

IL CONSENSO NEL DIRITTO PENALE: IN PARTICOLARE NELL'ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA

Il consenso nel diritto penale può assumere diversi aspetti e rilevanza giuridica:

1) Causa di giustificazione ai sensi dell'art. 50 c.p.

2) Elemento costitutivo di norma incriminatrice (es. omicidio del consenziente *ex a.* 579 c.p.). Differenza con il consenso scriminante per i casi di errore sullo stesso: non si può applicare il 59, comma 4; rischio di dover applicare il 47, comma 2 e, quindi, l'omicidio semplice.

3) Elemento che rende del tutto irrilevante il fatto perché non tipico, poiché il suo contenuto di offesa consiste proprio nel realizzarsi contro la volontà del titolare del bene (es. rapporti sessuali e 609 *bis* c.p., ingresso in casa altrui e 614 c.p. ecc.). Differenza con il consenso scriminante: l'offesa non si realizza proprio, perché la condotta realizzata è alternativa lecita rispetto a quella violata. Al contrario nel caso di consenso alla distruzione di una cosa propria, la condotta coincide con quella descritta nella fattispecie di danneggiamento, anche nell'evento materiale e nell'offesa al patrimonio; ma il consenso validamente prestato la autorizza, rendendola lecita.

I requisiti del consenso sono stati individuati progressivamente dalla giurisprudenza relativa all'art. 50 c.p. Il consenso si ritiene oggi che debba essere: personale, attuale, libero, revocabile, esplicito, informato, specifico, consapevole, inerente a diritti disponibili *ex art.* 5 c.c. Dubbi sulla rilevanza del consenso presunto.

Deroghe al limite dell'art. 5 c.c. relativamente ad atti lesivi della propria integrità fisica: a) se l'atto è finalizzato a migliorare le condizioni di salute (es. asportazione di organo o tessuto malato); se concerne organi o tessuti riproducibili; se riguarda ipotesi autorizzate dalla legge (es. l. 458/67 e autorizzazione a precise condizioni di espianto del rene; l. 483/99 e autorizzazione espianto parti di fegato).

Sicuramente il banco di prova più delicato per il consenso nel diritto penale è rappresentato 1) **dall'attività medico chirurgica**; 2) dai **trattamenti salva vita in presenza di esplicito dissenso** (i casi dei testimoni di Geova; delle amputazioni di arti; dello sciopero della fame dei detenuti, dei politici et similia); 3) dalle **problematiche del 'fine vita'**.

Il problema specifico del trattamento medico-chirurgico nasce da un vuoto normativo (non esiste alcuna disposizione che disciplini l'intervento medico arbitrario) e dalla peculiarità della disciplina (le professioni sanitarie, in quanto finalizzate alla tutela di un bene fondamentale quale la salute sono tendenzialmente considerate attività lecite,

socialmente necessarie, oggetto di articolate discipline che fondano la loro legittimità ed i doveri connessi al loro esercizio).

Azione *supplendi causa* della giurisprudenza con disorientamento dei consociati, violazione del principio di uguaglianza, della irretroattività e della certezza del diritto.

Ogni intervento chirurgico causa una lesione anatomica con o senza alterazione funzionale (taglio dei tessuti e punti e eventuale alterazione funzionale dovuta alla rimozione ad es. di organi o ossa).

Il presupposto e limite minimo è il consenso dell'interessato finalizzato alla tutela del diritto fondamentale del singolo all'autodeterminazione terapeutica. Come tutte le attività che incidono sul corpo altrui (taglio di capelli, rapporto sessuale, attività sportiva) anche questa presuppone per la sua liceità il consenso, se la persona ovviamente è in grado di esprimerlo. Non si può intervenire, di norma a propria discrezione.

Diverso dal consenso che è il presupposto della liceità del trattamento, è il rispetto delle *leges artis* nell'esecuzione che è invece la condizione della liceità di un trattamento di per sé lecito.

La valutazione della liceità o illiceità dell'attività medica da cosa scaturisce?

Dipende da assenza di tipicità o di antiggiuridicità?

Qual è il fondamento della sua liceità?

1) Per una parte della dottrina e giurisprudenza più risalente è sempre una azione socialmente adeguata e quindi non tipica sempre perché è socialmente utile e auto-legittimata.

Critica: questa tesi si fonda su concetti troppo vaghi, contrari alla riserva di legge, e attribuisce eccessiva discrezionalità al giudice.

2) Per dottrina e giurisprudenza maggioritarie e più recenti vanno operate delle distinzioni sulle quali però non c'è unanimità. La chirurgia estetica sarebbe giustificata ai sensi dell'art. 50 e nei limiti dell'art. 5 c.c.; non gli altri tipi di chirurgia perché non comporta menomazioni fisiche permanenti, anzi apporta migliorie (Contra Viganò e lettura generalista dell'art. 50 c.p. "la considerazione della *ratio* dell'art. 5 c.c. consente di escludere che i limiti alla disponibilità dell'integrità fisica ivi segnati siano operanti nel caso in cui l'atto dispositivo sia obiettivamente funzionale al complessivo miglioramento della salute del paziente o addirittura alla salvaguardia della sua stessa vita. Nulla si oppone pertanto all'individuazione del normale fondamento della liceità del trattamento nello stesso consenso dell'avente diritto ex art. 50").

3) Quella terapeutica ex art. 51 (ma che ha come presupposto comunque il 50, i.e. il consenso informato del paziente; dal consenso scaturisce la posizione di garanzia del medico e, quindi, il diritto dovere di rispettarne la volontà e pianificare la terapia).

4) Quella necessitata *ex art. 54*. Critica: praticamente lo stato di necessità non opera mai nell'attività medica. (Viganò: "Soltanto alla causa di giustificazione di cui all'art. 51 (sub specie di esercizio di una facoltà legittima o di adempimento di un dovere) dovrà farsi riferimento, invece, nei casi eccezionali in cui il medico è autorizzato (e, di solito, al tempo stesso tenuto) al compimento di un atto medico in assenza del consenso del paziente o del suo legale rappresentante, in forza della situazione di urgenza terapeutica ovvero in forza degli artt. 33 ss. l. 833/1978; mentre, anche rispetto alle situazioni di urgenza terapeutica, risulta del tutto fuorviante il riferimento usuale allo stato di necessità *ex art. 54*").

5) Quella obbligatoria per legge *ex art. 51*, anche in presenza di esplicito rifiuto.

In ogni caso il limite è sempre quello del rispetto delle *leges artis*

La recente risposta originale delle S.U. 2009, Giulini e la individuazione di una generica 'scriminante costituzionale'.

"L'attività sanitaria, pertanto, proprio perchè destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ed attuare – in tal modo – la prescrizione, non meramente enunciativa, dettata dall'art. 2 della Carta, ha base di legittimazione (fino a potersene evocare il carattere di attività, la cui previsione legislativa, deve intendersi come "costituzionalmente imposta"), direttamente nelle norme costituzionali, che, appunto, tratteggiano il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo. D'altra parte, non è senza significato la circostanza che l'art. 359 cod. pen. inquadri fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità proprio i privati che esercitano la professione sanitaria, rendendo dunque davvero incoerente l'ipotesi che una professione ritenuta, in sé, "di pubblica necessità», abbisogni, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorchè attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il paziente. Se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di "scriminante costituzionale", tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (è il caso, come è noto, degli interventi a carattere sperimentale puro o scientifico, e degli interventi che si risolvano in un trattamento di pura estetica). Come, quindi, l'attività del giudice che adotti, secondo legge, una misura cautelare personale non potrà integrare il delitto di sequestro di persona, e ciò non perchè la sua condotta è "scriminata" "semplicemente" dall'art. 51 cod. pen., ma in quanto direttamente "coperta" dall'art. 13 Cost."

I possibili esiti dopo Sentenza Giulini:

a) il trattamento medico che in concreto si sia risolto con un esito fausto non genera mai responsabilità penale del medico per lesioni personali, ancorchè sia eseguito in assenza dei necessari presupposti di legittimità (ed eventualmente anche in violazione delle *leges artis*), non avendo in tal caso l'intervento cagionato alcuna "malattia";

b) nell'ipotesi in cui, invece, il trattamento abbia prodotto un esito infausto, esso avrà effettivamente cagionato una malattia ai sensi delle norme incriminatrici delle lesioni personali, sicché:

b1) il medico andrà esente da ogni responsabilità, in forza della "scriminante costituzionale" di cui parlano le Sezioni Unite, laddove abbia agito in presenza dei presupposti di liceità del trattamento (consenso informato del paziente o del legale rappresentante, ovvero in presenza di una situazione di urgenza terapeutica) e abbia rispettato le *leges artis*;

b2) risponderà per lesioni personali colpose (o se del caso per omicidio colposo) non solo nel caso - ovvio - in cui abbia violato le *leges artis*, ma anche nel caso in cui - pur essendosi attenuto alle *leges artis* - abbia agito in assenza dei presupposti di liceità del trattamento rappresentandosi però colposamente la loro sussistenza (art. 59 u.c. c.p.), ovvero eccedendo colposamente dai limiti consentiti da tali presupposti (art. 55 c.p.);

b3) risponderà per lesioni personali dolose qualora la sua condotta sia compiuta per finalità non terapeutiche (cfr. supra, 54), ovvero quando abbia agito - poco importa se in conformità o in violazione delle *leges artis* - nella consapevolezza dell'assenza dei presupposti di legittimazione dell'atto medico (ed in particolare nella consapevolezza del dissenso del paziente: cfr. supra, 63), prevedendo ed accettando il rischio di conseguenze peggiorative della salute del paziente (lesioni personali dolose); profilandosi poi, in queste situazioni, una responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale o addirittura di omicidio doloso (sorretto da dolo eventuale) laddove l'esito infausto consista addirittura nella morte del paziente, in presenza dei coefficienti soggettivi richiesti rispettivamente dall'art. 584 e 575 c.p.

Critiche di Viganò: questa tesi si fonda su una errata concezione di salute intesa come equilibrio psico-fisico oggettivamente apprezzato dalla scienza medica; oggi salute è il benessere soggettivamente percepito dal malato.

Il consenso informato quale presupposto dell'attività medica.

Fondamento del consenso è il 32 Cost. "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".

Tale quadro normativo è stato recentemente ribadito anche dalla Corte costituzionale, la quale ha ancorato il fondamento giuridico del consenso anche a norme della Carta fondamentale.

Nel dettaglio, il consenso informato è stato letto "quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"». (Corte cost., n. 438 del 2008).

L'interessato può trovarsi in condizioni tali da non poter esprimere il consenso. L'art. 593 pone in capo al servizio sanitario una posizione di garanzia ed un obbligo giuridico di intervenire in situazioni d'urgenza (art. 51 e non 54).

Altre fonti: codice deontologico dei medici del 2006 e soprattutto fonti internazionali vincolanti per l'ordinamento italiano ex art. 117 co. 1 Cost. quale la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1996 elaborata nel quadro istituzionale del Consiglio d'Europa ma aperta alla firma anche di paesi terzi.

Discussa è, invero, l'effettiva vincolatività della Convenzione per l'ordinamento italiano: il nostro parlamento ha autorizzato il governo alla ratifica della Convenzione con la legge 145/2001, contenente la clausola di "piena e intera esecuzione" dello strumento nel diritto interno; ma il governo non ha sinora provveduto al deposito dello strumento di ratifica presso la sede indicata dalla Convenzione. Tali circostanze non hanno tuttavia impedito alla giurisprudenza italiana recente di guardare alla Convenzione come a un punto di riferimento essenziale cui orientare l'interpretazione delle norme interne, ivi comprese quelle costituzionali, suscettibili di trovare applicazione nella materia del trattamento medico.

Essa contiene una rassegna pressoché esaustiva dei possibili presupposti di liceità del trattamento medico in rapporto al diritto all'autodeterminazione terapeutica (e alla stessa integrità fisica) del paziente, disciplinando in particolare il consenso informato del paziente capace (art. 5), il consenso informato del legale rappresentante del paziente incapace (art. 6), il trattamento coattivo delle infermità psichiche (art. 7) e le situazioni di urgenza terapeutica (art. 8), per concludere con una disposizione generale relativa alla rilevanza delle manifestazioni di volontà anticipata del paziente (art. 9).

L'art. 5 della Conv. Oviedo enuncia il principio che il consenso del paziente all'intervento debba essere libero ed informato in relazione alla "natura dell'intervento e alle sue conseguenze e rischi". Il consenso già prestato dal paziente può, infine, essere sempre liberamente revocato dal paziente medesimo (art. 5 co. 3 Conv. Oviedo).

Nel caso di paziente incapace, la regola generale espressa dall'art. 6 Conv. Oviedo è che il trattamento potrà essere lecitamente praticato soltanto a) a beneficio diretto del paziente, e b) previo consenso informato del suo legale rappresentante (e non già di qualsiasi prossimo congiunto). Compito del legale rappresentante sarà, insomma, quello di calarsi nei panni dell'incapace, per formare una decisione in merito al trattamento medico che risulti il più possibile espressione della sua volontà presunta (criterio, questo,

cui fa testualmente riferimento l'art. 5 d.lgs. 211/2003 in tema di sperimentazione clinica su soggetti incapaci ricostruita alla luce della complessiva personalità (attuale o almeno pregressa) del paziente.

Nel caso di rifiuto ingiustificato del consenso da parte del legale rappresentante, il medico dovrà segnalare il caso all'autorità giudiziaria affinché siano adottati gli opportuni provvedimenti nell'interesse dell'incapace (i testimoni di Geova e le trasfusioni).

L'art. 8 Conv. Oviedo prevede, infine, che il medico possa intervenire a beneficio della salute del paziente in situazioni di emergenza senza il consenso del paziente né del suo legale rappresentante (e al di fuori delle ipotesi di t.s.o. appena esaminate), allorché tale consenso non possa essere ottenuto”.

Si capisce che oggi il medico nel rapporto con il paziente deve rispettare la sua volontà, sempre.

Qual è la possibile rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico arbitrario?

Il medico risponde sempre? O solo a determinate condizioni? E a che titolo in caso di omicidio? Doloso, preterintenzionale o colposo?

Addirittura non si può escludere il dolo eventuale e non preterintenzione nel caso di un medico accusato di aver praticato, **per scopi comunque non riconducibili a finalità terapeutiche**, un trattamento chirurgico inutilmente demolitivo (asportazione di intestino, utero e parte della vescica) per l'asportazione di un tumore da una paziente di ventisette anni, successivamente deceduta in seguito alle complicanze dell'intervento, sebbene per tale specifica patologia fosse pacifico (e certamente noto al medico) che l'unica possibile terapia era di ordine farmacologico e non chirurgico. (Cass. 2010 Huscer, n. 2135).

Domanda preliminare: di norma il trattamento medico arbitrario eseguito per finalità terapeutiche e nel rispetto delle *leges artis* è lecito o meno? Integra il delitto di lesione personali dolose?

Se sì allora omicidio preterintenzionale; se no omicidio colposo.

1) Secondo un primo orientamento, ogni intervento chirurgico integra il delitto di lesioni volontarie di cui all'a. 582 c.p. perché realizzandolo il medico volontariamente produce una ferita ad un paziente e dunque una malattia, se per malattia si intende “qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni fisiche generali”. In questo caso l'azione del medico può essere scriminata attraverso il consenso o ex art. 50 (per consenso validamente prestato), o ex art. 59, 4 comma (per consenso mai prestato) o ex art. 55 c.p. (per consenso prestato per altro intervento). In assenza di consenso sussiste il 582 e in caso di morte del paziente il 584 c.p. (Cass. 1992, Sentenza Massimo).

Critica contro questa tesi:

Cosa si deve intendere per malattia? Qualsiasi conseguenza di un trattamento che produca un qualche impatto sull'organismo del paziente, anche solo nell'immediato, ovvero soltanto quelle conseguenze (collaterali e indesiderate dal medico) che si risolvano in un esito infausto, e cioè nel complessivo peggioramento della salute del paziente? In una prospettiva teleologica che individua il bene protetto non nell'integrità dei tessuti, ma nel benessere del malato non c'è malattia quando nel giudizio 'costi/benefici' i secondi prevalgono sui primi.

Eppoi la finalità terapeutica con cui agisce il medico è assolutamente incompatibile concettuale con il dolo delle lesioni (Cass. Huscer cit.).

2) Secondo un diverso orientamento, si deve distinguere tra esito fausto ed infausto. Nel primo caso è sempre irrilevante perché manca l'evento naturalistico del delitto di lesioni, la malattia, poiché l'intervento, all'opposto, elimina o comunque attenua un processo morboso preesistente.

Nel secondo è irrilevante ai sensi del 582 quando il medico abbia agito con finalità terapeutica, perché in questa occasione manca l'elemento soggettivo del delitto di lesioni: la volontà di cagionare una malattia. Egli risponderà solo eventualmente di art. 589 c.p. (Cass. 2001, Sentenza Volterrani).

3) Secondo un'altra tesi ancora il trattamento medico in assenza di consenso configura il delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.

Critica: non sempre. Solo le volte in cui il medico costringe il paziente a sottoporsi ad un intervento nonostante il suo esplicito dissenso e fuori dai casi imposti dalla legge.

In realtà no anche in assenza di consenso, perché non c'è violenza nel medico né una vera costrizione per mancanza di una esplicita volontà contraria (cfr. S.u. 2009).

La pronuncia S.U. 2009

5. L'intervento delle Sezioni unite (Cass., S. U., 18 dicembre- 21 gennaio 2009, n. 2437).

5.1. Il caso.

XXX, ricoverata nel reparto di ginecologia dell'Ospedale di Cattolica, il 20 novembre 1997 fu sottoposta dal dott. (omissis) ad un intervento di laparoscopia operativa e, senza soluzione di continuità, a salpingectomia che determinò l'asportazione della tuba sinistra. Alla stregua della ricostruzione operata dai giudici del merito, l'intervento demolitorio risultò essere stato una scelta corretta ed obbligata, eseguita nel rispetto della lex artis e con competenza superiore alla media; tuttavia, secondo l'assunto accusatorio, senza il consenso validamente prestato dalla paziente, informata soltanto della laparoscopia

5.3. L'esito *fausto*.

Occorre innanzitutto distinguere le ipotesi di trattamento medico chirurgico con esito fausto (a) da quelle con esito infausto (b). Con riferimento al caso di **esito fausto**, si è concluso che *"ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 cod. pen., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 cod. pen."*

5.4. La violenza privata.

5.4.1. Le Sezioni unite iniziano la disamina della questione loro sottoposta partendo dall'analisi della fattispecie di cui all'art. 610 c.p. e riprendono, per escluderne la configurabilità, le osservazioni critiche già avanzate dalla dottrina. In particolare, la Corte si concentra su tre argomentazioni: due afferenti alla corretta qualificazione degli elementi costitutivi della fattispecie (la violenza e la costrizione) ed uno di carattere sistematico.

Anche parte della **dottrina** ha posto in evidenza come il richiamo alla fattispecie della violenza privata sia improprio: "anzitutto, l'applicazione dell'art. 610 c.p. sembra essere il frutto di una scelta di ripiego in ragione della incompatibilità ontologica tra intervento chirurgico e lesioni volontarie, più che l'effetto di un'attenta valutazione sulla riconducibilità del fatto agli elementi costitutivi della fattispecie. L'offesa all'interesse protetto della libertà di determinazione individuale ha, dunque, prevalso sul riscontro delle specifiche modalità di lesione. È vero che se vogliamo proseguire nell'opera di progressiva espansione dell'art. 610 c.p., diventata per la giurisprudenza norma – contenitore di qualsiasi manomissione della libertà morale del soggetto in ragione della sua natura tipicamente sussidiaria e della progressiva espansione e smaterializzazione della nozione di violenza impropria, allora vi sono meno resistenze ad applicare questa fattispecie anche all'intervento medico in assenza di consenso" [PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 455 s.].

a) Il concetto di **violenza** si identifica in *"qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione"* si afferma che nell'ipotesi di cui all'art. 610

c.p. la violenza penalmente rilevante è la violenza "propria" da intendersi come aggressione fisica (*"lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più propriamente attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l'integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo"*).

b) La violenza, così qualificata, è mezzo strumentale alla costrizione di altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa; questo "qualche cosa" deve essere un fatto diverso (un *quid pluris*) rispetto all'atto che concretizza la violenza. Ora, è evidente che se qualificassimo l'operazione chirurgica come la "violenza" adoperata dal medico dovremmo giungere ad affermare (contrariamente a quanto richiesto dalla corretta esegesi della norma) che la condotta coincide con l'evento, nel senso che ciò (l'operazione) che costituisce violenza è anche *ciò* che si è costretti a tollerare (in altri termini, *"poiché l'evento di coazione risiederebbe nel tollerare l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di costrizione a tollerare rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 c.p."*)

c) Anche rispetto all'ulteriore requisito della **costrizione** si pongono dei problemi applicativi. Il concetto di costrizione implica un reale "contrasto di volontà tra soggetto attivo e soggetto passivo" che è implicito nell'accezione stessa di coazione; di contro, rispetto al paziente anestetizzato si potrà, casomai, affermare che il medico che attui un intervento diverso da quello preventivato si "appropria" di uno stato di incapacità, ma mai che vi sia stata la costrizione della altrui volontà, non potendosi comunque riscontrare un *reale* contrasto di volontà tra autore e vittima del reato (versando questi in stato di incoscienza senza aver avuto la possibilità di esprimersi in precedenza), rimanendo solo *potenziale e o al più presunto*.

d) Infine, in una prospettiva sistematica, dalla lettura della fattispecie di cui all'art. 609 *bis* c.p. si ricava un argomento *a contrario* circa la riconducibilità al paradigma di cui all'art. 610 c.p. della condotta del medico che approfitti della condizione di anestesia del paziente per mutare il tipo di intervento programmato. Si sottolinea, infatti, che il legislatore, nel delineare i profili di una fattispecie sostanzialmente omologa, ha ritenuto di dover introdurre una espressa equiparazione normativa tra l'ipotesi di costringimento, con violenza o minaccia, a subire atti sessuali, e l'ipotesi di compimento dell'atto sessuale "abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa" (condizioni di inferiorità che ricorrono, sicuramente, anche quando il paziente sia stato anestetizzato). Ciò consente di poter dedurre che se il legislatore, nel dettare la disciplina relativa ad altra ipotesi di violenza

personale, ha dovuto dettare una apposita disposizione per equiparare condotte evidentemente fra loro non sovrapponibili, così da escludere che l'approfittamento della condizione di incapacità, possa, naturalisticamente e giuridicamente, equivalere ad un fatto di per sé integrante violenza.

5.4.2. L'*iter* argomentativo richiamato ha condotto la Corte ad **escludere la applicabilità della fattispecie di violenza privata**; tuttavia, la pronuncia sembra non chiarire tutti i dubbi inerenti un possibile margine di residualità della fattispecie in esame nelle ipotesi di *dissenso del paziente*. L'incertezza nasce dal passaggio della sentenza, ove si riconosce *"la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili "contro" la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell'altrui volere"*.

In primis, deve osservarsi come l'espressione utilizzata (*la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata*) implica che tale ipotesi possano ricorrere anche quando non ci si trovi in presenza di un dissenso espresso, poiché la volontà può essere manifestata anche indirettamente, come nel caso in cui il paziente affermi di accettare esclusivamente quel trattamento sottopostogli e non altri senza che vengano indicati questi altri trattamenti.

Inoltre, autorevole dottrina ha posto in evidenza come il richiamo all' illegittima coazione dell'altrui volere faccia propendere per una illiceità penale ai sensi della norma sulla violenza privata; in effetti, non solo in tali ipotesi sussisterebbe l'elemento della costrizione (nel senso di un contrasto attuale tra due volontà), ma probabilmente non vi sarebbero ostacoli a rinvenire da parte del medico anche una condotta violenta, essendo presumibile che costui adotti una contenzione fisica o farmacologica per realizzare l'intervento non voluto.

A ciò si aggiunga che non sembrano essere del tutto risolti quei casi in cui il paziente - avendo espresso un dissenso anticipato al trattamento (nella forma della semplice dichiarazione resa al medico ovvero nel contesto di una generale dichiarazione anticipata di volontà) - non abbia, la possibilità di reiterare tale dissenso anche nel momento di esecuzione del trattamento, in ragione di un sopravvenuto stato di incapacità.

5.5. Le lesioni personali.

Nell'esaminare la configurabilità del delitto di lesioni, i giudici si sono soffermati sull'evento della fattispecie ed hanno ricordato le diverse accezioni del concetto di *"malattia"*, così come richiamate in precedenza.

In particolare, le Sezioni unite hanno accolto quella nozione di malattia che si identifica con un *"processo patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso, che determina un'apprezzabile menomazione dell'organismo"*, concludendo nel senso che qualora l'esito sia fausto, e l'intervento sia stato eseguito *lege artis*, *"dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur se "anatomicamente" lesivo, non soltanto non ha provocato - nel quadro generale della "salute" del paziente - una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto. Dunque, non potrà ritenersi integrato il delitto di cui all'art. 582 cod. pen., proprio per difetto del relativo evento"*.

In tal modo, la Corte sembra aderire ad una **"concezione funzionalistica"** della malattia del tutto in linea con gli approdi definitori cui è pervenuta la medicina legale. L'esclusione, già sul piano meramente oggettivo, della riconducibilità del fatto al "tipo" delle lesioni non ha tuttavia esonerato le Sezioni unite dal svolgere taluni considerazioni anche in merito all'elemento soggettivo. Dopo aver premesso (in via generale) *"la sostanziale incompatibilità concettuale che è possibile cogliere tra lo svolgimento della attività sanitaria, in genere, e medico-chirurgica in specie, e l'elemento soggettivo che deve sussistere perché possa ritenersi integrato il delitto di lesioni volontarie"*, si aggiunge che, accedendo ad una impostazione per così dire "funzionalistica" del concetto di malattia, se ne devono trarre i necessari riverberi anche per ciò che attiene all'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 582 cod. pen., giacché, se si ritiene che non possa integrare il reato la lesione che coincida, come evento causalmente derivato, in una mera alterazione anatomica senza alcuna apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo, se ne deve dedurre che l'elemento psicologico non potrà non proiettarsi a "coprire" anche la conseguenza "funzionale" che dalla condotta illecita è derivata .

Sintetizzando allora il ragionamento seguito dalla Corte *non potrà mai parlarsi di malattia quando l'intervento abbia complessivamente aumentato il benessere del paziente*.

Al riguardo, sembrano potersi delineare **due profili problematici** che sicuramente saranno oggetto di ulteriori riflessioni ed approfondimenti da parte della dottrina: l'**argomento teleologico** ed il concetto di esito fausto.

a) A ben vedere infatti, dalla sentenza sembra emergere la considerazione per la quale le conseguenze immediate connesse a qualsiasi intervento chirurgico siano esclusivamente strumentali alla eliminazione di una patologia del paziente e, dunque, si configurino necessarie per raggiungere l'obiettivo di ogni attività medica: il complessivo miglioramento delle condizioni di salute.

b) Con riferimento al concetto di **esito fausto**, si afferma che tale *"dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente"*.

Il Collegio, nell'individuare questo "apprezzabile miglioramento delle condizioni del paziente" sembra ancorare il giudizio non solo alle regole della scienza medica ma anche *"alle manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente"*, lasciando irrisolti taluni nodi interpretativi circa la corretta qualificazione delle ipotesi caratterizzate dall'esito fausto.

5.6. L'esito *infausto*.

Nonostante il quesito sottoposto alle Sezioni unite avesse ad oggetto esclusivamente il problema della eventuale rilevanza penale di trattamenti medici arbitrari con esito fausto, il Collegio nella parte finale della pronuncia svolge talune (seppur succinte) considerazioni in merito alle ipotesi di esito infausto.

Al riguardo, si afferma che: *"qualora l'esito dell'intervento non sia stato fausto, la condotta del sanitario, avendo cagionato una "malattia", realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale". Ciò non toglie, peraltro, che, nell'ambito della imputazione del fatto a titolo soggettivo – trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici – accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all'art. 582 cod. pen., già posta in luce dalla prevalente dottrina e dai più recenti approdi giurisprudenziali, potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui – a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il "vizio" del consenso informato – si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorchè i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (artt. 55 e 59, quarto comma, cod. pen.)"*.

N.b. Nel caso di trattamento medico arbitrario penalmente irrilevante, dopo Cass. civ. S.u. 2007 è consentito ugualmente di richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale da parte del paziente. Questa tutela civilistica è più che sufficiente.

Per cass. Civ. 9.2.2010, n. 2847 e 12.3.2010, n. 6035:

«la mancanza di consenso può assumere rilievo ai fini risarcitori, benché non sussiste lesione della salute (cfr. Cass., n. 2468/2009) o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato».

La tesi rigoristica delle lesioni dolose sembra dimenticare il principio di offensività e quello di *extrema ratio*.

CONSENSO E FINE VITA

Nel caso di fine vita il consenso del paziente non autosufficiente ed affetto da malattia terminale scrimina? O integra una ipotesi di eutanasia penalmente rilevante ai sensi dell'art. 579 c.p.? O dell'art. 575 o 577 c.p.?

Sicuramente non scrimina. Vita diritto indisponibile ai sensi dell'art. 5 c.c. e quindi fuori dalla portata dell'a. 50. Inoltre per principio di specialità prevale il 579 c.p.

In realtà è complessa la valutazione del consenso in questa norma: rischi di scivolamenti verso il 575 e 577 c.p. IL consenso deve essere valido e prestato da persona non inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica per altre ragioni (a. 579, comma 3).

Nel passato per evitare eccessi di rigore '*escamotage*' della giurisprudenza: proscioglimento del soggetto che aveva 'staccato la spina' per impossibilità di stabilire se la morte era stata causata oltre ogni ragionevole dubbio da quella condotta, o data la gravità delle condizioni del malato, non era già intervenuta anche qualche attimo prima.

Sentenza Welby 2007: si sposta l'attenzione sul diritto costituzionalmente garantito alla libertà della autodeterminazione del trattamento terapeutico (artt. 2, 13, 32 Cost.) da cui si fa discendere anche un diritto al rifiuto delle cure. Si ritiene inesistente un obbligo per il malato non autosufficiente di doversi curare.

Requisiti di validità di questo rifiuto di cure e consenso all'interruzione della vita artificiale: consenso valido e attuale. Sebbene di norma indisponibile come diritto, la vita lo diventa quando coinvolge l'altro diritto (prevalente) alla autodeterminazione del trattamento medico. Anche perché questo diritto incide sul diritto alla vita, nel senso di come il malato terminale intende vivere la sua restante vita. Il diritto alla autodeterminazione implica il diritto di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo i canoni di dignità umana del diretto interessato. Il diritto di vivere ingloba anche quello di rifiutare le cure.

Questo diritto non può restare vanamente affermato nell'art. 32 Cost. senza poter essere attivato dal malato, deve trovare applicazione. L'unico soggetto legittimato ad attuarlo è il medico, non altre persone, il cui operato sarà quindi scriminato *ex art. 51 c.p.*

Cass. civ. 2007 Englaro: riconosce la possibilità di interrompere l'alimentazione artificiale sulla base di un consenso presunto. Contrasto con sentenza Welby. In questo caso inoltre c'era un altro problema: l'alimentazione artificiale è trattamento medico? Rispetto ad essa può essere fornito un dissenso? Si è risposto affermativamente, perché per realizzarla (data la sua complessità tecnica) è richiesto un sapere scientifico medico ed inoltre, come i trattamenti medici, è invasiva del corpo.

Secondo altra parte della dottrina in questi casi il fatto non è mai punibile, ma non perché scriminato da una causa di giustificazione, ma perché in radice non tipico.

Questo assunto parte dal presupposto che la condotta interruttiva del trattamento medico che tiene in vita il degente irreversibile (es. spegnimento macchina cuore-polmone) sia una condotta omissiva e non commissiva. Il medico cioè si limita a non proseguire (omette) il trattamento terapeutico con l'unico mezzo a sua disposizione una azione; compie quindi una omissione mediante un'azione.

Se il reato è un reato omissivo improprio, allora il suo presupposto è la posizione di garanzia e l'obbligo di impedire l'evento.

Bene, il medico, che di norma ha una posizione di garanzia rispetto alla salute del paziente, nel momento in cui questi manifesta la volontà di non proseguire le cure è spogliato dalla stessa e quindi non più alcun obbligo giuridico di intervenire per salvarlo. Sicché nel caso in cui non somministri più l'alimentazione o interrompa un sostegno artificiale non risponderà penalmente perché questa sua condotta sarà considerata omissiva e non penalmente rilevante perché non legata ad un obbligo giuridico di intervenire.

È evidente che anche questa tesi circoscrive il campo delle ipotesi lecite di fine vita a quelle realizzate 'passivamente' da parte del solo medico nell'ambito del rapporto che questi ha con il paziente. Solo il medico infatti è il soggetto tenuto a rispettare la volontà del malato e a consentirgli il consapevole esercizio del suo diritto alla autodeterminazione del trattamento terapeutico.

CONSENSO E TRATTAMENTI MEDICI IN PRESENZA DI ESPlicitO E VALIDO DISSENSO

Altro punto problematico è quello della eventuale rilevanza penale di interventi medico-chirurgici realizzati nei confronti di un paziente che abbia manifestato rispetto ad essi un esplicito, valido, consapevole, attuale e reiterato dissenso.

Quid iuris in tali casi?

Il medico deve rispondere di qualche reato, oppure il suo agire è scriminato dal fatto che il suo intervento forzato era funzionale a salvare la vita del paziente?

Il caso più diffuso e problematico è quello delle trasfusioni di sangue effettuate ai Testimoni di Geova in presenza del loro valido dissenso.

Una recente sentenza per dei fatti commessi nel 2006, pur ritenendo non applicabile in tali ipotesi lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., ha escluso ogni responsabilità sia ai sensi dell'art. 610 c.p., ritenendolo non sussistente per assenza del requisito della violenza, sia ai sensi dell'art. 613 c.p., per errore inevitabile ex art. 5 post sentenza 364/1988 C. cost., dal momento che i medici prima di procedere avevano avuto rassicurazioni per iscritto dalla Procura di Torino circa la liceità del loro intervento.

Si tratta però di una decisione relativa a fatti commessi prima della sentenza Giulini del 2009 e prima della sentenza Englaro del 2007. Oggi, dopo le affermazioni da parte di queste decisioni della S.C., anche a S.U., che hanno riconosciuto il diritto costituzionale del paziente a rifiutare le cure e autodeterminare il proprio trattamento terapeutico la soluzione dovrebbe essere diversa.

Più precisamente, si dovrebbe poter contestare al medico, non il 613 c.p., ma addirittura il 610 c.p., dal momento che la sedazione che precede la trasfusione può essere considerata alla stregua della violenza che rappresenta la modalità realizzativa della violenza privata.

REATI CULTURALMENTE ORIENTATI

In passato era valida l'osservazione di Pascal circa l'assurdità del diritto che fa sì che ciò che è lecito al di qua delle Alpi può essere reato al di là.

Il diritto penale è legato al territorio ed alla cultura locale; è espressione del patrimonio di valori condivisi da un dato gruppo sociale ed è funzionale a conservarlo. Il diritto penale è correlato allo Stato-nazione ed è espressione della sovranità statale (una delle ultime dopo la perdita del conio della moneta). Le diversità culturali sfumano, non vengono considerate; più in generale le caratteristiche individuali sono tendenzialmente irrilevanti di fronte alla generalità ed astrattezza della legge penale ai fini della sua applicabilità, al più rilevano in sede di commisurazione in concreto della pena.

Il silenzioso ingresso del fattore culturale nella legislazione penale: i reati contro il sentimento degli animali; in specie l'art. 19, *ter* delle disp. di coord. del c.p.; l'art. 583 *bis* c.p.

Il recente mutamento di prospettive.

La globalizzazione, recte l'occidentalizzazione del mondo e la migrazione verso i paesi ricchi occidentali dei disperati dei paesi poveri.

Si è dinanzi oggi ad una società multietnica e dunque a conflitti di cultura tra il sistema ospitante e i gruppi di minoranza in esso ospitati. Ciò che è accettato o approvato nella cultura inclusa magari è considerato penalmente rilevante per quella di accoglienza. Es.: la poligamia; la mutilazione genitale femminile (che ha generato l'assurda e irragionevole legge del 2006); l'incesto; i riti di iniziazione che comportano lesioni al corpo di minorenni; lo *ius corrigendi* illimitato del *pater familias*.

Il diritto penale come si deve porre dinanzi a questi conflitti di culture?

In passato si riteneva che in caso di presenze di culture diverse queste dovessero integrarsi in quella dominante nello stato d'accoglienza e in casi di contrasto necessariamente soccombere.

Oggi la società è multiculturale, il discorso cambia.

Premessa: per cultura si intende quella del gruppo a cui appartiene il singolo e non semplicemente quella del singolo individuo.

Quali sono i requisiti che il gruppo di riferimento deve presentare perché il reato del singolo possa essere definito come 'culturalmente motivato'?

Una cultura comune; La cultura del gruppo deve aver inciso sulla formazione del singolo e sul suo comportamento penalmente rilevante; riconoscimento del gruppo.

Nozione di reato culturalmente motivato: è un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo etnico di minoranza che è considerato reato dalle

norme del sistema della cultura dominante. Lo stesso comportamento nella cultura dell'autore è invece condonato, accettato come normale o, addirittura, è approvato o imposto.

Per qualificarlo come tale non è sufficiente che il difensore nel processo faccia riferimento in modo indeterminato al retroterra culturale peculiare dell'imputato. È necessario provare che la il fattore culturale è stato la causa del reato; che esso ha una dimensione oggettiva, perché condiviso dal gruppo etnico di appartenenza; che la cultura del gruppo etnico minoritario sia sensibilmente diversa rispetto a quella del gruppo dominante.

Quali risposte si possono dare?

- 1) Il modello assimilazionista-egualitario. Assoluta indifferenza rispetto al fattore culturale in forza del principio di uguaglianza. Presupposto: integrazione 'forzata' degli immigrati nel sistema che li accoglie.
- 2) Il modello assimilazionista-discriminatorio. Valutazione ulteriormente negativa del fattore culturale e del mancato adeguamento dell'immigrato alla cultura del sistema di accoglienza. Es. il nostro art. 583 *bis* c.p. (norma che tipizza un elemento culturale ipercriminalizzando una lesione personale dolosa aggravata).
- 3) Il modello multiculturale forte. Attenzione alle peculiarità culturali del singolo e possibilità di valutarle anche in sede penale addirittura come scriminanti (l'es. è quello della *cultural defense* anglosassone per il *cultural offender*).
- 4) Il modello multiculturale debole. Attenzione alle peculiarità culturali del singolo, ma senza scardinare i principi e le categorie penalistiche interne. Valutazione del fattore culturale nell'ambito della colpevolezza-rimproverabilità.

Critica contro le *cultural defense*: sono eccessivamente indeterminate e rischiano di lasciare impuniti anche reati particolarmente gravi, oltre che introdurre elementi di incertezza nei consociati, abbassamento dei livelli di tutela per talune vittime e violazioni del principio della certezza del diritto.