale. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2005, p. 12 ss.; Id., *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro It.*, 2003, I, p. 2284 ss.; S. Wünsch, *La tipizzazione dei "nuovi" danni non patrimoniali tra spunti giurisprudenziali e riscontri comparatistici*, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 949 ss.; V. Zeno Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, I, p. 297 ss.

[381] Cass. 31 Maggio 2003 nn. 8827 e 8828, in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2004, p. 232 ss.

[382] SS. UU. 11 Novembre 2008 n. 26972, in *Giur. Civ.*, 2009, p. 913 ss.

[383] Cass. 31 Maggio 2003 *cit.*, p. 244.

[384] SS. UU. 11 Novembre 2008 *cit.*, p. 914.

sentenza n. 2847[385], ha dichiarato la mancata coincidenza tra il diritto all'autodeterminazione terapeutica e il diritto alla salute, in quanto « pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi una responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; e che la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso»[386], ravvisando tale lesione ad esempio, nel caso di trasfusione di sangue ad un testimone di Geova, perché anche se gli si è salvata la vita, deve convivere con il suo peccato; oppure si pensi più in generale ad un soggetto che per una scelta arbitraria del medico, debba patire sofferenze fisiche che avrebbe potuto scegliere di non sopportare. Ipotesi queste che non possono non essere tutelate in forma minima mediante il risarcimento del danno non patrimoniale, nella specie come perdita da *chances* di decidere diversamente, «commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo, e non alla mera perdita del risultato stesso, [...] e la relativa domanda è diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato»[387]. Con riguardo all'onere della prova, dovrà essere il paziente a provare il nesso causale tra inadempimento e danno perché è compito della «parte che alleghi l'inadempimento altrui e pretenda il risarcimento; perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente; perché si tratta pur sempre di stabilire la scelta del paziente [...]

[385] Cass. 9 Febbraio 2010 n. 2847, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 1201 ss. con nota di A. Di Majo, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; presente anche in *Danno e Resp.*, 2010, p. 685 ss. con nota di R. Simone, *Consenso informato e onere della prova*, nonché in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1013 ss. con nota di M. Gorgoni, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*.

[386] Cass. 9 Febbraio 2010 n. 2847 cit., p. 1205.

[387] M. Viti, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1023. Cfr. N. Calcagno, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di «chances» e nesso causale*, in *Danno e Resp.*, 2009, p. 155 ss. e Cass. 18 Settembre 2008 n. 23846, in *Foro It.*, 2009, I, p. 1813 ss.

sicché anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della vicinanza al fatto da provare induce alla conclusione; perché il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*»[388].

La conclusione della Cassazione segue la giurisprudenza di merito[389] e gli interventi della Consulta[390], che hanno sempre di più posto in luce l'autonoma rilevanza del diritto di autodeterminazione, «all'esigenza di vivere secondo la propria personale concezione di dignità, anche quando le scelte compiute possano ripercuotersi sui beni della vita e dell'integrità fisica»[391].

6. Cenni di diritto comparato

La rilevanza penale del trattamento medico arbitrario, come visto, non è pacifica e la mancanza di una norma, che il legislatore presto dovrà introdurre se si vogliono evitare vuoti di tutela, rende il problema sempre più persistente in un ordinamento come il nostro orientato alla legalità formale.

In alcuni ordinamenti la questione è stata diversamente risolta.

Così l'ordinamento statunitense, che storicamente è stato il primo a teorizzare la libertà di autodeterminazione terapeutica del paziente e

[388] Cass. 9 Febbraio 2010 n. 2847 cit., p. 1210.
[389] Cfr. tra le altre, Trib. Milano, 29 Marzo 2005 e Trib. Genova, 10 Gennaio 2006, entrambe pubblicate in *Danno e Resp.*, 2006, p. 544 ss.
[390] Cfr. Cap. II, § 1.
[391] C Brignone, *Autodeterminazione e informazione, salute e consenso informato: tra strumenti normativi e prassi giurisprudenziali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, p. 19, disponibile tramite il sito www.penalecontemporaneo.it

sicuramente "facilitato" dal principio dello *stare decisis*[392], ha raggiunto questa tutela già con la sentenza *Mohr*[393] nel 1905, che statuì l'illiceità del trattamento medico arbitrario riconducendolo al *battery crime*, «consistente nell'uso *intentional* o *reckless* della forza fisica nei confronti di taluno che non vi abbia acconsentito, a prescindere dalla finalità perseguita, dalla correttezza dell'agire e del risultato della condotta»[394]. Soluzione poi adottata in tutti gli altri paesi di *common law*, Regno Unito compreso. Negli ultimi decenni è stata registrata, però, una certa difficoltà da parte di queste Corti ad applicare la sanzione penale, escludendo il reato laddove il paziente fosse stato portato a conoscenza in termini generali della natura e finalità del trattamento, oppure rinunciando all'esercizio dell'azione penale, che in tali ordinamenti è discrezionale, nei confronti dell'agente quando abbia agito *in good faith*[395]. La conseguenza è stata quella del moltiplicarsi di cause civili, dal momento che l'unica soluzione rimanente è quella del *tort*, con la domanda di risarcimento del danno derivato da un trattamento non consentito.

Negli ordinamenti dell'Europa continentale, il primo a sopperire alla mancanza di tutela è stato quello austriaco. Il § 110 del öStGB, punisce «chiunque cura un'altra persona senza il consenso di lei e così viola le regola della scienza medica»[396]. Il delitto è inserito tra i reati contro la libertà morale, sancendo, quindi, la violazione dell'autodeterminazione terapeutica unicamente come lesione della libertà di autodeterminazione.

Soluzione simile è quella elaborata dal codice penale portoghese del 1995, che all'art. 156, rubricato «interventi e trattamenti medico-chirurgici arbitrarii», punisce le persone indicate nell'art. 150 (norma che esclude la

[392] Sul principio si veda, per tutti, A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, p. 204 ss.
[393] Cfr. Cap. I, § 1.
[394] C. Brignone, *op. cit.*, p. 11.
[395] Ivi.
[396] Traduzione in A. Manna, voce *Trattamento medico cit.*, p. 1292.

tipicità delle lesioni personali quando un medico ha sì recato danno, ma ha operato nel pieno rispetto della *lege artis*), quando realizzano un intervento o trattamento senza il consenso del paziente. Anche in questo caso, il delitto è inserito tra i reati contro la libertà morale, caratterizzando da un lato, il consenso come elemento di esclusione della tipicità del delitto di lesioni personali[397]; e dall'altro, ponendolo a protezione esclusivamente della libertà di autodeterminazione riguardo alla propria salute e non all'integrità fisica.

In Germania la situazione è molto simile, per certi aspetti, a quella italiana. Non essendo presente una norma puntuale sul tema, la giurisprudenza riconduce, al contrario della dottrina, il trattamento medico arbitrario al reato di lesioni personale dolose di cui al § 223 StGB[398]. Essa afferma che ogni trattamento medico integra sempre gli estremi di questo reato e necessita pertanto di una giustificazione, corrispondente al consenso del paziente. La dottrina tedesca solo negli ultimi anni converge nella soluzione prospettata dalla giurisprudenza, «nel segno di una progressiva ma inarrestabile valorizzazione dell'autodeterminazione del paziente nelle questioni della propria salute: principio che ha indotto ad un radicale ripensamento circa la fisionomia stessa del bene giuridico tutelato dalle norme in tema di lesioni personali»[399], nonostante la norma di cui al § 228 StGB limiti il potere di disporre della propria salute.

Per concludere, possiamo soffermarci su due progetti di riforma del nostro codice penale, che hanno affrontato in modo diverso il trattamento medico arbitrario. Una prima commissione del 1992 presieduta dal Prof. A. Pagliaro, affermava la necessità[400] di introdurre una norma incriminatrice a

[397] A. Manna, *Reati contro la persona*, vol. II, Torino, 2007, p. 625 ss.
[398] Per i riferimenti dottrinari e giurisprudenziali, si veda E. Horn, *§ 223*, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Münich, 2003, p. 36 ss.
[399] F. Viganò, *Profili penali cit.*, p. 188.
[400] Disponibile sul sito del Ministero di Giustizia.

protezione della libertà di autodeterminazione terapeutica nella sezione dei delitti contro la libertà morale, procedibile a querela e non punibile nel caso di trattamento vantaggioso senza significativi pregiudizi, «per evitare esasperazioni del pur irrinunciabile principio del consenso, quando il fatto comporti solo vantaggi alla persona»[401]. Ma il progetto non vide mai la sua concretizzazione. Alcuni anni dopo, nel 1999, un'altra Commissione presieduta dal Prof. C. F. Grosso, mise in dubbio l'opportunità di inserire una norma come quella contenuta nel progetto Pagliaro, perché «intervenire, significa rischiare di irrigidire una disciplina che pare più opportuno riservare ai canoni ormai consolidati della prassi e della giurisprudenza [...]» e impone la previa risoluzione del «tema delicatissimo della informazione corretta del malato: un tema sul quale sussiste tutt'ora incertezza in dottrina, e che lo schema di legge-delega si è ben guardato dall'affrontare»[402]. Con la conseguenza che ad oggi ci troviamo senza una fattispecie *ad hoc*, con opzioni interpretative che giurisprudenza e dottrina faticano a convogliare in un'unica direzione e che mettono in seria crisi il principio di legalità.

[401] Cfr. la parte "Reati contro la persona", par. 6 della Relazione.
[402] Relazione disponibile sempre sul sito del Ministero di Giustizia.

Conclusioni

La progressiva affermazione del consenso informato è stata la diretta conseguenza dell'evoluzione sociale del rapporto terapeutico tra medico e paziente. Nella medicina tradizionale, c.d. paternalistica, il medico eseguiva il trattamento senza il consenso del paziente, il quale non avendo conoscenza dell'arte medica e delle conseguenze iatrogene si rifugiava nella sapienza del medico, poiché come studioso era l'unico a conoscere il meglio per la sua salute. L'evoluzione dei mezzi d'informazione e un'istruzione sempre meno elitaria hanno posto le basi per il superamento di questa concezione, contribuendo a formare un paziente sempre più conscio delle conseguenze dei trattamenti medici e sempre più attento alle sorti della propria salute. Tale evoluzione è stata registrata in primo luogo dalla giurisprudenza statunitense che attraverso varie sentenze, come quelle dei casi *Slater*, *Carpenter*, *Mohr* e *Schoendorff*, hanno imposto il rispetto dei principi del *self-determination* e dell'*informed consent*, i quali sanciscono che il paziente deve essere libero di decidere quali interventi devono essere praticati sul proprio corpo attraverso un corretta informazione sugli stessi. Con l'affermazione di tali principi si è passati da una relazione terapeutica autoreferenziale ad un'alleanza terapeutica tra medico e paziente contro la malattia, nella quale l'incontro della volontà del paziente e del medico è fondamentale. Tale cambiamento è ormai registrato in tutti gli ordinamenti giuridici, i quali hanno riconosciuto il diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Nell'ordinamento italiano tale diritto è stato ricavato dall'art. 32 Cost. comma 2, il quale prescrivendo che un trattamento sanitario non può essere imposto se non per disposizione di legge e comunque nel rispetto della persona umana, ammette *a contrariis* la volontarietà dei trattamenti sanitari. Questa regola può essere derogata per la tutela della salute

collettiva, come accade ad esempio per il trattamento sanitario obbligatorio, rimanendo però un'eccezione ad un regime generale di libertà e non strumento per una funzionalizzazione del singolo o della sua salute a favore della collettività stessa, altrimenti si potrebbe addirittura essere portati a ritenere esistente un dovere di curarsi, come alcuni ritengono, ma che non trova nessun riscontro nella Costituzione ed è oltretutto in contrasto con l'istanza personalistica propria di ogni diritto di libertà.

L'eccessiva valorizzazione della libertà di cura attraverso il consenso informato ha concorso allo sviluppo della medicina difensiva, espressione con la quale si indicano le condotte adottate dai medici per fugare il sempre più paventato rischio di denuncia da parte dei pazienti, ormai incapaci di accettare esiti non favorevoli alle proprie aspettative, anche se fisiologici al trattamento acconsentito. Così la classe medica utilizza i moduli del consenso informato per evitare denunce, facendo firmare al paziente l'accettazione di ogni rischio, finanche il più improbabile. Con la conseguenza di trasformare il modulo in un insuperabile sequela di informazioni eccessive e confusionarie, con l'idea di una sua «erronea [...] attitudine di esimente da responsabilità»[403].

Il riconoscimento della libertà di autodeterminazione terapeutica ha contribuito anche alla ricostruzione dei limiti della posizione di garanzia che il medico assume nei confronti del paziente *ex* art. 40 cod. pen. La volontà del paziente, quale espressione della sua libertà di autodeterminazione, è fonte e limite della posizione di protezione assunta dal medico, dovendo egli intervenire o astenersi dall'intervenire secondo la volontà del paziente. Se un trattamento non è imposto dalla legge, il medico non può intervenire nonostante il suo dissenso, potendo altrimenti rispondere penalmente per il reato di violenza privata di cui all'art. 610 cod. pen. Un eventuale dissenso o rinuncia dispensa, quindi, il medico da

[403] Cass. 11 Luglio 2002 n. 3122, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 395.

responsabilità penale, mutando il contenuto dei doveri della posizione di garanzia, obbligandolo a non intervenire. Parte della dottrina rifiuta questa ricostruzione, contestando non solo l'obbligo di astenersi del medico, ma anche che il paziente possa rifiutare un trattamento salvavita, sul presupposto dell'indisponibilità del bene vita. Tuttavia nessuna delle tesi proposte risulta convincente nell'escludere la validità del dissenso o rinuncia ad una cura salvavita, neanche quelle che fanno leva sull'art. 2 Cost. valorizzando i doveri sociali dell'individuo, in quanto per questa via si tornerebbe ad ammettere surrettiziamente un dovere di curarsi.

Nel quadro delineato il consenso informato rappresenta il presidio di detta libertà, dal momento che solo attraverso una previa informazione il paziente può decidere in modo libero e autentico sulla propria salute. Esso «pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quella 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»[404]. Per comprendere la natura giuridica del consenso informato, bisogna chiarire un elemento ad esso pregiudiziale ovvero il fondamento di liceità dell'attività medica.

Il ricorso alle cause di giustificazione, codificate e non, si è rilevato insoddisfacente per diversi motivi dipendenti anche dalla natura della singola scriminante. Per alcune di esse il problema principale è che la loro applicazione estrometterebbe del tutto la volontà del paziente, come accade con riferimento agli artt. 51, *sub specie* adempimento del dovere, e 54 cod. pen. i quali possono essere richiamati solo in caso di T.S.O. e nei casi di urgenza, rispettivamente. Per altre, ovvero quelle degli artt. 50 e 51 cod. pen., *sub specie* esercizio del diritto, il problema è rappresentato nella

[404] Corte Cost. 23 Dicembre 2008 n. 438, in *Foro It.*, 2009, I, p. 1328 ss.

mancanza di doverosità dalla condotta dell'agente: infatti il sanitario ha l'obbligo d'agire una volta ricevuto l'assenso del paziente e non una semplice facoltà. Per quanto riguarda le cause di giustificazione non codificate, generalmente ammesse nel nostro ordinamento penale, il ricorso alle stesse è stato rifiutato per il fatto che queste scriminanti presentano tutti gli stessi difetti di quelle codificate dalle quali sono ricavate, rappresentandone quindi solo dei succedanei.

Un'altra parte della dottrina ravvisa, invece, il fondamento di liceità dell'attività medica nell'atipicità della stessa, come la dottrina tedesca da tempo indicava. L'attività medica, infatti, seppur astrattamente sussumibile nelle fattispecie di lesioni personali e finanche di omicidio, si autolegittima non solo a livello sociale in quanto socialmente meritevole, ma anche sul piano giuridico come attività che si esplica per la protezione della salute del paziente, bene tutelato a livello costituzionale *ex* art. 32 Cost. La tesi in questione è stata accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità, che nel 2009 a Sezioni Unite ha ritenuto ormai *ius receptum* l'autolegittimazione dell'attività medica per la finalità «di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito»[405], negando al consenso informato natura di scriminante di cui all'art. 50 cod. pen., in quanto esso è solo un presupposto per il legittimo esplicarsi dell'attività medica.

Ai fini di un valido consenso informato, esso deve essere fornito da una persona capace di intendere e di volere previamente informata, in modo libero, attuale, specifico ed espresso.

Il consenso non ha bisogno di una forma *ad substantiam*, ma può essere espresso anche per *facta concludentia*, purché in modo inequivoco. Infatti il modulo del consenso informato nella pratica clinica, come già considerato, è utilizzato dal medico più per provare la sua diligenza

[405] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437, in *Foro It.*, 2009, p. 322.

piuttosto che non per informare il paziente, creando più confusione che chiarezza per l'enormità delle informazioni riportate.

Ad ogni modo il requisito che concorre in modo preponderante alla formazione di un valido consenso è l'informazione che il medico fornisce al paziente. Il problema è rappresentato dalla ricerca di un criterio attraverso il quale è possibile parametrare l'informazione dovuta. Il ricorso agli istituti privatistici, come quello della buona fede pre-contrattuale, si dimostrano insoddisfacenti, mentre il ricorso alla prassi medica, oppure al parametro del medico di media diligenza, oppure ancora del paziente di medie conoscenze sono tutti parametri sfuggenti ed incerti. Più idoneo è, invece, il criterio finalistico, il quale permette di parametrare l'informazione in concreto ovvero su misura del singolo paziente, personalizzata sulle sue conoscenze, al suo livello culturale, psicologico ed emotivo. L'oggetto dell'informazione necessaria dipenderà molto dal singolo caso concreto, ma in generale può dirsi che il medico deve rendere noto al paziente le conseguenze positive e negative che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono collegate all'intervento, nonché la praticabilità di altre soluzioni e le probabilità di riuscita di ogni singolo trattamento. Naturalmente l'oggetto dell'informazione può essere ancora più oneroso per il medico in casi specifici, come nel caso di prescrizione di medicinale *off label* oppure nel caso di chirurgia estetica. Una parte minoritaria della giurisprudenza in passato ha sanzionato penalmente *ex* art. 328 cod. pen. l'inadempimento dell'obbligo di informazione del medico, ma tale riconducibilità nel delitto *de quo* è stata criticata e abbandonata dalla stessa giurisprudenza successiva, dal momento che l'obbligo di informazione non è diretto alla soddisfazione di un interesse pubblico ed inoltre la sua applicazione sarebbe iniqua, in quanto si applicherebbe soltanto ai dipendenti di strutture pubbliche.

Quando il paziente non è in grado di intendere e di volere, anche solo per incapacità transeunte dovuta ad un trauma, si deve escludere qualsiasi rilevanza al consenso presunto, dato che «la libertà del soggetto, la sua personalità, la signoria che egli afferma con il consenso (reale) che l'ordinamento riconosce e tutela non si ritrovano per nulla nel consenso presunto»[406], senza considerare che la ricerca della volontà presunta del paziente dovrebbe essere ricostruita tramite una sorta di istruttoria da parte del medico e con le informazioni fornite dai prossimi congiunti che non hanno veste legale alcuna.

In presenza di un rappresentante legale sarà questo a dare il consenso al trattamento da praticare, ma non in base non alle sue convinzioni bensì a quelle del rappresentato e perseguendo sempre il suo *best interest*. In questa scelta, il rappresentante legale e il medico dovranno coinvolgere il paziente incapace, adeguando la comunicazione alla sua condizione. Stesso coinvolgimento dovrà essere riservato al minore, la cui incisività sul trattamento da praticare è variabile a seconda dell'età, anche se non può mancare la volontà dell'esercente la potestà legale. Nel momento in cui si dovesse presentare un abuso di potestà, il medico dovrà adire l'organo giudiziario o agire *ex* art. 54 cod. pen.

La giurisprudenza, dal canto suo, non ha soltanto contribuito alla determinazione dei requisiti appena visti, ma ha affrontato anche il tema della rilevanza penale del trattamento medico arbitrario e della più generale questione sul fondamento di liceità dell'attività medica e sulla natura giuridica del consenso informato.

Nella sentenza "*Massimo*" del 1992, la Corte di Cassazione ha definito l'attività medica un'attività dal carattere illecito che può essere scriminata solo dal consenso informato del paziente, ricondotto quindi nell'alveo dell'art. 50 cod. pen. Un intervento medico senza il consenso, seppur

[406] M. Romano, *Commentario al codice penale*, Milano, 2004, p. 539.

terapeutico e a prescindere dall'esito, conduce alla punibilità del medico per lesioni personali, poiché egli ha causato un'alterazione anatomica con il taglio operatorio cagionando una malattia. Quando da questo evento deriva la morte del paziente, il medico risponde di omicidio preterintenzionale.

Questa ricostruzione è stata molto criticata per le conseguenze alle quali espone la classe medica ed è stata abbandonata dalla giurisprudenza successiva, non senza incertezze, con riferimento sia al carattere illecito dell'attività medica, sia alla natura giuridica del consenso informato sia, infine, alla qualificazione penale del trattamento medico arbitrario. Al di là dei casi di specie, la contestazione di questa ricostruzione è stata più forte nelle sentenze "*Barese*" e "*Volterrani*" che non nella sentenza "*Firenzani*", ma è solo con la sentenza a Sezioni Unite "*Giulini*" del 2009 che tale approdo interpretativo si esprime nella sua massima autorevolezza, in particolar modo con riferimento alla qualificazione penale del trattamento arbitrario. Infatti, la Corte pur considerando il trattamento arbitrario «*eo ipso* invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare»[407], nega tutela penale nelle ipotesi di esito fausto del trattamento, poiché i reati di lesioni personali e violenza privata non sarebbero configurabili per mancanza di fatto tipico, mentre nelle ipotesi di esito infausto un rimprovero penale è possibile solo per colpa impropria, rimanendo esclusa la punibilità di omicidio preterintenzionale nel caso di esito letale. La giurisprudenza di legittimità successiva ha sostanzialmente avallato l'orientamento espresso dalle SS. UU. a differenza di una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, che invece si sono mostrati critici soprattutto per la mancata riconducibilità nel paradigma delle lesioni personali del trattamento medico arbitrario con esito fausto.

L'esito fausto è definito dal Supremo Collegio come «un giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente,

[407] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 *cit.*, p. 325.

ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà direttamente o indirettamente espresse dal paziente»[408]. Il benefico effetto che il trattamento comporta sulla salute del paziente, bene protetto dalla norma di cui all'art. 582 cod. pen., non è riconducibile all'evento malattia necessario per l'integrazione del fatto tipico, poiché evento a questo contrario. La conclusione non tiene conto che curare una patologia e stare "in salute" possono essere per il paziente concetti distinti, in quanto è l'individuo il solo a poter indicare tra diverse opzioni quale corrisponda alla sua idea di salute. Inoltre sulla base della nozione di malattia accolta dalle SS. UU., ovvero come un processo patologico che determina una menomazione funzionale dell'organismo, localizzato o diffuso, permanente o temporaneo e non semplice alterazione anatomica, non si può escludere che le conseguenze di un trattamento medico possano integrare l'evento malattia di cui agli artt. 582 e 583 cod. pen. Escludere dalla nozione di malattia queste conseguenze solo perché strumentali per il miglioramento della salute del paziente è irragionevole, come lo è anche lo sterile saldo tra costi e benefici provenienti dal trattamento che le SS. UU. hanno indicato come criterio guida per la rilevanza penale del trattamento arbitrario, soprattutto perché sembra non tener conto che i "costi/benefici" possono essere per il paziente diversi da quelli previsti dal sanitario e dalla scienza medica.

Escludere, d'altro canto, il reato di lesioni personali per l'asserita insussistenza del dolo dato dall'atteggiamento psicologico del medico ispirato alla beneficialità, incompatibile con la volontà di causare una malattia, segnala una distorsione dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma di lesioni personali che non è il dolo specifico, bensì il dolo generico e comunque non tiene in considerazione che nel nostro ordinamento può

[408] Cass. 21 Gennaio 2009 n. 2437 *cit.*, p. 331.

esservi la configurabilità del dolo eventuale, secondo la teoria più accreditata dell'accettazione del rischio. Il sanitario che si rappresenta la mancanza del consenso, le possibili alterazioni funzionali anche solamente fisiologiche al trattamento ed accetta il rischio di causarle, può rispondere di lesioni personali volontarie.

Le SS. UU. hanno ammesso solo in caso di esito infausto una responsabilità penale, ma a titolo di colpa impropria *ex* art. 55 e 59 ult. co. cod. pen. L'applicazione di queste fattispecie non è esente da problematiche, la più importante delle quali è che esse sottendono una concezione del consenso informato come scriminante, aspetto criticato da tutti i commentatori della sentenza "*Giulini*" per la palese contraddizione della stessa sulla natura del consenso.

La morte del paziente può essere imputata a titolo di colpa impropria, con tutte le complicazioni di questo tipo di colpa, oppure anche a titolo di dolo eventuale, sebbene un medico che accetti il rischio di causare la morte del proprio paziente rimanga un'ipotesi rara. È invece da escludere *in toto* la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale in quanto, sebbene il fatto tipico possa dirsi sussistente, viene meno l'elemento soggettivo riguardo al fatto-base, ovvero il dolo specifico nel cagionare la malattia e la colpa per la causazione dell'evento ulteriore-morte: ricordiamo che il trattamento medico arbitrario sottende un completo rispetto della *lex artis*.

Una parte della dottrina afferma che il trattamento medico può integrare solo i delitti di violenza privata *ex* art. 610 cod. pen. e/o di stato di incapacità procurato mediante violenza *ex* art. 613 cod. pen.

Tuttavia, entrambi i reati non sarebbero sempre configurabili. Per quanto riguarda la violenza privata, essa necessita per la sua configurabilità non solo la differenza tra mezzo di coazione ed evento coartato, che manca nel trattamento medico arbitrario, ma soprattutto di una costrizione sul

soggetto passivo che si rinviene solo in presenza di un dissenso reale che non sempre da parte del paziente è esplicitato.

Il delitto di stato di incapacità procurato mediante violenza sarebbe applicabile solo ai trattamenti mancanti del consenso in radice e non all'ipotesi di trattamento arbitrario divergente, ovvero di trattamento più invasivo rispetto a quello acconsentito, perché il fatto tipico del reato *de quo* necessita dell'assenza del consenso.

La problematica riconducibilità del trattamento medico arbitrario alle fattispecie penali esistenti, porta a ritenere necessario un intervento del legislatore con l'introduzione di una norma *ad hoc*, come è accaduto negli ordinamenti portoghese e austriaco. Tuttavia la creazione di una fattispecie penale è tutt'altro che semplice, posto che non soltanto si dovrà individuare il bene giuridico leso dal trattamento arbitrario, ma si dovrà chiarire anche la natura giuridica del consenso, i requisiti affinché questo possa dirsi valido, nonché chiarire il fondamento di liceità dell'attività medico chirurgica, argomenti invece oggetto di numerose sentenze ed opere dottrinarie nel silenzio del legislatore.

D'altra parte si può anche mantenere questo stato di cose, a patto di essere consapevoli delle conseguenze che questa passività comporta, ovvero di oscillare in una costante incertezza da un estremo all'altro: da un trattamento medico arbitrario penalmente irrilevante, tutelabile solo attraverso il (consolidato) risarcimento dei danni da perdita di *chances*, per non aver potuto decidere diversamente, fino ad arrivare al rischio di applicare una norma di creazione giudiziaria per la risoluzione dei casi più problematici. Rischio che si palesa come conseguenza dell'affidamento al giudice penale del compito di ricondurre il trattamento medico arbitrario in una delle norme incriminatrici esistenti, dal momento che nessuna di queste pare ricomprendere tutti gli estremi che caratterizzano questo fatto.

Bibliografia

ABBAGNANO TRIONE A., *Considerazioni sul consenso del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 316.

ANTOLISEI F., *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Milano, 2003.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale - Parte speciale*, vol. I, Milano, 2008.

AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, Milano, 1981.

AZZALI G., *Trattamento sanitario e consenso informato*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 927.

BAIMA BALLONE P. - ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975.

BARBUTO G., *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 333.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

BARNI M., *L'amministratore di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2005, p. 181.

BASILE F., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, G. Marinucci - E. Dolcini (a cura di), Padova, 2015.

BENINCASA M., *Liceità e fondamento dell'attività medico chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1980, p. 720.

BETTIOL G., *Diritto penale - Parte generale*, Padova, 1973.

BILANCETTI M. - BILANCETTI F., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2012.

BILANCETTI M. - BILANCETTI F., *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. 949.

BISACCI M. C., *Sulla tutela del diritto del paziente ad essere informato*, in *Giust. Pen.*, 1999, p. 212.

BLAIOTTA R., *I profili penali della relazione terapeutica*, in *Cass. Pen.,* 2005, p. 3603.

BONACCORSI F., *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro*, in *Danno e Resp.*, 2008, p. 432.

BOSCARELLI A., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955.

BOSCARELLI A., voce *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Milano, 1990, p. 4.

BRAMANTE G., *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *Ind. Pen.*, 1995, p. 733.

BRESCIANI D., *I delitti contro la libertà morale*, in *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), vol. IX, 2011, Torino, p. 293.

BRICOLA F. - ZAGREBELSKY V., *Codice Penale - Parte generale*, Torino, 1996.

BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Scritti di diritto penale*, S. Canestrari - A. Melchionda (a cura di), Vol. I, Milano, 1997.

BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25 co. 2 e 3 Cost. rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.*, 1980, p. 179.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, Torino, 1974.

BRIGNONE G., *Autodeterminazione e informazione, salute e consenso informato: tra strumenti normativi e prassi giurisprudenziali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, disponibile tramite il sito www.penalecontemporaneo.it

BUSNELLI F., *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e Resp.*, 2003, p. 827.

CADOPPI A. - CANESTRARI S. - MANNA A. - PAPA M., *Trattato di diritto penale*, Vol. I, Torino, 2011.

CADOPPI A. - ZANOTTI M., *Il reato omissivo improprio*, in *Introduzione al sistema penale*, Tomo II, G. Insolena - N. Mazzacuva - M. Paverini - M. Zanotti (a cura di), Torino, 2012.

CADOPPI A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale - Parte Generale*, Vol. II, A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M Papa (a cura di), Torino, 2012.

CAGLI S., *Preterintezione e principio di colpevolezza*, in *Ind. Pen.*, 1999, p. 531.

CAIANI L., voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 348.

CALCAGNO N., *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di «chances» e nesso causale*, in *Danno e Resp.*, 2009, p. 155.

CANEPA G., *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. It. Med. Leg.* 1983, p. 24.

CANESTRARI S., *La definizione legale del dolo: il problema del dolo eventualis*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 906.

CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 763.

CANESTRARI S., *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Dei delitti contro la vita*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, A. Manna, Torino, 2011.

CANESTRARI S., voce *Preterintenzione*, in *Dig.*, vol. IX, Torino, 1993, p. 696.

CASABURI G., *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari salvavita*, in *Foro It.*, 2009, I, p. 36.

CASALI P., *L'informazione per una decisione clinica razionale*, in *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, A. Santosuosso (a cura di), Milano, 1992.

CAVALLO V., *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939.

CHINDEMI D., *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Roma, 2009.

COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 Dicembre 2001.

COMOGLIO P. L., *Consenso informato e profili di responsabilità nelle donazioni di sangue*, in *Foro It.*, 1992, V, p. 368.

CORNACCHIA L., *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, p. 419.

CRESPI A., voce *Medico chirurgo*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1993 p. 25.

CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 1807.

CUPELLI C., *La responsabilità penale dello psichiatra*, Napoli, 2013.

CUPELLI C., *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 2940.

D'ARRIGO C. M., voce *Salute* in *Enc. Dir.*, Milano, 2001, p. 1009.

DE CAPRIO L. - PRODROMO R. - RICCI P. - DI PALMA A. - BOVE A., *Consenso informato e decadimento cognitivo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, p. 904.

DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 5013.

DE PIETRO O., *Il consenso dell'avente diritto e il consenso del paziente*, Napoli, 1988.

DEL CORSO S., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, p. 542.

DI GIOVINE O., *Artt. 589-590, Omicidio colposo e lesioni colpose*, in *Reati contro la persona*, A. Manna (a cura di), Torino, 2007.

DI MAJO A., *La responsabilità da violazione del consenso informato*; presente anche in *Danno e Resp.*, 2010, p. 685.

DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Milano, 2012.

DONATELLI P., voce *Paternalismo*, in *Dizionario di Bioetica*, E. Lecaldano (a cura di), Roma, 2002, p. 212.

EMANUEL E. - EMANUEL L., *Four models of the physician-patient relantionship*, Jama, 1992, disponibile sul sito jama.jamanetwork.com.

EUSEBI L., *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, p. 1227.

EUSEBI L., *Il diritto penale di fronte alla* malattia, in *La tutela penale della persona*, L. Fioravanti (a cura di), Milano, 2001.

EUSEBI L., *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, p. 1085.

EUSEBI L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995, p. 727.

EUSEBI L., *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, p. 426.

FARANDA C., *L'eccesso colposo. Errore di giudizio ed errori modali nell'art. 55 cod. pen.*, Milano, 1984.

FASSONE E., *Sciopero della fame, autodeterminazione e libertà personale*, ivi, p. 335.

FERRANDO G., *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam. e dir.*, 2009, p.283.

FERRANDO G., *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. Dir.*, 1999, p. 149.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale - Parte generale*, Bologna, 2013.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale - Parte speciale*, vol. II, Bologna, 2013.

FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 374.

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro It.*, 2009, p. 306.

FIANDACA G., *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: una prima lettura della sentenza 364/88*, in *Foro It.*, 1988, I, p. 1385.
FIANDACA G., *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro It.*, 1983, p. 238.
FIORE C. - FIORE S., *Diritto Penale - Parte Generale*, Padova, 2013.
FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.
FIORI A. - MARCHETTI D., *L'art. 3 della legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, p. 571.
FIORI A. - MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 2009.
FIORI A., *Il concetto di malattia in sede penale: riconsiderazioni della Cassazione penale e considerazioni medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2009, p. 519.
FIORI A., *La medicina legale difensiva*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, p. 899.
FIORI A., *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1982, p. 542.
FORTE G., *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, p. 228.
FROSALI A. R., *Sistema penale italiano*, Torino, 1958.
GALANTI A., *Liceità dell'attività medico-chirurgica: alla ricerca di un fondamento normativo*, in *Riv. Pen.,* 2008 p. 1462.
GALIANI T., voce *Lesioni personali e percosse*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 140.
GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1967.
GALLO M., *Ratio e struttura nel dolo eventuale*, in *Critica dir.*, 1999, p. 411.
GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.
GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione complicata*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, p. 86.
GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 376.
GIUNTA F., *Violenza privata*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 465.
GORGONI M., *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2010, p. 1014.
GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.
GREGORI G., *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969.

GRISPIGNI F., *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1914, p. 473.
GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 2010.
GROSSO C. F., voce *Preterintenzione*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, p. 4.
HORN E., *§ 223*, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Münich, 2003.
IADECOLA G. - BONA M., *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano, 2009, p. 157.
IADECOLA G. - FIORI A. *Mancata trasfusione di sangue in emofiliaco Testimone di Geova. Negato consenso della moglie e di altro familiare. Assenza di rapporto causale per irreversibilità dello shock emorragico. Assenza di obbligo da parte del medico di praticare l'emotrasfusione in mancanza di consenso*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, p. 312.
IADECOLA G. - FIORI A., *Stato di necessità, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto «diritto di morire», criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, p. 302.
IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 757.
IADECOLA G., *In tema di rilevanza penale del trattamento medico chirurgico eseguito in assenza del consenso del paziente*, in *Giust. Pen.*, 1991, p. 163.
IADECOLA G., *La Cassazione si pronuncia sul caso "Englaro": la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, entrambe in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, p. 599.
IADECOLA G., *Note critiche in tema di "testamento biologico"*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 473.
IADECOLA G., *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998.
IADECOLA G., *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente,* in *Cass. Pen.*, 2002, p. 530.
IADECOLA G., *Una «vexata quaestio» ancora attuale: l'individuazione dell'esatto significato giuridico di «malattia» quale evento naturalistico di lesioni personali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, p. 181.
INTRONA F., *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980, p. 13.
INTRONA F., *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, p. 904.

LEONCINI I., *I reati contro la vita*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, A. Fiorella (a cura di), Torino, 2013.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

LEONCINI I., *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, in *Medicina e diritto penale*, S. Canestrari - F. Giunta - R. Guerrini - T. Padovani (a cura di), Pisa, 2009.

LIGNOLA P., *I limiti giuridico-penali dell'attività medico chirurgica*, in *Giust. Pen.*, 1960, p. 87.

LONGO P., *Responsabilità medica e consenso informato in Germania e in Italia*, in *Dir. Econom. Assicur.,* 1997, p. 261.

LORETO A., *Confini di liceità del trattamento sanitario e delitti contro la persona*, p. 85 ss., in *Casi e materiali di diritto penale*, A. Cadoppi - S. Canestrari (a cura di), Milano, 2003.

LOZZI G., *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 263.

LUCIANI M., voce *Salute*, in *Enc. Giur.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 9.

MAGLIO M. G. - GIANNELLI F., *Sui rapporti tra l'omicidio preterintenzionale ed alcuni reati omissivi proprii*, in *Riv. Pen.*, 1997, p. 545.

MAGNINI F., *Considerazioni sull'aspetto soggettivo del delitto preterintenzionale*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 973.

MAGRO M. B., *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.

MALLARDI V., *Origine del consenso informato*, in *Acta Otorhinolaryngol. It.*, 2005, p. 320.

MANNA A., *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2013, p. 91.

MANNA A., *L'analogia nel diritto penale*, in *Trattato di diritto penale – Parte generale*, A. Cadoppi - S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di) I, 2012.

MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014.

MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico* chirurgico, Milano, 1984, p. 25.

MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 370.

MANNA A., voce *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, vol. XLIV, p. 1280.

MANNI E. - BONITO V., *I moduli per il consenso informato: una lettura critica*, in *Bioetica. Riv. Interdisciplinare*, 1995, p. 62.

MANTOVANI F., *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 58.

MANTOVANI F., *Diritto Penale - Parte generale*, Padova, 2013.

MANTOVANI F., *Diritto Penale - Parte speciale*, vol. I, Padova, 2013.

MANTOVANI F., *I requisiti di validità del testamento biologico*, in *Iustitia*, 2012, p. 293.

MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974.

MANTOVANI F., *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2000, p. 9.

MANTOVANI F., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2009, p. 536.

MANTOVANI F., *L'equiparazione del non impedire l'evento al cagionare*, in *Arch. Pen.*, 1982, p. 45.

MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 339.

MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, 1993, p. 951.

MARINI G. - LA MONACA M. - MAZZA L., *Commentario al codice penale*, Torino, 2002.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2014.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Codice penale commentato*, Milano, 2011.

MARRA G., *La mancanza di un valido consenso del paziente al trattamento chirurgico non può trasformare la colpa del medico in dolo*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 767.

MARRA G., *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1953.

MARZANO F., *Trattamento sanitario in assenza del consenso informato: rilevanza del mancato consenso o dell'esplicito dissenso?*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1841,

MASERA L., *I delitti contro l'integrità fisica*, in *Reati contro la persona*, F. Viganò - C. Piergallini (a cura di), Torino, 2015, p. 107.

MASSA T., *Il consenso informato: luci ed ombre*, in *Quest. Giust*, 1997, p. 407.

MAYER H., *Das Strafrecht des deutschen Volks*, Stuttgart, 1936, p. 170.

MEAD N. - BOWER P., *Patient-centredness: a conceptual framework and review of the empirical literature*, in *Social Science and Medicine*, 2000, p. 1087.

MELILLO G., *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 63.

MEZZETTI P., voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 264.

MICHELETTI D., *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2007, p. 172.

MILLER B., *Encyclopedia of Bioethics*, W.T. Reich (a cura di), Macmillan Publishing Company, 1995.

MINNELLA M., voce *Violenza privata*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXII, Milano, 1992, p. 792.

MODUGNO F., *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. Società*, 1982, p. 314.

MONACO L., *Art. 610 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, A. Crespi - G. Forti - G. Zuccalà (a cura di), Padova, 2008, p. 1709.

MONTICELLI L., *Eutanasia, diritto penale e principio di* legalità, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 463.

MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2012.

MORSELLI A., *Analogia e fattispecie penale*, in *Ind. Pen.*, 1990, p. 505.

NANNINI U. G., *Il consenso al trattamento medico, presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989.

NAVARETTA E., *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro It.*, 2003, I, p. 2284.

NAVARETTA E., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in E. Navaretta (a cura di), *I danni non patrimoniale. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2005.

NICOSIA E., *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*, in *Foro It.*, II, 2009, p. 348.

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972.

NUVOLONE P., *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Giust. Pen.*, 1949, p. 803.

ONIDA V., *Dignità della persona e diritto di essere malato*, in *Quest. Giust.*, 1982, p. 370.

PADOVANI T., *Dolo e coscienza dell'offesa agli adii?*, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 526.

PAGLIARO A., *Il reato*, Milano, 2007, p. 262.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale-Parte generale*, Milano, 2003.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2013.

PALAZZO F., *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988, p. 935.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza e tassatività nel diritto penale*, Padova, 1979.

PALAZZO F., *Legge penale*, in *Dig,*, vol. VII, Padova, 1994, p. 343.

PALAZZO F., *Responsabilità medica, disagio professionale e riforme penali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 1062.

PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000.

PALIERO C. E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, p. 821.

PALIERO V. - RANDAZZO F. - DANESINO P. - BUZZI F., *"Causa e mezzi" della medicina difensiva: riflessioni medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, p. 23.

PASSACANTANDO G., *Problematiche in tema di consenso informato e responsabilità penale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2005, p. 236.

PELLEGRINO G., *Il rifiuto delle trasfusioni da parte dei Testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, in *Giur. It.*, 2009, p. 1114.

PELLISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 462.

PELLISSERO M., *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 372.

PESANTE M., voce *Corpo Umano (Atti di disposizione)*, in *Enc. Dir.*, vol. X, 1992, p. 633.

PETROCELLI B., *La illiceità penale della violenza sportiva-Contributo alla teoria generale delle cause di esclusione della illiceità penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952.

PIETRA G., *Trattamento medico-chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*, in *Dir Pen. Proc.*, 2009, p. 70.

PIFFER G., *art. 613 cod. pen.*, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini - G. Marinucci (a cura di), Milano, 2011, p. 5947.

PIRAS P., *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1963.

PORTIGLIATTI BARBOS M., *Diritto a morire*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 31.

PORTIGLIATTI BARBOS M., *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione giuridica?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 894.

PROSDOCIMI S., voce *Reato Doloso*, in *Dig.*, vol. XI, Torino, 1993, p. 235.

PUCCELLA R., *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010.

PULITANO' D., *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, p. 1197.

PULITANO' D., *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, ivi, p. 342.

RAMACCI F. - RIZ R. - BARNI M., *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1983, p. 848.

RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2007.

RAMACCI F., *I delitti di omicidio* Torino, 2008.

REGINA A., *L'omicidio preterintenzionale (Una rilettura dell'art. 584 c.p.)*, in *Ind. Pen.*, 1991, p. 517.

RESCIGNO G. U., *Dal diritti di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno la propria vita*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, p. 88.

RIZ R, voce *Medico*, in *Enc. Giur.*, Milano, 1992, vol. XIX, p. 950.

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

RIZ R., *Lineamenti di diritto penale - Parte generale*, Padova, 2001.

ROIATI A., *La somministrazione di farmaci in via sperimentale tra consenso informato ed imputazione colposa* dell'evento, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2581.

ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e pressi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004.

ROMBOLI R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *Foro It.*, 1991, I, p. 20.

ROXIN C., *Sul consenso in diritto penale*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998.

SANDOR G., *Obbligo di informazione medica e diritto penale*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 529.

SANTACROCE G., *Trasfusioni di sangue, somministrazione di emoderivati e consenso informato del paziente*, in *Gius. Pen.*, 1997, p. 115.

SARTEA C. - LA MONACA G., *Lo stato vegetativo tra norme costituzionale e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, p. 583.

SBORRA E., *La posizione di garanzia del medico*, S. Canestrari - G. Giunta - R. Guerrini - T. Padovani (a cura di), Torino, 2009.

SCHMIDT E., *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939.

SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 671.

SENSINI L., *In tema di consenso al trattamento medico chirurgico*, in *Zacchia*, 1971, p. 205.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento*, Padova, 1975, p. 187.

SIEGLER M., *From physician paternalism to patient automy to bureacucratic parsimony*, in *Arch. Inter. Med.*, 1985, p. 713.

SIMEOLI D., *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giur. Civ.*, 2008, p. 1729.

SIMONE R., *Consenso informato e onere della prova*, nonché in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1013.

SIRACUSANO P., voce *Eccesso colposo*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 180.

SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1955.

STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1984, p. 1018.

STORTONI L., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. Pen.*, 2000, p. 480.

TASSI S., *Il dolo*, Padova, 1992.

TASSINARI D., *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in *La gestione del rischio in medicina: profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, S. Canestrari - M. P. Fantini (a cura di), Milano, 2006.

TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.

TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2014.

TURRI A., *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Quest. Giust.*, 2000, p. 1097.

VALLINI A., *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, p. 185.

VALLINI A., *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo* de iure condendo, in *Riv. It. Med. Leg.* 2013, p.10.

VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, p. 68 ss... *cit.*, p. 73.

VANNINI O., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Milano, 1958.

VASSALLI A., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig.*, vol. VIII, Torino, 1994.

VASSALLI A., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1990, p. 607.

VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. Pen.*, 1973, p. 100.

VASSALLI G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, p. 3.

VENCHIARUTTI A., *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in *I diritti in medicina*, L. Lento - P. Zatti (a cura di), Milano, 2011.

VENEZIANI P., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium Iuris*, 2001, p. 1053.

VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità altrui*, Padova, 2009.

VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, 2003.

VERCESI L. - STEFANO A., *La medicina difensiva nell'ambito del "risk management"*, in *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico legali*, P. Mariotti - R. Carminiti (a cura di), Milano, 2011.

VIGANO' F., *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, Relazione all'incontro di studi organizzato dal CSM su "*Autodeterminazione, diritto alla vita, eutanasia e tutela prenatale*", Agrigento, 23 Settembre 2007, disponibile su www.csm.it

VIGANO' F., *La tutela penale della libertà individuale*, Milano, 2002.

VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1803.

VIGANO' F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 181.

VIGANO' F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000.

VIGNALI C., *La tutela della salute del minore*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2005, p. 1421.

VINCENZI AMATO D., *Commento all'art. 32 c.2*, in *Commentario della Costituzione*, C. Branca (a cura di), Bologna, 1975.

VISCONTI C., *Determinatezza della fattispecie e bilanciamento degli interessi*, in *Foro It.*, 1995 p. 2773.

VITI M., *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1023.

WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1956.

WELZEL H., *Studien zum System des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* , Vol. 58, 1938.

WÜNSCH S., *La tipizzazione dei "nuovi" danni non patrimoniali tra spunti giurisprudenziali e riscontri comparatistici*, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 949.

ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2000, p. 5.

ZENO ZENCOVICH V., *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, I, p. 297.