



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Francesco Di Paola

**La responsabilità penale nel trattamento
sanitario terapeutico/diagnostico arbitrario:
le ragioni della tipicità**

Numero Speciale Anno 2022

Ombre del diritto

(a cura di F. Mancuso e V. Giordano)

Materiali dai seminari del PRIN 2017

‘The Dark Side of Law’

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider Aruba S.p.A
Piazza Garibaldi, 8
52010 Soci AR
Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482
P.I 01573850616 – C.F. 04552920482.

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

I saggi che compongono questo numero speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.

In Redazione per questo numero speciale: M. Luciano (Univ. Salerno), P. Pasquino (Univ. Salerno).

La responsabilità penale nel trattamento sanitario terapeutico/diagnostico arbitrario: le ragioni della tipicità

SOMMARIO: 1. Il ruolo del consenso informato *ex art. 32*, comma 2, Cost. nell'alleanza terapeutico/diagnostica tra medico e paziente competenti. Alle origini di un'arbitrarietà penalmente rilevante – 2. Il problema: ontologismo e normativismo del consenso informato alla prova della tipicità penale. Oltre gli artt. 610 e 572 cod. pen. – 3. Libertà di autodeterminazione e consenso informato tra vuoti criminogeni di tutela e ragioni di politica criminale – 4. Consenso informato e democrazia penale: il fondamento di una ricerca nella ricerca.

1. Il ruolo del consenso informato ex art. 32, comma 2, Cost. nell'alleanza terapeutico/diagnostica tra medico e paziente competenti. Alle origini di un'arbitrarietà penalmente rilevante

L'accertamento della responsabilità penale del sanitario nel trattamento medico terapeutico/diagnostico arbitrario¹ costituisce un campo di indagine sul quale si sono formati, e talora scontrati, numerosi e diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che, per come emergenti in un tale procedimento di verifica, hanno avuto come

¹ In merito alla distinzione tra trattamenti sanitari arbitrari 'coatti' e 'divergenti' si rinvia alle suggestive pagine di L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 416 ss., dove l'A. qualifica il «trattamento arbitrario» come quello praticato nonostante l'esplicito dissenso del paziente, contro la sua volontà, direttamente o indirettamente manifestata, mentre il «trattamento divergente» andrebbe riferito a quello difforme rispetto a quanto espressamente consentito dal paziente previamente informato (consenso prestato per un trattamento diverso), quindi in assenza di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, per mutamento del tipo di intervento rispetto a quello concordato (L. CORNACCHIA, *Trattamenti*, cit.).

obiettivo principale quello di offrire una necessaria soluzione ad alcuni spinosi problemi relativi alla rinnovata qualificazione dommatica di istituti tradizionali². Tra le questioni più rilevanti, infatti, come non comprendere quelle relative: alla verifica del nesso di causalità, soprattutto con riferimento alle ipotesi di causalità omissiva³ ovvero al problema del trattamento terapeutico eseguito in assenza di dissenso del paziente, in particolare nel caso di esito fausto ovvero infausto da intervento medico-chirurgico⁴.

Si tratta, a ben vedere, di questioni che, da sempre, seppur con diverse modalità di manifestazione, consentono di ribadire l'importanza del ruolo del medico nell'ambito del rapporto con il paziente ribadendo, conseguentemente, l'esigenza di punire i comportamenti del primo che, arbitrariamente, avessero comportato un danno alla vita o all'integrità fisica del secondo, perché posti in essere fuori dai canoni razionali di quell'alleanza terapeutico/diagnostica relazionalmente disciplinata dall'art. 32, comma 2, Cost.⁵

Infatti, non ostante la progressiva civilizzazione abbia, fortunatamente, comportato il superamento delle pene corporali – si pensi alla c.d. 'legge del taglione' applicata nel Codice di Hammurabi – non è, però, venuta meno l'istanza punitiva da parte di pazienti che, subendo un danno a causa di comportamenti paternalistici, hanno incrementato negli ultimi decenni un'incessante estensione di processi che, a loro volta, hanno progressivamente visto i medici al banco degli imputati. In tali contesti, non si è mancato di porre in risalto una serie di problematiche connesse, da un lato, all'efficacia del sistema e del

² Per una esaustiva rassegna delle posizioni qui richiamate cfr. per tutti da ultimo F. BASILE, P.F. POLI, *La responsabilità per "colpa medica" a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in www.sistemapenale.it, 17 maggio 2022, 1 ss.

³ La celebre sentenza Franzese - Cass. SS.UU. 10 luglio 2002-11 settembre 2002, n. 30328 in *CED*, 22213 - riguardava proprio, come è noto, un caso di responsabilità medica.

⁴ Sul punto, v. Cass. SS.UU. 18 dicembre 2008 - 21 gennaio 2009, n. 2437, in *CED*, 241752.

⁵ Sul punto cfr. per tutti S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, *passim*.

processo penale rispetto alle istanze di tutela provenienti dai soggetti danneggiati dal reato e, dall'altro, alla tenuta delle tradizionali categorie dommatiche di imputazione del fatto criminoso dinnanzi alle peculiarità dell'attività medica⁶.

Ed è proprio tale attività che, in verità, sotto il profilo terapeutico/diagnostico ha finito per evidenziare una serie di questioni le quali, investendo effetti anche in ambito penale, pure hanno alimentato il manifestarsi di un articolato dibattito su numerose e suggestive problematiche⁷. Non vi è chi non veda, infatti, come la

⁶ Cfr. A. PALMA, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Ferrara, 2016, XIII ss.

⁷ La bibliografia sul tema è amplissima; senza pretesa di esaustività, possono ricordarsi, tra i volumi collettanei, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, a cura di S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo, Torino, 2003, *passim*; *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di L. Stortoni, Trento, 1992, *passim*; tra i contributi più significativi, in particolare, cfr. F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano, 1997, 2801 s. (originariamente in *Vivere cit.*, 211 s.); S.CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari e G. Fornasari, Bologna, 2001, 99 s.; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Torino, 2006, 116 s.; S. CANESTRARI, *Delitti contro la vita*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di S. Canestrari, A. Gamberini, G. Insolera, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, Milano, 2006, 347 s.; L. CORNACCHIA, *Eutanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, 385 s.; L. CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l'eutanasia*, in *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, a cura di G. Zanetti, Roma 2003, 195 s.; L. CORNACCHIA, *Vittima ed eutanasia*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro e C. Piemontese, Torino, 2004, 97 s.; L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, 508 s.; L. EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in *La tutela penale della persona*, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001, 119 s.; G.FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 35 s.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1997, 74 s.; F. GIUNTA, *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 403 s.; F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, 553 s.; M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382 s.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, *passim*; A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati*

contro la persona, a cura di A. Manna, Torino, 2007, 51 s.; F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 448 s.; F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, 423 s.; F. MANTOVANI, *Delitti contro la persona*, Padova 2005, 70 s.; F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 57 s.; M. PORTIGLIATI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, 1 ss.; M. PORTIGLIATI BARBOS, voce *Diritto di rifiutare le cure*, *ivi*, 22 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, 260 s.; L. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, II, Milano, 1991, 215 s.; L. RAMACCI, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, II, Milano, 2006, 1707 s.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 s.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1007 s.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *La tutela cit.*, 142; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, *passim*; C. TRIPODINA, voce *Eutanasia*, *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, III, Milano, 2006, 2369 s.; 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, 185 s.; A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, 539 s.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, *passim*; con specifico riferimento al caso Welby: M. AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 313 s.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.* 2007, 902 s.; G. GILARDI, *La difficile vita e la morte dignitosa di Piergiorgio Welby*, in *Questione giustizia*, 2006, 1117; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del "caso Welby"*, in *Giur. di Merito*, 2007, 1002 s.; A. LAMORGESE, *Ancora sul "caso Welby" (ovvero i ritardi della giurisprudenza nel riconoscimento dei diritti della persona)*, in *Questione giustizia*, 2007, 327 s.; E. MUSCO, *Una riaffermazione di un "diritto giusto"*, in *Riv. pen.*, 2007, 550; A. SANTOSUOSSO, *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 2007, 28 s.; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* *Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 s.; F. VIGANÒ, *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, in www.csm.it, *passim*; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, Relazione al convegno "*Eu-thanatos, accanimento terapeutico, tutela dei diritti umani fondamentali*", Università Milano Bicocca, 23 maggio 2007, in www.penalebicocca.it, *passim*; A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 355 s.; A. GUAZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, *ivi*, 357 s.; G.M. SALERNO, *L'apertura al testamento biologico non cancella i problemi applicativi*, in *Guida dir.*, 2007, 43, 42 s.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561 ss.; A.

condotta del medico, sebbene solitamente sia contrassegnata da una chiara finalità terapeutica, è destinata pur sempre a provocare, almeno nell'immediato, una conseguente forma di alterazione anatomica o funzionale dell'organismo da cui, in assenza di un adeguato approccio 'relazionale' con il paziente, può residuare per il medico una responsabilità penale per trattamento terapeutico/diagnostico arbitrario⁸.

Ed ecco perché, nella tutela del diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo, il consenso informato⁹ è stato chiamato a svolgere, proprio per quanto appena sopra rilevato, un ruolo fondamentale nell'ambito di un rapporto medico-paziente competenti in cui, negli ultimi decenni, il percorso ermeneutico svolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina nell'alveo di una dimensione relazionale sanitaria si è concentrato sulla necessità, soprattutto, di acquisizione di una qualificata, condivisa e consapevole scelta terapeutico-diagnostica all'interno di un processo decisionale in cui paternalismo e liberalismo vengono razionalmente orientati a Costituzione¹⁰. Infatti, nel nostro ordinamento, esclusi i trattamenti sanitari obbligatori e i casi in cui sia

VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1, 68 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, *passim*.

⁸ Si pensi ad esempio all'intervento chirurgico che implica obbligatoriamente un'incisione operatoria, ma anche ad un'attività diagnostica di tipo invasivo o di somministrazione di farmaci con possibili effetti collaterali, cfr. V. NIZZA, *Attività medico-chirurgica*, in www.ilpenalista.it, 2021, 1 ss.

⁹ Così F. D'ABRAMO, *Il consenso informato in ambito terapeutico*, Roma, 2017, 50 dove l'A. sostiene che in ambito terapeutico, il termine più appropriato si rivelerebbe essere quello di decisione informata, mentre il termine consenso informato permarrebbe in ambito di ricerca medica, in cui il soggetto non decide insieme ai ricercatori tra diverse alternative possibili, ma si limita effettivamente a dare il suo consenso a partecipare o a uscire dallo studio.

¹⁰ Per una compiuta ricognizione del dibattito sui confini tra paternalismo e libertarismo costituzionale, così come razionalmente filtrati nella dialettica tra solidarismo e personalismo normativo superiore cfr. da ultimo A. SPADARO, *I due volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in *Pol. dir.*, 2014, III, *passim* e spec. 429 s.

necessario intervenire d'urgenza¹¹, nessun trattamento sanitario può essere compiuto in mancanza del c.d. consenso informato del paziente.

Del resto, ed a ben vedere, un significativo avallo di quanto appena sopra sostenuto si rinviene nell'interpretazione che, in alcune autorevoli pronunce, la Corte costituzionale¹² riferisce alla natura dei contenuti dell'art. 32 Cost. dai quali discende, con chiarezza, che «l'individuo può rifiutare trattamenti medici, e che la sua volontà consapevole deve essere rispettata anche quando il rifiuto riguardi terapie salvavita, e tutto ciò vale non solo nel rapporto tra Stato e cittadini, ma anche tra privati ovvero tra il paziente ed il "suo" medico, che dovrà attenersi alla volontà del malato come regola generale»¹³.

Ed è proprio su tali basi, allora, che il paziente, perché possa decidere liberamente nonché consapevolmente se sottoporsi o no ad un trattamento sanitario propostogli, tanto che si tratti di intervento o che si tratti di terapia, deve prima di tutto essere informato dal medico, come persona assistita, sia delle modalità di realizzazione dell'intervento stesso, sia in merito ai benefici e agli effetti collaterali, ai rischi ragionevolmente prevedibili, nonché alle eventuali alternative terapeutiche allo stato esistenti. Pertanto, a tal proposito, neppure

¹¹ A tal proposito, è possibile ora fare riferimento alla l. 22 dicembre 2017, n. 219 che all'art. 1, comma 7, prevede: «Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le condizioni cliniche e le circostanze lo consentono di recepirla». Si può ritenere, pertanto, che la non punibilità dell'atto medico sia da ricondurre non più alla scriminante di cui all'art. 54 cod. pen., ma all'adempimento del dovere di cui all'art. 51 cod. pen., con evidenti effetti sia per il paziente, in quanto il personale sanitario 'deve' intervenire e non è più facoltizzato in ragione della operatività dello stato di necessità *ex* art. 54 cod. pen., sia per il personale sanitario, in quanto si evita per essi il rischio di richiesta di un indennizzo da parte del paziente, *ex* art. 2045 cod. civ., azionabile nei confronti di chi ha commesso il fatto situazione necessitata.

¹² Cfr., progressivamente, C. Cost., 9 giugno 1965, n. 45; 23 maggio 1985, n. 161; 22 ottobre 1990, n. 471; 9 giugno 1996, n. 238, per giungere alla sentenza 25 settembre 2019, n. 242.

¹³ Così, per tutti C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, V, 1817.

sembra superfluo precisare che la nozione di consenso informato consta conseguentemente di due elementi, collegati, ma concettualmente differenziati, l'informazione e il consenso. Infatti, solo in presenza di una propedeutica informazione finalizzata alla realizzazione della coscienza del paziente, una successiva diretta e valida espressione del consenso al trattamento medico terapeutico/diagnostico, alla luce del definitivo superamento di quel modello 'paternalistico di stampo ippocratico'¹⁴, può essere destinata a muoversi all'interno di un modello relazionale in cui, *ex art. 32, comma 2, Cost.*, il paziente non si affida più passivamente alle scelte del medico, quale unico decisore della strategia sanitaria, ma partecipa in modo competente alla realizzazione del suo miglior interesse e del suo bene.

Appare di tutta evidenza, dunque, come, proprio alla luce delle riflessioni appena sopra svolte, ed in un tale rinnovato contesto sistematico, acquisire il consenso di un paziente, che dev'essere sottoposto a un trattamento medico terapeutico/diagnostico, è un'operazione alquanto complessa, la quale coinvolge, in sequenza, una molteplicità di questioni. In particolare, allora, risulta necessario fare riferimento ai problemi inerenti alla delimitazione di ciò che diviene oggetto dell'assenso del paziente, all'individuazione delle condizioni che rendono valido il consenso dello stesso, alle modalità formali con le quali viene veicolata la volontà del paziente, nonché alle conseguenze di una 'procedura' di acquisizione di un consenso terapeutico/diagnostico che non si riveli viziato e, pertanto, fonte di responsabilità penale.

In un'ottica di incessante e crescente valorizzazione del consenso informato nella relazione terapeutica, pertanto, è proprio la 'procedura' rivolta alla sua acquisizione che deve essere intesa non come l'adempimento liberatorio di un onere burocratico¹⁵, quanto piuttosto

¹⁴ Per quanto pure osserva P. VIGANÒ, *Limiti e prospettive del consenso informato*, Milano, 2008, 39 ss.

¹⁵ Concretizzantesi in una formale firma di un modulo che, evocando la sottoscrizione di un contratto di assicurazione o di fornitura di servizi, finirebbe per

quale prova di un colloquio personale che, realmente avvenuto con le modalità e nei tempi necessari a promuovere un'efficace comunicazione tra medico e paziente, pone il sanitario nella condizione più adatta a suscitare una chiara comprensione delle alternative terapeutiche, dei rischi e dei benefici ad esse connessi, cercando al tempo stesso di comprendere la personalità del paziente competente, le sue convinzioni morali e le sue preferenze, allo scopo di agevolare la formazione di una volontà che va tenuta nella doverosa considerazione e razionalmente motivata rispetto alle decisioni da assumere nel miglior interesse dell'assistito¹⁶.

Ed è fondamentale in tutto ciò che si sostanzia quella nozione di alleanza terapeutica che contiene la completa individuazione di un'autodeterminazione deliberativa da parte di un paziente responsabilmente competente rispetto alle scelte inerenti alla propria salute con consapevole decisione assunta, dopo essere stato opportunamente ed esattamente informato, su se e quale percorso diagnostico-terapeutico intraprendere.

Sintomatiche e chiarificatrici, sul punto, sono le sentenze della Corte Costituzionale n. 471 del 22 ottobre 1990 e n. 438 del 15 dicembre del

manifestare l'attitudine «difensiva» del medico, soprattutto preoccupato di mettere il suo agire al riparo da eventuali responsabilità civili o penali, così S. RODOTÀ, *Il diritto*, cit., 277.

¹⁶ Con la Legge 22 dicembre 2017, n. 219 - *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*. (GU n.12 del 16-1-2018) si è previsto: l'oggetto dell'informazione, cioè diagnosi, prognosi, benefici, rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari, possibili alternative, conseguenze dell'eventuale rifiuto degli accertamenti e dei trattamenti (art. 1, comma 3, prima parte); il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, l'informazione (art. 1, comma 3, seconda parte); il diritto di indicare familiari o una persona di fiducia quali incaricati di ricevere le informazioni e di esprimere il consenso (art. 1, comma 3, seconda parte); l'inserimento del consenso informato nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico (art. 1, comma 4); la prestazione del consenso per minori e incapaci da parte dei rappresentanti legali, salvo comunque tenere conto della volontà dei primi, in relazione al grado di di maturità e capacità (art. 3).

2008¹⁷. La prima di esse, infatti, ha riconosciuto esplicitamente che la libertà di cui all'art. 13 della Costituzione comprende anche la libertà di ciascuno di disporre del proprio corpo, creando, così, uno stretto collegamento fra il diritto alla salute e quello alla libertà di autodeterminazione: in sostanza, la tutela della salute dev'essere bilanciata con la libertà personale dell'individuo, con la sua capacità di autodeterminarsi e di salvaguardare la propria integrità fisica e psichica; la seconda, poi, ha affermato che «il consenso informato riveste natura di principio fondamentale in materia di tutela della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». In entrambe le decisioni, a ben vedere, il riferimento all'art. 13 e l'esplicito richiamo al comma 2 dell'art. 32 Cost. evidenziano il rispetto dell'interessato a cui nessuna volontà esterna, fosse pure quella dell'intera comunità di una Nazione o dei suoi rappresentanti democraticamente eletti, può anche se unanimemente sostituirsi nelle scelte sulla propria salute¹⁸.

L'autodeterminazione terapeutica, e di conseguenza diagnostica, così come derivante dalle appena sopra citate sentenze della Consulta non deve, in ogni caso, far pensare ad una super individualizzazione, ad un isolamento della persona o ad un abbandono di ogni legame sociale nell'idea che ogni violazione di doveri di solidarietà apre a soluzioni interpretative che conducano alla statalizzazione della persona umana a scapito della sua libertà di autodeterminazione¹⁹. In esse, piuttosto, si vuole affermare esattamente il contrario ove si consideri il consenso, quale esplicitazione dell'autodeterminazione terapeutica, subordinato a una informazione il cui onere grava su una rete di soggetti che intessono una serie di rapporti con l'interessato ed ai quali esso ha diritto di abbeverarsi, ma non di uniformarsi, perché tutto risulta

¹⁷ C. Cost. 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.* 1991, 14 ss.; C. Cost. 15 dicembre 2008, n. 438, in www.biodiritto.org, 15 dicembre 2008 con nota di A. MARTANI.

¹⁸ Il richiamo è al principio per cui 'la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana', maggiori approfondimenti del dettato giurisprudenziale si rinvengono in S. RODOTÀ, *Il diritto*, cit., 256 s.

¹⁹ Cfr. A. SESSA, *Le giustificazioni*, cit., 69.

finalizzato a fornire l'informazione necessaria ad una decisione libera e consapevole di un paziente solo così competente.

2. Il problema: ontologismo e normativismo del consenso informato alla prova della tipicità penale. Oltre gli artt. 610 e 572 cod. pen.

Sulla base delle premesse sinora acquisite, dunque, risulta facile comprendere come il principio del consenso informato al trattamento sanitario terapeutico/diagnostico abbia costituito il cardine attorno al quale ha finito per ruotare, sul piano del diritto penale giurisprudenziale, l'impianto motivazionale della Sentenza delle Sezioni Unite Penali 21 gennaio 2009, n. 2437, 'Giulini'²⁰. Quest'ultima, in particolare, si è ispirata all'idea secondo la quale l'attività medico-chirurgica, pur se produttiva di un male transitorio e strumentale al conseguimento di un beneficio complessivo per la salute del paziente, non può essere assimilata ad alcuna delle attività illecite tipizzate dalle norme del codice penale²¹. E tutto ciò, a ben vedere, proprio in ragione di una intrinseca meritorietà sociale che, rendendo l'attività medica suscettibile *ex se* di una peculiare protezione e promozione da parte dell'ordinamento, trova il suo stesso fondamento nel consenso ovvero assenza di dissenso di un paziente adeguatamente informato, quale indefettibile presupposto di atipicità di una condotta che è destinata a trovare il suo completamento sistematico nelle ipotesi di non punibilità da stato di necessità o trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge ai sensi del comma 1 dell'art. 32 Cost.

In tal modo il consenso informato, che in ossequio agli artt. 2, 13 e 32 Cost. può arrivare a rappresentare un vero e proprio diritto della persona tanto da far considerare il paziente quale 'soggetto' del rapporto di cura e in quanto tale legittimato a confrontarsi con pari

²⁰ Si rinvia a A. VALSECCHI, *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2010, 1 ss.

²¹ Per una critica alla giurisprudenza maggioritaria vedi P. PIRAS, *L'atto medico senza il consenso del paziente. A dieci anni dalle sezioni unite e dopo la legge 219 del 2017*, in www.sistemapenale.it, 22 novembre 2019, 15 ss.

dignità sul trattamento ipotizzato dal terapeuta, giunge ad assumere un ruolo particolarmente significativo in termini di scriminante interna ovvero esterna alla tipicità penale²².

Con il superamento del rapporto medico paziente in chiave paternalistica²³, secondo cui al malato veniva lasciata unicamente la preferenza del medico a cui consegnarsi, dal momento che era quest'ultimo, in quanto titolare unico delle competenze tecnico-scientifiche, a delimitare in totale autonomia il percorso terapeutico da seguire, inclusivo dei corrispondenti costi-benefici per l'infermo, si è assistito progressivamente al mutamento sistematico di un tale quadro relazionale in cui la indisponibilità della persona umana, governata dalle garanzie costituzionali, ha rappresentato sempre più il perno sui cui fondare, nel dialogo tra medico e paziente competenti, il diritto fondamentale ad una autodeterminazione consapevole quale punto di approdo in termini di «fondamento giuridico primario dei poteri-doveri del medico»²⁴, laddove anche la presenza di una obbiettiva esigenza

²² Per gli opportuni approfondimenti cfr. A. SESSA, *Le giustificazioni*, cit., 305 ss.

²³ Circa il momento del superamento del modello paternalistico v. F. D'Abramo, *Il consenso*, cit., 24 «Per le sorti del consenso informato la chiave di volta arriva nel 1990, quando la Corte di Assise di Firenze condanna un chirurgo per il reato di omicidio preterintenzionale per aver eseguito un intervento demolitivo senza che si fossero verificate situazioni di emergenza o di pericolo immediato per la persona. Nella fattispecie, con la sentenza n. 13/1990, confermata poi in Cassazione con la sentenza n. 5639/1992, il chirurgo, che doveva eseguire un intervento di asportazione di polipi rettali per cui la paziente aveva dato il suo consenso, veniva condannato per aver operato anche una resezione addominoperineale del retto per l'asportazione di un carcinoma non preventivamente diagnosticato, e per cui la paziente decedeva qualche settimana dopo l'intervento. La sentenza n. 13/1990 della Corte di Assise di Firenze è stata indicata come la sentenza che segna “il definitivo tramonto della stagione del paternalismo medico” e con cui “entra a far parte anche della nostra cultura giuridica — in modo alquanto dirompente — il concetto di consenso informato”» (Ordine provinciale di Roma dei medici-chirurghi e degli odontoiatri, *Il consenso informato*, Roma, 2011, 4).

²⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, 59. In argomento i contributi sono innumerevoli, in questa sede sia consentito il rinvio all'importante monografia di F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel*

terapeutica non sarà mai sufficiente ad autorizzare, di per sé, l'intervento del sanitario²⁵.

Ed è inutile dire, pertanto, che, proprio in virtù di quanto appena sopra affermato, la stessa esegesi minoritaria tesa a ridurre la portata contenutistica ed applicativa dell'art. 32, comma 2, Cost. all'esistenza di un diritto costituzionale ad un rifiuto di cure da non ricomprensivi validamente le terapie necessarie per mantenere in vita il paziente²⁶, in quanto prevalente il principio di indisponibilità della vita²⁷, risulta ormai superata da una rilettura di norme penali – si pensi allo stesso art. 580 cod. pen. – che, per come operata da ultimo dal giudice delle leggi²⁸, appare assolutamente in linea con l'art. 32, comma 2, Cost. in nome della applicazione di un principio di intangibilità dell'integralità fisica e della vita da parte di terzi²⁹ in ossequio al riconoscimento della

diritto italiano e straniero, Padova, 1974, *passim* nonché, più di recente, al lavoro di S. CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim*.

²⁵ Così N. AMORE, *Dissenso informato alle emotrasfusioni e trattamento sanitario coatto*, www.dirittopenalecontemporaneo, 2017, 7-8, 171.

²⁶ Sul dibattito, compiutamente cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica, Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 135 ss.; M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 61 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 86 ss.; R. ROMBOLI, *Commento all'art. 5 del codice civile*, in *Commentario al codice civile*, a cura di S. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1988, 301; A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, 542.

²⁷ Argomentabile da norme codicistiche come quelle in tema di omicidio del consenziente (art. 579 cod. pen.) o aiuto ed istigazione al suicidio (art. 580 cod. pen.) o dall'art. 5 cod. civ. (atti di disposizione del proprio corpo), così L. EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in *La tutela penale della persona*, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001, 133 ss.

²⁸ Per una opportuna panoramica sulla sentenza qui citata cfr. M. DONINI, *'Libera nos a malo'. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in www.sistemapenale.it, 10 febbraio 2020, 1 ss.; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in www.sistemapenale.it, 4 dicembre 2019, 1 ss.; A. SESSA, *Il processo all'art. 580 c.p. del codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione*, in *Leg. pen.*, 2019, 1 ss.

²⁹ Cfr. A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, I, 74.

piena e ragionevole attuazione di quella responsabile autodeterminazione terapeutica che, costituzionalmente garantita, è in grado di preservare anche la libertà di lasciarsi morire ovvero di quel diritto all'aiuto nel morire³⁰ di un paziente vulnerabile nell'ambito di un consapevole ed insindacabile rifiuto di farsi curare³¹.

Infatti, in assenza dell'informato e consapevole consenso del paziente, l'attività medica terapeutico/diagnostica – eccezion fatta per le ipotesi straordinarie di trattamento sanitario obbligatorio e casi d'urgenza dominati dall'assenza di dissenso nel rispetto delle *leges artis* – è da considerarsi illecita anche se effettuata nell'interesse del paziente competente e correttamente eseguita. E pertanto, a fronte dell'assenza di una disciplina esplicita nel codice Rocco, appare di tutta evidenza un approccio penalisticamente speculativo che, nel delineare l'evoluzione del rapporto tra medico e paziente, al punto di approfondire precipuamente il passaggio in esso dal modello paternalistico di stampo ipocratico alla c.d. alleanza terapeutica, sia in grado di verificare la (ri)strutturazione tipica delle fattispecie tradizionali alla luce della loro capacità di resistenza rispetto ad una libera autodeterminazione terapeutica per come si è evoluta nelle stesse tappe che hanno condotto alla nascita del consenso informato, così come oggi viene inteso. Del resto, tutto questo sembra trovare ulteriore conferma soprattutto alla luce dei principi e delle regole che, osservate dagli stessi medici nell'esercizio della professione, sono contenute nel Codice di Deontologia Medica approvato il 18 maggio 2014.

Non vi è chi non veda, infatti, come proprio in quest'ultimo, per come modificato nel 2020 a seguito della sentenza 25 settembre 2019 n. 242 della Corte costituzionale sul c.d. 'Caso Cappato/Antoniani', si possono ricavare importanti indicazioni in merito al dovere

³⁰ Cfr. A. SESSA, *Il processo*, cit.

³¹ Non essendo legittimo dedurre dall'art. 32 Cost. «l'indisponibilità da parte dell'individuo del suo stesso diritto alla salute» e che come tutti i diritti di libertà «implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, ecc.», cfr. F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.

d'informazione e all'acquisizione del consenso o del dissenso della persona sanitariamente assistita, quale necessario completamento sistematico di quella definizione positiva che, per quanto ricavabile dall'art. 1 della l. 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, non solo ha il merito, da un lato, di aver positivizzato³² il perimetro del consenso informato, ma ha, dall'altro, anche quello di aver lasciato aperto il dibattito sulla punibilità dell'atto medico in mancanza o invalidità del consenso terapeutico/diagnostico dal momento che, ferma restando la punibilità in presenza del rifiuto³³, permarranno dubbi ancora non risolti circa la capacità normativa delle fattispecie tipiche attualmente vigenti in cui sussumere la ontologica consumazione della condotta sanitaria da verificare nella sua rilevanza penale³⁴.

Dunque, in ragione di una tale presa d'atto, e per quanto il comportamento del medico che agisce in disprezzo del rifiuto espresso dal paziente pare immediatamente realizzare la fattispecie di reato di violenza privata di cui all'art. 610 cod. pen., restano forti le perplessità all'inquadramento di una tale condotta nella tipicità della norma di cui appena sopra in almeno due ipotesi assai ricorrenti nella prassi:

³² Il consenso informato, sino alla legge in questione non ha trovato nessuna regolamentazione comprensiva nei codici legislativi italiani, ovvero non esiste nessun documento ufficiale del governo che tratta in maniera sistematica l'argomento. Esso, tuttavia, viene ben delineato in alcune disposizioni specifiche, in particolare per ciò che riguarda: a) il *programma e interventi urgenti per la lotta e la prevenzione dell'AIDS* in cui il medico deve munirsi del consenso della persona assistita nel caso di accertamenti diagnostici (l. 5 giugno 1990, n. 135); b) *le trasfusioni di sangue ed emoderivati*, una pratica non esente da rischi e che «necessita pertanto del consenso informato del ricevente» (d.m. 15 gennaio 1991 - sangue); c) *la sperimentazione di medicinali per uso umano* per cui vengono resi obbligatori i comitati etici e la raccolta del consenso informato da parte di coloro che partecipano allo studio sperimentale (d.m. 27 aprile 1992 - sperimentazione); d) *i trapianti di organi e di tessuti del corpo umano* a cui devono acconsentire i familiari o il soggetto (l. 29 dicembre 1993, n. 578); e) *l'uso di medicinali prodotti industrialmente*, per uso diverso da quello autorizzato (uso offlabel) (l. 8 aprile 1998, n. 94 - Di Bella).

³³ Cfr. P. PIRAS, *L'atto*, cit., 14.

³⁴ Così lucidamente A. VALLINI, *Rifiuto*, cit., 75 ss.

a) quella in cui il paziente, dopo aver manifestato un rifiuto da ritenersi valido, entri in uno stato di incoscienza di cui il medico in qualche modo ‘approfitta’ per attuare in ogni caso la cura non voluta, per una situazione in cui se con qualche sforzo si individua una costrizione, si ritiene tuttavia difficile individuare un atto, diverso da quello che il soggetto passivo deve tollerare, qualificabile come violento e teleologicamente indirizzato verso la costrizione;

b) quella riferibile alla non interruzione di un trattamento che, procedendo *motu proprio*, difetta di una intrusione fisica per il semplice fatto che il contatto corporale col paziente s’è interrotto già da tempo e la macchina non è un prolungamento dell’apparato muscolare del medico; si sarebbe qui al cospetto di un evento (il funzionamento della macchina) senza quel comportamento umano richiesto ad integrare la fattispecie di cui all’art. 610 cod. pen., ed ecco perché non manca chi, ritenendo possibile la sussunzione di tali fatti nella incriminazione di cui all’art. 572 cod. pen., rileva che sarebbe l’intera dinamica della relazione tra medico e paziente a risultare alterata e gestita con offensive modalità arbitrarie, tanto da mortificare non solo il senso di quella stessa alleanza terapeutico/diagnostica con il medico, ma anche il paziente medesimo nella sua dignità, nei suoi diritti, nel suo residuo benessere³⁵.

Ed è proprio all’interno di un perimetro rigorosamente rispettoso di regole di legalità penale che, alla luce di tutto quanto appena sopra rilevato, sembra rivivere quella antica problematica, mai univocamente decifrata, concernente il quesito se abbia o meno rilevanza penale la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un intervento sanitario in assenza di un valido consenso informato, anche e soprattutto alla luce della recentissima normativa in materia³⁶.

L’attività medica in generale, e quella chirurgica in specie, sebbene intimamente diretta al miglioramento dello stato di salute del paziente anche competente può, talora, prevedere delle interferenze nella sfera individuale di quest’ultimo che possono discutibilmente coincidere con

³⁵ Cfr. A. VALLINI, *Rifiuto*, cit., 78.

³⁶ Per quanto pure osservato da A. SESSA, *Le giustificazioni*, cit., 83.

fatti previsti e puniti dalla legge penale. Ed a tal proposito significativi sono i contributi che sono stati offerti sul tema anche dalla dottrina straniera, soprattutto tedesca³⁷, considerato che in Germania, nonostante i molteplici Progetti di riforma – analogamente a quanto pure avvenuto in Italia – risulta assente una disposizione che, alla luce dei *deficit* tipici per come sopra pure agitati, sia volta ad incriminare *ad hoc* l'intervento medico terapeutico/diagnostico arbitrario.

Pertanto, non risulta difficile comprendere come, nella perdurante assenza di un tanto atteso intervento legislativo sul punto³⁸, ed innanzi ad una criminogena 'lacuna' di sistema, il formante giurisprudenziale sia stato ancora una volta chiamato a svolgere un ruolo politico-criminale problematicamente suppletivo³⁹.

³⁷ Nella dottrina tedesca, si soffermano ad analizzare l'istituto del consenso, anche con riferimento a situazioni sistenziali A. ESER, *Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive*, in T. WEIGEND, G. KUPPER, *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin, 1999, 465 ss.; ma v. anche l'analisi di H.G. KOCH, *Rechtliche Grundlagen der Arzthaftung für Behandlungsfehler*, in *Zeitschrift für medizinische Ethik*, 2007, 53, 207 ss.; nonché E. DEUTSCH, *Aufklärung und Einwilligung*, in T. MAYER-MALY, E.H. PRAT, *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Wien, 1998, 59 ss.; sempre sul tema del consenso cfr. U. SIEBER, *Hans-Heinrich Jeschke zum Gedächtnis*, in *ZStW*, 2009, 121, 813 ss.; C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1996, *passim* e spec.138 ss.

³⁸ Diversamente, talune legislazioni oltre confine incriminano con un'apposita previsione normativa l'ipotesi di trattamento terapeutico eseguito senza il consenso del paziente. Tra queste ultime, è interessante rilevare che il § 110 cod. pen. austriaco del 23 gennaio 1974 incrimina la condotta arbitraria del medico non come lesione personale, bensì quale delitto contro la libertà personale. Così come l'opzione normativa che, nel 1995, veniva adottata in Portogallo dove il legislatore dell'epoca introduceva, all'art. 156, tra i reati contro la libertà personale e, in particolare, immediatamente dopo il delitto di coercizione grave e prima di quello di sequestro, un'apposita fattispecie delittuosa rubricata 'Interventi e trattamenti medico- chirurgici arbitrari?'

³⁹ Cass. 21 aprile 1992, n. 5639, in *Cass. pen.*, 1993, 63 ss.; Cass. 9 marzo 2001, n. 28132, in *Cass. pen.*, 2002, 517 ss.; Cass. 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cass. pen.*, 2002, 2041 ss.; Cass. 29 maggio 2002, n. 3122, in *Cass. pen.*, 2003, 2659 ss.; Cass. 16 gennaio 2008, n. 11335, in *Guida al dir.*, 2008, 93 ss.; Cass. 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Cass. pen.*, 2009, 1739 ss.; per un'analisi di quest'ultima sentenza delle Sezioni Unite, cfr. F.

In questo settore, infatti, e soprattutto rispetto al problema che qui si intende affrontare, pur essendosi registrata un'evoluzione interpretativa ultraventennale che, nel diritto 'deontologicamente' vivente, ha interessato positivamente, come si è detto, il tema dell'accertamento del nesso causale in dibattute pronunce della Suprema Corte a Sezioni Unite⁴⁰, il dibattito non è ancora approdato ad una soluzione globale, considerato che plurimi sono i dubbi ermeneutici ancora da sciogliere tra cui, anzitutto, la importanza da consegnare al rispetto delle *leges artis* da parte del medico, soprattutto nella ipotesi di esito sfavorevole per il paziente competente⁴¹, nonché il rapporto tra libera autodeterminazione individuale e consenso informato nella tipicità penale *de iure condito*.

3. *Libertà di autodeterminazione e consenso informato tra vuoti criminogeni di tutela e ragioni di politica criminale*

Ma a questo punto del nostro discorso, e prima di affrontare il fondamento tecnico-giuridico della liceità di esercizio dell'attività medica, sembra quanto mai necessario indagare sui profili di rilevanza penale del trattamento medico terapeutico/diagnostico arbitrario, perché non consentito, anche se informato.

E per rispondere adeguatamente a tale interrogativo, allora, diventa opportuno approfondire il fondamento dommatico dell'attività sanitaria non senza, in via preliminare, affrontare la questione giuridica della riconducibilità o meno, già a livello di tipicità, del trattamento

VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, 1851.

⁴⁰ Cfr. Cass. 10 luglio 2002, n. 30328, in *Cass. pen.*, 2003, 1175 ss.

⁴¹ Cfr. sul punto, per tutti, l'approfondimento condotto da M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino, 1993, 57 ss., spec. 64, ove l'A. non manca di puntualizzare che «non sia fondato muovere al medico, che abbia eseguito un intervento a regola d'arte, il rimprovero di avere commesso l'illecito di lesioni personali, e ciò neanche quando egli abbia omesso di informare il paziente nella misura dovuta, non fornendo dunque la base necessaria per un consenso giuridicamente efficace».

medico-chirurgico, nonché terapeutico/diagnostico a fatti penalmente rilevanti così come previsti nel codice vigente.

Ecco perché, rispetto ad una tale ricognizione di confini, in cui il giudizio di sussunzione risente degli eventuali scollamenti tra dimensione ontologica e normativa di un fatto, si rende essenziale precisare il rapporto tra libera autodeterminazione e consenso informato *rectius* libera autodeterminazione terapeutico/diagnostica, in modo da verificarne la eventuale sovrapposizione del loro contenuto e della loro portata nella struttura tipica di norme penali incriminatrici tradizionali.

Un tale processo di razionalizzazione, infatti, trova sicuramente, anche nel rispetto della gerarchia delle fonti, il suo caposaldo nel combinato disposto degli articoli 13 e 32 della Carta fondamentale, vale a dire in quelle norme che rappresentano il doveroso presupposto di liceità di ogni tipo di attività sanitaria⁴². Pertanto, in virtù di tale principio, nessun trattamento terapeutico/diagnostico può, seppur informato, essere imposto, a prescindere dal suo consenso, in capo ad una persona se non in limitati casi, i quali devono essere previsti dalla legge (art. 32, comma 1, Cost.).

E, non vi è chi non veda, come da tutto quanto appena sopra ne consegue in via immediata che il sanitario non può ingerirsi nella sfera del paziente – dal latino *patior*, ossia colui che sopporta – salvo il caso

⁴² Nella giurisprudenza costituzionale, il tema del consenso informato è stato scandagliato *ex professo* da Corte cost. 15 dicembre 2008, n. 438. Per un tessuto normativo di matrice sovranazionale, è indispensabile puntualizzare che viene in rilievo l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176. Inoltre, assume importanza l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145, seppure non ancora risulti depositato lo strumento di ratifica, in forza del quale «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato». In aggiunta, l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, richiede «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

in cui lo abbia adeguatamente informato delle sue condizioni di salute e quest'ultimo abbia acconsentito alle cure.

La regola del consenso informato, a ben vedere, si attaglia perfettamente alla concezione personalistica⁴³ che governa il nostro ordinamento giuridico, dal momento che essa è diretta espressione della libertà inviolabile e insindacabile di autodeterminazione di ogni persona umana, che va così adeguatamente tutelata (artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.). Ed a tal proposito, una volta ricostruito normativamente il consenso informato, non pochi parlano, così come pure sopra evidenziato⁴⁴, di una vera e propria lacuna di tutela penale dell'autonomia terapeutico/diagnostica del paziente che, seppur oggi colmata con riferimento al suo esercizio mediante il ricorso ad una nuova idea di giustificazione⁴⁵, lascia ancora aperta la questione della capacità a livello di struttura tipica delle norme del codice Rocco di assicurarla come valore fondamentale in sé.

Si tratta, allora, nel rispondere a tale interrogativo, di verificare se l'attuale disciplina penalistica, lontano da derive criminogene, sia in grado di svolgere, sul piano politico-criminale, quel suo essenziale ruolo di orientamento culturale per i consociati – in ossequio alla funzione criminal-pedagogica di prevenzione generale normativamente

⁴³ Come ricorda il noto *Ordine del giorno* del 9 settembre del 1946, presentato dall'On. Giuseppe Dossetti per sintetizzare il dibattito appena svoltosi in seno all'Assemblea Costituente: «La Sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; esclusa quella che si ispiri a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri a una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella» (con specifico riferimento al tema dell'uomo, della salute e della medicina letto in una prospettiva «personalistica»),

⁴⁴ Cfr. *supra* par. 2.

⁴⁵ Cfr. per tutti M. DONINI, *Libera*, cit., *passim*.

assegnata alla pena dalla Carta fondamentale⁴⁶ –, e ciò soprattutto in considerazione del fatto di quanto ancora sia radicata la propensione, in una parte cospicua della classe medica (e della magistratura), per una visione paternalistica del rapporto sanitario che, ancora oggi, stenta ad inquadrarsi in quell'alleanza in cui la persona è primo ed unico arbitro nel decidere quale percorso terapeutico/diagnostico intraprendere nel suo miglior interesse e, prima ancora, se sottoporsi o meno a qualsivoglia forma di cura.

In questa rinnovata cornice sistematica, per quanto costituzionalmente ridisegnata (artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.) il paziente competente non risulta meramente oggetto della prestazione medica, ossia quale passivo beneficiario della stessa, bensì è il titolare del diritto di essere preventivamente informato per potere scegliere e, in tale modo, consentire ovvero rifiutare insindacabilmente l'opera del sanitario.

Ed è proprio alla luce di quanto appena sopra puntualizzato che il rapporto medico-paziente competenti deve essere concepito come un rapporto di fiducia e confidenza, costruito in modo tale da concretizzare, come pure sopra si è avuto modo di affermare, un'autentica alleanza terapeutica in cui poter evidenziare l'umanità di entrambi.

In un tale contesto ordinamentale, già di per sé assai complesso, finiscono, allora, e comprensibilmente, per innestarsi anche quelle difficoltà relative all'accertamento della responsabilità colposa nelle ipotesi, oramai ordinarie, di attività plurisoggettiva. Infatti, estrinsecandosi sempre più in modalità collettive in cui il singolo sanitario concorre alla realizzazione del fine comune della cura del paziente, e ben oltre il tradizionale binomio tra errore ascrivibile a colpa ed autore dell'errore, tipico dell'attività monosoggettiva, l'agire medico mostra anche qui come le consuete categorie dommatiche – forgiate sulla responsabilità del singolo – si rivelano ancora una volta inadeguate per l'individuazione del soggetto responsabile anche della

⁴⁶ Facendo nostra la lezione di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim* e spec. 83 ss.

corretta relazione terapeutica avvalorata dall'autodeterminazione consapevolmente informata che necessita di una dettagliata e non risolta tutela, con conseguenti, pericolose, forme di responsabilità di gruppo o di posizione⁴⁷.

4. *Consenso informato e democrazia penale: il fondamento di una ricerca nella ricerca*

Ma, a questo punto del nostro discorso, ed anche in considerazione delle ultime osservazioni appena sopra sviluppate, non resta che prendere atto che, pur di fronte al contributo problematico del diritto giurisprudenziale penale e della dottrina nel tentativo di dare maggior chiarezza al significato delle categorie dommatiche oggetto del presente studio, si rende sempre più impellente un intervento mirato da parte del legislatore che sia rivolto a recuperare criteri di razionalità nella tutela penale del consenso informato.

In prospettiva *de iure condendo*, infatti, non può non sottolinearsi, in chiave critica, come il *deficit* di tipicità nelle tradizionali fattispecie incriminatrici rispetto ad un trattamento sanitario arbitrario dovrebbe essere auspicabilmente superato strutturando un'autonoma fattispecie incriminatrice da porre a tutela dell'autodeterminazione terapeutico/diagnostica di un paziente competente e liberamente consenziente, in modo solo così da escludere quell'evidente e progressivo ridimensionamento giurisprudenziale della centralità del consenso informato che ha portato a ritenere il solo espresso dissenso del paziente come idoneo a minacciare l'intrinseca liceità del trattamento medico⁴⁸. Una tale ridefinizione del tipo penale, pertanto, sembra imporsi soprattutto perché è chiamata a superare proprio i problemi di sussunzione del consenso informato nell'art. 610 cod. pen., stante la difficoltà, almeno nei casi più comuni, di ravvisare una

⁴⁷ Sul problema del diritto penale come strumento di controllo sociale della classe medica, cfr. per tutti L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, *passim*.

⁴⁸ V. spec. Cass. 29 maggio 2022, n. 26446, 'Volterrani', in *Cass. pen.*, 2003, 2659 ss.

violenza privata a tutela della libera autodeterminazione, da parte del medico, rispetto al paziente narcotizzato e costretto a subire un intervento non voluto, ma anche in tutti i casi di incoscienza diversi da quelli dell'anestesia per una riconduzione dei fatti indicati nella fattispecie di cui all'art. 572 cod. pen.

Breve: un intervento normativo di risistemazione che, nel rigoroso rispetto della legalità penale, sia capace di restituire razionalità alle numerose e delicate tematiche concernenti il tema del consenso informato costituisce l'esito più evidente delle considerazioni sin qui sviluppate. Si tratta, a ben vedere, di avviare una ricerca in tale direzione che, alla luce del progresso medico e della rivisitazione del rapporto tra libertà di autodeterminazione e consenso informato, si proponga di mettere ordine definitivamente in questa delicata materia in cui si tratterà ancora una volta di tenere insieme interessi contrapposti, ma parimenti meritevoli di tutela: l'esigenza di tutelare il bene della vita e della salute del paziente competente nell'ambito di un rapporto con il 'suo' medico di tipo relazionale, da un lato, e la libertà di scelte d'azione di un sanitario da garantire nella complessità dell'attività che lo stesso è chiamato a svolgere, dall'altro.

Sulla base di tali premesse, dunque, una nuova fattispecie incriminatrice del trattamento medico terapeutico/diagnostico arbitrario potrebbe essere collocata all'interno dei delitti contro la libertà morale e potrebbe essere rubricata 'Intervento medico arbitrario', per un tipo penale strutturato in modo tale da punire l'esecuzione di un trattamento sanitario in assenza del consenso informato del paziente⁴⁹ che, seppur competente ed a prescindere dagli

⁴⁹ Già *de iure condito* ravvisavano un profilo di colpa nell'omessa raccolta del consenso F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, II, 405 ss.; M. PELISSERO, *L'intervento*, cit., 379; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità, Tomo II: i delitti colposi*, Milano, 2003, 308 ss.; si esprimono, invece, in senso contrario A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, 462; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 184, perché ritengono che la sua acquisizione non avrebbe

esiti, valorizzi il momento della coazione al punto da ergere il libero consenso informato a custode della libertà di autodeterminazione terapeutico/diagnostica del paziente.

E se di fronte ad una tale opzione di politica criminale non manca, in dottrina, chi agita perplessità fondate sull'incertezza che una tale strategia potrebbe avere sul piano concreto⁵⁰, tutto ciò sembra discutibilmente trascurare che il rischio di una involuzione del rapporto medico paziente, non al riparo da insidie paternalistiche, pure finirebbe per trovare conferma, proprio sul piano fattuale, in un contesto di intervento sanitario che, per ovviare a significative ricadute pratiche tese a rafforzare l'attuale tendenza alla iper-penalizzazione dell'attività medica, finisce per rifugiarsi sempre più di frequente in quella c.d. 'medicina difensiva' quale pratica di misure effettuate non già allo scopo precipuo di assicurare la salute di un paziente, costantemente esposto ad arbitrari accanimenti terapeutico/diagnostici, quanto piuttosto a prevalente garanzia del medico dalle possibili responsabilità seguenti alle cure mediche prestate⁵¹.

Da tutto ciò, allora, è possibile uscire solo nel pieno rispetto di quelle esigenze di determinatezza che, bilanciando vuoti di tutela criminogeni con prassi sanitarie ai limiti dell'accanimento, sappiano restituire il tipo penale alla razionalità di una politica criminale votata al

alcuna funzione cautelare-preventiva in riferimento alla tutela della salute del paziente.

⁵⁰ Dal momento che «il rilievo penale diretto delle violazioni in tema di consenso esporrebbe sempre il medico che intraprenda un atto terapeutico alla possibilità [...] dell'accusa d'aver agito, per qualche aspetto, in modo arbitrario; laddove invece la scelta astensionistica ben raramente porterebbe a responsabilità penale [...] tanto più nel caso in cui quel paziente fosse affetto da una patologia grave», così L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia* 2009, 425.

⁵¹ Per maggiori approfondimenti sul punto cfr. AA. VV., *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010, *passim*.

controllo integrato di fenomeni complessi⁵² in cui anche il consenso informato, accanto al suo pieno esercizio, sappia trovare adeguata tutela come diritto fondamentale quale diretta espressione di una democrazia penale⁵³ solo così destinata a riflettersi sistematicamente nello stesso rapporto relazionale medico-paziente competenti. Ma qui, a ben vedere, già siamo, e forse ‘inconsapevolmente’, all’inizio di una nuova ricerca.

ABSTRACT

Nel mutato rapporto medico-paziente – in chiave non più paternalistica, ma relazionale e competente, perché di chiara ispirazione costituzionale – il consenso informato (artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.) è destinato a costituire il fondamento di liceità di ogni trattamento sanitario terapeutico/diagnostico. In tale contesto, non ostante il positivo contributo offerto da dottrina e giurisprudenza, la condotta arbitraria del sanitario, caratterizzata dall’assenza di una decisione consapevolmente assunta dal paziente, trova ancora difficoltà di inquadramento sistematico nelle fattispecie incriminatrici ad oggi presenti nel nostro ordinamento. La soluzione, per come prospettata nel presente lavoro e finalizzata a scongiurare pur sempre possibili derive criminogene, potrebbe, allora, ispirarsi alla (ri)strutturazione di un tipo penale che, nel pieno rispetto di esigenze rigorose di legalità/determinatezza, trovi nel consenso informato il riferimento per il bene giuridico da tutelare (il pluralismo etico) e che, nell’ambito di una ragionevole composizione di contrapposti interessi costituzionalmente meritevoli di tutela (vita, dignità e salute), sappia, in via di sintesi, garantire, ben oltre la libertà di autodeterminazione, la

⁵² Cfr. la fine ricostruzione sistematica di E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dottrina giuridico-penale*, trad. it. a cura di G. Seminara, Napoli, 1994, *passim*.

⁵³ Il riferimento è, per tutti, allo studio di M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, *passim*.

responsabile scelta terapeutico/diagnostica del paziente, da un lato, e, dall'altro, la libertà di scelte d'azione del sanitario.

In the changed doctor-patient relationship – no longer paternalistic, but relational and competent, because of clear constitutional inspiration – informed consent (articles 2, 3, 13 and 32 of the Constitution) is intended to constitute the basis of lawfulness of every therapeutic / diagnostic health treatment. In this context, despite the positive contribution offered by doctrine and jurisprudence, the arbitrary conduct of the healthcare professional, characterized by the absence of a conscious decision taken by the patient, still finds it difficult to systematically frame the incriminating cases currently present in our legal system. The solution, as envisaged in this work and aimed at avoiding possible criminogenic drifts, could, then, be inspired by the (re) structuring of a criminal type that, in full compliance with rigorous requirements of legality / determination, can be found in informed consent the reference for the legal good to be protected (ethical pluralism) and which, in the context of a reasonable composition of conflicting interests constitutionally worthy of protection (life, dignity and health), is able, in a nutshell, to guarantee, well beyond the freedom of self-determination, the responsible therapeutic / diagnostic choice of the patient, on the one hand, and, on the other, the freedom of action choices of the healthcare professional.

PAROLE CHIAVE

Rapporto medico-paziente; trattamento sanitario;
consenso informato; tipo penale

Doctor-patient relationship; health treatment;
informed consent; criminal type

FRANCESCO DI PAOLA

Email: avv.francodipaola@gmail.com

