

LUISS
Libera Università Internazionale degli Studi Sociali
Guido Carli

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
CATTEDRA DI DIRITTO PENALE

**IL CONSENSO DEL PAZIENTE NEL
TRATTAMENTO MEDICO**

RELATORE

Chiar.mo Prof. Angelo Carmona

CANDIDATA

Cecilia Persia
Matr. 601973

CORRELATORE

Prof.ssa Paola Severino

ANNO ACCADEMICO 2006/2007

IL CONSENSO DEL PAZIENTE NEL TRATTAMENTO MEDICO

INDICE

I	IL CONSENSO INFORMATO	1
1.1	<i>Le origini del consenso informato</i>	5
1.2	<i>I requisiti di validità del consenso del paziente</i>	10
1.3	<i>I caratteri dell'informazione</i>	18
1.4	<i>La responsabilità medica tra libertà di autodeterminazione del paziente e dovere del medico di curare</i>	25
II	IL TRATTAMENTO MEDICO ARBITRARIO	36
2.1	<i>L'evoluzione giurisprudenziale. Il caso Massimo</i>	38
2.1.1	<i>Il caso Barese</i>	46
2.1.2	<i>Il caso Firenzani</i>	52
2.1.3	<i>Il caso Volterrani</i>	61
2.2	<i>Le alternative prospettabili di responsabilità penale</i>	74
III	L'EUTANASIA	116
3.1	<i>L'inquadramento penale delle forme d'eutanasia</i>	118
3.2	<i>L'eutanasia passiva consensuale</i>	131
3.2.1	<i>Il caso Welby</i>	159
3.3	<i>L'attualità del consenso e il c.d. testamento biologico</i>	178
3.3.1	<i>Eutanasia passiva rispetto ai soggetti in stato di incoscienza e direttive anticipate di trattamento</i>	186
IV	CONCLUSIONI	192
	BIBLIOGRAFIA	219

I

IL CONSENSO INFORMATO

E' affermazione ricorrente che il consenso informato del paziente sia presupposto indefettibile di legittimità del trattamento medico.

L'accostamento dell'aggettivo informato al concetto di consenso esprime molto di più di un generico dovere di informazione del medico: tale formulazione sottende, infatti, una nuova concezione del rapporto medico-paziente, tendente a superare la visione puramente filantropica, se non paternalistica, del medico, quale soggetto gravato del dovere di curare, ma fornito per contro di un potere incondizionato circa la scelta terapeutica e le sue modalità di attuazione.

In passato, tutto il processo decisionale era imperniato sulla figura del medico, unico capace di determinare il corso degli eventi. L'emergere del paziente quale soggetto di decisioni impone di stabilire un maggior equilibrio ed equità nei ruoli di tale rapporto. Porre il consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente equivale, dunque, a rovesciare tale concezione tradizionale dell'attività medica: nella nuova prospettiva, i doveri del medico sono subordinati ai diritti del malato e *in primis* alla sua libertà di autodeterminazione. "Il consenso informato mira cioè a porre al centro dell'attenzione del medico non solo, o non soltanto, la malattia, ma la persona

bisognosa di cure; cosicché, ai doveri di informazione del medico corrisponde oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto irrinunciabile e non più come una gentile concessione”¹.

Mentre dunque la subordinazione dell'attività terapeutica alla semplice approvazione del paziente mirava unicamente a garantire contro il pericolo di terapie coattivamente imposte dal medico, il requisito del consenso informato intende scongiurare che il paziente accetti il trattamento medico in assenza di una chiara e consapevole rappresentazione del rapporto tra i costi e i benefici della terapia. Il diritto del paziente di sapere e di consentire rappresenta l'aspetto cruciale del nuovo modello di atteggiarsi del rapporto medico-paziente, stretti in un'autentica “alleanza terapeutica”.

In Italia manca una disciplina organica del consenso informato, e ciò rende ancor meno agevole definire in modo esaustivo tale espressione. In ogni caso, la prima idea che essa richiama è quella per cui la sfera personale del paziente può essere invasa solo se questi, preventivamente informato, vi abbia consentito, mentre nessuna ingerenza è consentita se egli abbia opposto il suo rifiuto. Il principio del consenso al trattamento medico, dunque, si attaglia perfettamente al principio personalistico che ispira il nostro ordinamento e risulta, tra gli altri, dagli artt. 13 e 32, comma 2, Cost. Infatti, mentre la prima norma stabilisce il primato della libertà personale, come libertà da costrizioni,

¹ GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *RIDPP*, 2001, p. 378.

la seconda dispone che il trattamento medico può essere imposto, in via eccezionale, solo quando risulta necessario per tutelare la collettività dalla pericolosità della malattia e sempre che, in tali casi, sia previsto dalla legge. Dalla lettura del combinato disposto delle norme costituzionali sembra quindi discendere che la libertà di autodeterminazione terapeutica assurga a valore implicitamente costituzionalizzato.

Va ricordato, peraltro, che a questa libertà dispositiva l'ordinamento pone un solo limite: l'art. 5 c.c., infatti, vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, nonché quelli che siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Questo divieto non rappresenta, tuttavia, un principio assoluto: se è vero, infatti, che la salute viene tutelata a livello costituzionale come bene primario sia per l'individuo sia per la collettività, ne discende che per conseguire il proprio benessere psico-fisico il paziente ha diritto di sottoporsi ai trattamenti sanitari ritenuti più efficaci. Escludere la disponibilità di tale diritto significherebbe negarne in radice la tutela.

Se, dunque, l'interessato può disporre del diritto all'integrità fisica nei limiti in cui ciò sia funzionale a finalità terapeutiche, la *ratio* dell'art. 5 c.c. viene ad essere circoscritta agli atti che non sono rivolti alla tutela della propria salute: si pensi, ad esempio, al prelievo di organi in favore di terzi dal quale siano irrimediabilmente pregiudicate funzioni vitali, o a pratiche quali

l'infibulazione o altre menomative dell'organo genitale femminile. Il disposto dell'art. 5 c.c., in sostanza, non restringe la libertà di autodeterminazione, ma al contrario la protegge, poiché vieta l'abuso ma non l'atto dispositivo del proprio corpo.

1.1 Le origini del consenso informato

L'espressione *informed consent* si fa convenzionalmente risalire alla decisione della Corte Suprema della California nel caso *Salgo v. Leland Stanford Jr., University, Board of Trustees*, del 1957.

In realtà, il dibattito circa la semplice necessità del consenso del paziente al trattamento medico ha origini più antiche, risalendo addirittura al XVIII secolo. Il precedente storico citato nelle pronunce della Suprema Corte è infatti il caso *Slater*, del 1767: il paziente lamentava che i medici da lui incaricati di rimuovere le bende che fasciavano la gamba fratturata, e non ancora totalmente ricomposta, avevano deliberatamente e senza il suo consenso provocato un'ulteriore frattura dell'arto nel tentativo di risistemarlo definitivamente con una nuova sperimentale "imbracatura". La Corte condannò i medici per aver agito non solo con negligenza ed imperizia, ma anche senza il consenso del paziente, impedendogli di sottoporsi con consapevolezza all'operazione.

I primi anni del XX secolo sono contrassegnati da importanti pronunce giurisprudenziali che rafforzano il principio del consenso. Ricordiamo ad esempio il caso *Mohr*, del 1905: la sentenza in questione è significativa perché, pur non giungendo ancora a parlare di un diritto all'autodeterminazione o di autonomia del paziente, bensì solo di un diritto su se stessi, contiene

l'affermazione per cui un valido consenso richiede la previa conoscenza da parte del paziente dei pericoli e dei rischi insiti nella terapia.

La prima vera svolta avviene però nel 1914, quando la Corte afferma che “Ogni essere umano adulto e capace ha diritto di determinare cosa debba essere fatto con il suo corpo; un chirurgo che esegue un'operazione senza il consenso del paziente commette una violenza personale, per la quale risponderà dei danni”². Viene dunque sancito il principio per cui il consenso è requisito di liceità del trattamento medico, e in mancanza di esso la condotta del sanitario sarà qualificabile in termini di violenza alla persona.

Si giunge così al rinomato caso Salgo, cui si deve la nascita dell'espressione *informed consent*: nella sentenza la Corte afferma il dovere del medico di comunicare al paziente ogni fatto che sia necessario a formare la base di un consenso intelligente al trattamento proposto. Per la prima volta, peraltro, la Corte non circoscrive la sua indagine alla sussistenza o meno di un esplicito consenso, ma concentra l'attenzione sulla presenza di un consenso previamente informato al momento in cui veniva prestato. Il caso Salgo è inoltre il primo caso americano in cui si uniscono le due teorie della responsabilità medica fondate sul consenso: quella che lo richiede come aspetto della diligenza medica (*good medical care*), e quella che lo interpreta come dovere di rispettare l'autonomia del paziente (*duty to respecting*).

² CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Reati contro la persona*, UTET, 2006, p. 641.

Il dibattito statunitense sul consenso informato, ancora oggi aperto soprattutto con riguardo al riconoscimento del *right to die*, ovvero del diritto del paziente di rifiutare i trattamenti medici anche se *life-saving*, ha avuto ampia eco anche in Europa sin dagli anni Cinquanta.

Un significativo punto di riferimento del pensiero europeo è costituito dalla Guida Europea di Etica Medica³, documento fondamentale cui si sono ispirati tutti i codici di deontologia medica della Comunità Europea. La Guida pone opportunamente l'accento sulla necessità di un'adeguata informazione prima di acquisire il consenso del paziente, informazione che deve riguardare sia gli effetti che le prevedibili conseguenze della terapia. Viene poi specificato che il consenso del paziente deve essere richiesto specialmente per il compimento di atti che comportino un rischio serio, mentre in merito alla forma del consenso la Guida non fornisce alcuna direttiva.

Altra tappa importante è poi la Convenzione Europea di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 4.4.1997, ratificata dall'Italia con legge 28.3.2001, n° 145. La Convenzione dedica al consenso l'intero capitolo II, stabilendo che “un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato” e che il paziente è libero in qualunque momento di revocarlo. Tale principio subisce una deroga solo nei casi di urgenza, ove il medico è pienamente legittimato ad

³ Approvata a Parigi nel 1982, è stata poi modificata nel 1987 prendendo il nome di “Principi di etica medica europea”.

intervenire per tutelare la vita del paziente in stato di incoscienza, dovendo tuttavia tenere in considerazione le volontà precedentemente espresse dal soggetto in merito ad un determinato trattamento.

Per quanto riguarda l'evoluzione del principio del consenso informato in Italia, esso ha avuto pieno riconoscimento giuridico solo negli anni Novanta.

In passato, infatti, il problema della disciplina dei rapporti tra medico e paziente veniva affrontato in un'ottica tendente a respingere l'idea dell'autodeterminazione della persona in ordine alla propria salute e alla propria vita: era prevalente l'idea della sussistenza di un dovere morale di curarsi, cui si affiancava un dovere di farsi curare. "L'ordinamento giuridico attribuisce alla vita del singolo anche un valore sociale, e ciò in considerazione dei doveri che all'individuo incombono verso la famiglia e verso lo Stato"⁴.

Il legislatore non si era quindi mai occupato esplicitamente del consenso informato, limitandosi a richiamare *una tantum* la libertà di scelta del paziente e il rispetto della sua dignità, nonché l'attività informativa del medico: affermazioni ancora lontane dalla concezione del consenso elaborata dalla Corte Suprema statunitense.

Solo negli anni Novanta il consenso informato inizia ad essere oggetto di specifiche disposizioni legislative in ambito sanitario: ricordiamo, ad esempio, la legge 4.5.1990, n° 107, in materia di attività trasfusionali, ove si stabilisce

⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Milano, 2002, p. 43.

che il ricevente la trasfusione di sangue, preventivamente informato che tale procedura può non essere esente da rischio, è tenuto ad esprimere per iscritto il proprio consenso o dissenso. Nello stesso senso è orientata la disciplina in materia di radiazioni ionizzanti (d. lgs. 17.3.1995, n° 230), nonché la legge 19.2.2004, n° 40, sulla procreazione medicalmente assistita. L'art. 6 prevede, infatti, l'obbligo del medico di informare le coppie che a lui si rivolgono “sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi da esse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro”.

L'esigenza di adeguare le regole etiche al cambiamento del rapporto medico-paziente ha condotto poi all'adozione di ben tre codici di deontologia medica nell'arco di soli dieci anni. Il susseguirsi di tali codici ha evidenziato una crescente considerazione, da un lato, della maggiore consapevolezza da parte del cittadino delle proprie prerogative in campo medico; dall'altro, delle nuove conquiste avvenute grazie al progresso delle scienze biomediche e farmacologiche, nonché dei relativi problemi etici che sono stati sollevati e approfonditi.

1.2 I requisiti di validità del consenso del paziente

Premesso che i modelli di consenso informato indicati dalla legislazione speciale sanitaria presentano delle peculiarità *ad hoc*, e non possono pertanto costituire il parametro generale di riferimento, è comunque possibile ricavare dalle decisioni giurisprudenziali, dagli strumenti internazionali e dalla stessa normativa, alcune indicazioni utili circa i requisiti di validità del consenso del paziente, nonché circa i caratteri necessari dell'informazione medica.

In quanto espressione di autodeterminazione terapeutica, il consenso all'atto medico deve essere anzitutto **personale**, non essendo ammessa alcuna forma di rappresentanza se non in caso di incapacità (soggetti minori o infermi di mente). Dal punto di vista giuridico è del tutto irrilevante il consenso di terzi o degli stessi familiari quando il paziente è capace di intendere e di volere, poiché egli è l'unico soggetto legittimato a consentire trattamenti che incidono sul proprio corpo e sulla qualità della vita.

Le dichiarazioni dei prossimi congiunti possono al più acquisire una funzione probatoria della volontà del paziente che si trovi in stato di temporanea incoscienza. Ci si è chiesti quale tipo di indagine debba svolgere il medico per risalire a tale volontà: certamente egli dovrà assumere le opportune informazioni dai familiari, ma pare eccessivo ipotizzare che debba aprire una vera e propria istruttoria al fine di ricercare, ad ogni costo, l'intendimento del

paziente, posto per altro che lo svolgimento di tale compito investigativo potrebbe ostacolare un sollecito intervento terapeutico.

Bisogna poi tenere presente che nei confronti del soggetto incapace la liceità dell'attività medica può ricondursi al più ampio dovere di solidarietà sociale espresso dall'art. 2 Cost. e dalla indiscussa posizione di garanzia che il medico assume in relazione alla salute della persona assistita. In questa prospettiva, la volontà del paziente è un elemento di cui il medico deve tener conto solo quando la si possa facilmente appurare in modo non equivoco, ovvero allorché essa emerga da elementi sufficientemente certi e concordanti. In caso contrario, il medico non ha l'obbligo di svolgere attività istruttorie, assumendosi un compito non solo impegnativo, ma anche estraneo alla sua formazione professionale.

Questa soluzione, tuttavia, presuppone che il trattamento terapeutico sia, in concreto, a vantaggio del paziente, nel senso che il bilanciamento tra benefici e rischi si deve risolvere a favore dei primi: in caso contrario (si pensi ad un intervento demolitivo, con limitazione della funzionalità di organi vitali) prevale il dovere di astensione, in attesa del ritorno di coscienza del paziente, sempre che l'inizio della terapia sia rinviabile senza pregiudizio per la salute del medesimo.

Oltre che personale il consenso deve essere **esplicito**: il paziente, cioè, deve manifestare il consenso in modo espresso, univoco e non condizionato,

rispetto ad atti medici specifici e determinati. Sarà quindi cura del medico accertare che il consenso ricevuto dal paziente, oltre ad essere libero ed espressione di una scelta volontaria, sia reale e genuino: si pensi, ad esempio, ad un consenso generico per imprecisate esigenze terapeutiche, oppure prestato a seguito di una non corretta comprensione del trattamento proposto o della natura e dell'entità dei rischi.

La questione, però, merita attenzione, perché sempre più spesso l'attività medica è svolta in *équipe*, o comunque è articolata in una sequenza di fasi e caratterizzata da diverse competenze e specializzazioni: l'informazione data al paziente dovrà riguardare i rischi insiti in ogni singola fase, per cui il relativo dovere graverà su ciascuno dei medici competenti per ognuna di esse (ad esempio il radiologo, l'anestesista, il chirurgo).

Da questo tipo di attività terapeutica, che si può definire complessa, in quanto coinvolge fasi diverse con altrettanti fattori di rischio, devono invece distinguersi le ipotesi di trattamento terapeutico ciclico, in cui la terapia viene ripetuta, con i medesimi fattori di rischio, in un determinato arco temporale, come nel caso della chemioterapia: il consenso iniziale al ciclo terapeutico, preceduto da un'informazione completa, non deve essere di volta in volta rinnovato dal paziente ad ogni applicazione del trattamento, anche se il medico che esegue una fase della terapia sia diverso da quello che ha ricevuto l'iniziale consenso.

La manifestazione del consenso è a **forma libera**, non essendo richiesta per la sua validità una forma *ad substantiam*; salvo diverse disposizioni di legge, è sufficiente che il consenso sia espresso oralmente, purché in modo non equivoco. Del resto anche la stessa attività informativa di regola viene compiuta oralmente: nessuna particolare formalità è infatti prescritta, fermo restando che il sanitario può utilizzare e sottoporre al paziente materiale scritto ed illustrato, a fini di maggiore chiarezza. L'oralità su entrambi i fronti, informazione e consenso, bene si addice alla relazione fiduciaria tra medico e paziente e all'esigenza di evitare ogni forma di spersonalizzazione e burocratizzazione della relazione di cura.

In ogni caso, il consenso scritto è da ritenersi quantomeno opportuno in tutti quei casi in cui le prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche in ragione della loro natura (per il rischio che comportano, per la durata del trattamento, per le implicazioni personali e familiari, per la possibilità di opzioni alternative tra le quali va anche compresa l'eventualità di scelta di un altro medico curante o di altra struttura sanitaria) sono tali da rendere necessaria una manifestazione inequivoca e documentata della volontà del paziente⁵.

Questo significa che la diffusa prassi di fare sottoscrivere al paziente il c.d. "modulo di consenso informato" non esime affatto il medico dal fornire

⁵ In tal senso si esprime l'art. 32 del codice di deontologia medica: "Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche o terapeutiche o per le possibili conseguenze sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione inequivoca della volontà del paziente, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo".

tutta l'informazione necessaria ed adeguata al caso di specie, né lo esime dal ricevere il consenso esplicito del paziente: tale modulo, infatti, costituisce solo un segmento probatorio del consenso informato, ma certo non lo sostituisce. E' necessario evitare che, per mezzo del modulo, il consenso informato si traduca in una pratica burocratica formale, o addirittura in uno strumento finalizzato alla sola difesa preventiva del medico, essendo invece nato per valorizzare un rapporto così importante e delicato per la vita dei pazienti.

La dottrina ha evidenziato, infatti, che “la formalizzazione del consenso informato deve essere intesa non come l'espletamento sbrigativamente liberatorio di un onere burocratico in più, né come l'omaggio ad un mito retorico, ma quale prova trasferibile di un colloquio personale realmente avvenuto nei tempi e modi più adatti a promuovere un'autentica comunicazione, nel corso della quale il medico deve avere cercato sia di comprendere la personalità del paziente, le sue preferenze soggettive ed opzioni morali, sia suscitato una chiara comprensione delle alternative terapeutiche e dei rispettivi rischi e benefici”⁶. A ciò si aggiunga che il dialogo e l'informazione contribuiscono a creare un clima di fiducia nella capacità del medico di tenere conto delle scelte e dei valori del paziente, in modo da agevolare la formazione di un comune sentire rispetto alle decisioni da assumere e di un'autentica volontà ferma, univoca, persistente, razionalmente motivata.

⁶ CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita*, cit., p. 654.

Il modulo di consenso informato svolge dunque una funzione essenzialmente probatoria. Nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, infatti, la necessità di documentare adeguatamente il consenso del paziente mediante la sottoscrizione di un apposito modulo ha la funzione primaria di dare atto della completezza dell'informazione fornita dal sanitario e della volontà espressa dal paziente: ovviamente, tanto più precisa e completa è la specificazione delle modalità del trattamento chirurgico tanto maggiore è la certezza che il malato sia stato correttamente portato a fornire il suo assenso. Peraltro, qualora la manifestazione del consenso non risponda ai requisiti della precisione e della completezza, ciò non può ritenersi conseguenza automatica del fatto che il paziente non abbia ricevuto una corretta informazione: in questo caso, sarà necessario accertare rigorosamente la mancanza di tale corretta informazione e la responsabilità di tale fatto in capo al sanitario.

Il modulo di consenso scritto di regola viene allegato alla cartella clinica e ne costituisce parte integrante. Nel contempo, è opportuno che la cartella contenga separate annotazioni da parte del medico circa le ragioni delle sue proposte diagnostiche e terapeutiche. E' facile intuire come una cartella ben redatta possa costituire un utile supporto difensivo per il medico, al fine di ricostruire la sua condotta durante il trattamento, nonché l'*iter* logico-scientifico che ha portato ad una determinata diagnosi, anche se ciò non preclude ogni indagine sulla completezza o meno dell'informazione o sulla sua intelligibilità.

Il consenso deve inoltre essere **libero**, in quanto espressione di una volontà effettiva del paziente: questa caratteristica è corollario della fondamentale libertà di autodeterminazione, che rende inconcepibile un dovere di curarsi in funzione di un interesse sociale. Ne consegue che il consenso del paziente non deve essere viziato da errore, che può cadere, ad esempio, sul tipo di trattamento, sulla natura ed entità dei rischi, sulla persona o sulla qualificazione professionale del medico incaricato dell'intervento. In questi casi è evidente l'essenzialità dell'errore che incide su aspetti rilevanti e decisivi per la manifestazione di volontà; tale non è, invece, l'errore che riguarda la durata della degenza o le modalità di somministrazione della terapia farmacologica.

L'esigenza di un consenso liberamente espresso è avvertita anche dal Codice di deontologia medica che all'art. 34, comma 1, dispone: "Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà, dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona".

Il consenso è, infine, sempre **revocabile** da parte del paziente. Tuttavia, se non vi è dubbio che la revoca sia sempre vincolante ove intervenga prima dell'inizio della terapia, più problematica appare la validità della revoca che sopraggiunga durante lo svolgimento dell'attività medica. In questo caso, infatti, l'interruzione del trattamento potrebbe risultare tecnicamente impossibile, oppure potrebbe esporre il paziente ad un rischio addirittura

superiore rispetto a quello in cui versava in origine, o ancora la revoca potrebbe non corrispondere all'intima volontà del paziente, essendo dettata dal dolore provocato dalla terapia. Ora, non sembra che si possa addossare al medico il compito di accertare la genuinità della revoca del consenso in quelle situazioni in cui il sopravvenuto dissenso sia fortemente condizionato: il medico, anche in considerazione della sua posizione di garanzia nei confronti della salute del paziente, deve comunque agire nell'interesse di questi, proseguendo il trattamento senza commettere alcun illecito.

1.3 I caratteri dell'informazione

Il paziente è in grado di esprimere il proprio consenso in ordine al trattamento medico solo se è messo in condizione di conoscere le possibili terapie, valutarne costi e benefici e dunque effettuare una reale scelta. Tutto ciò comporta la necessità che il paziente riceva un'informazione **adeguata** da parte del medico, diretta cioè non a colmare l'inevitabile differenza di conoscenze tecniche tra medico e paziente, bensì a porre quest'ultimo nella condizione di esercitare correttamente i suoi diritti e quindi di formarsi una volontà che sia effettivamente tale. L'informazione dovrà dunque essere sufficientemente sincera, dettagliata e motivata, nonché proposta in modo da stimolare il paziente ad una partecipazione critica alla decisione tramite domande e richieste di chiarimenti; il linguaggio dovrà pertanto essere chiaro e adatto al singolo paziente in relazione alla sua cultura e al suo stato psichico, onde facilitare tra l'altro un dialogo realmente costruttivo.

Tutto ciò è necessario poiché l'informazione costituisce il presupposto naturale del consenso informato, necessariamente consapevole e "illuminato", che può essere cioè manifestato solo dal soggetto interessato che abbia compreso la sua situazione clinica.

Il dovere del medico di informare viene sancito nel Codice di deontologia medica⁷: il sanitario, salvo differente indicazione del paziente, non dovrà essere parco di indicazioni, ma soddisfare ogni specifico quesito, rendendo risposte il più possibile chiare e prescindendo da precisazioni superflue inerenti agli aspetti scientifici dell'intervento.

L'informazione deve quindi essere **veritiera**. In particolare, l'art. 30, comma 4, del Codice di deontologia medica dispone che “le informazioni riguardanti prognosi gravi e infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza”, eliminando comunque ogni discrezionalità del medico in ordine all'opportunità della rivelazione. La scelta operata dal codice richiama l'orientamento anglosassone per cui sia nel caso di prognosi fausta che di prognosi infausta il paziente ha diritto di conoscere il proprio destino, al fine di autodeterminarsi in ordine a scelte future. Se è vero, però, che la regola è la completezza dell'informazione intesa come diritto della persona per una decisione pienamente consapevole, è anche vero che tale regola subisce un'eccezione quando ciò potrebbe comportare un serio pregiudizio alla salute del paziente, in relazione alla sua particolare condizione (cardiopatía grave, depressione,

⁷ Prescrive l'art. 30, comma 1: “Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate; il medico nell'informarlo dovrà tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche”.

istinti suicidari ecc..). In questi casi, la disposizione di cui al citato art. 30 appare eccessivamente rigida: una soluzione potrebbe essere quella di valorizzare il ruolo dei prossimi congiunti del paziente, al fine di meglio capire le sue esigenze personali e mediare eventuali scelte difficili da compiere nel suo interesse⁸.

Quando dal piano astratto si passa poi a verificare le condizioni in presenza delle quali possa dirsi intervenuto un consenso consapevole all'atto medico, risulta chiara la difficoltà di determinare lo *standard* di informazione adeguato.

In assenza di indicazioni legislative espresse, infatti, diverse sono le strade percorse allo scopo di individuare l'ambito di doverosità dell'informazione. Vi sono stati, ad esempio, tentativi di risolvere il problema analizzando il rapporto medico-paziente sotto il profilo privatistico, mutuando cioè dal diritto privato gli schemi di valutazione del *quantum* di informazione doverosa. Così, muovendo dal rilievo che tra medico e paziente intercorre un contratto d'opera professionale, si è affermato che sul medico grava il dovere di informare la controparte delle circostanze rilevanti dell'affare, quale tipica espressione del dovere di comportarsi secondo la buona fede nelle trattative

⁸ In questo senso v. BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2001, p. 371 e seg., il quale sottolinea anche che “se il recepimento del principio dell'*informed consent* era una naturale evoluzione, rispondente peraltro al mutamento dell'ordinamento costituzionale italiano...non è detto che devono essere recepiti pedissequamente anche tutti quei peculiari aspetti con i quali si è caratterizzato nei Paesi dove per primi è stato introdotto perché rispondenti a quella particolare tradizione culturale ma che non devono necessariamente connotarlo”.

pre-contrattuali. A ciò si è aggiunto che l'interesse protetto dal dovere di informazione non va individuato nella libertà di autodeterminazione terapeutica, bensì nella salute del soggetto in sé considerata⁹.

Si è obiettato, tuttavia, che l'approccio civilistico non si rivela adeguato a modellare i contorni di un dovere, quello di informazione al paziente, la cui funzione si coglie soprattutto sul versante dei rapporti di diritto pubblico, in cui si iscrive la tutela dei diritti fondamentali della persona. Se si muove da una visione meramente negoziale dei rapporti tra medico e paziente, infatti, il rischio è di non considerare a sufficienza il bisogno di informazione del singolo paziente. Senza contare che, assumendo come obiettivo finale del dovere di informazione la tutela della salute in sé, si potrebbe giustificare l'assoluta discrezionalità del medico in relazione al *quantum* di informazione dovuta e la possibilità che i familiari del paziente si sostituiscano in ogni caso all'interessato quali destinatari di suddetta informazione¹⁰.

Negli Stati Uniti, dove si registra al riguardo la più ampia casistica, la giurisprudenza ha delineato tre criteri alternativi in base ai quali determinare lo *standard* di informazione dovuta dal medico:

(a) *Standard* professionale (*professional practice standard*): occorre dire al paziente ciò che la comunità scientifica ritiene essenziale allo stato attuale delle sue conoscenze. Tale criterio rischia però di condurre ad

⁹ Così MASSA, *Il consenso informato: luci ed ombre*, in *Questione giust.*, 1997, p. 412 e seg.

¹⁰ GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., p. 386 e seg.

un'informazione incomprensibile per l'uomo comune, seppur scientificamente ineccepibile.

(b) *Standard medio (reasonable person standard)*: occorre riferire quanto una persona ragionevole, “media” all'interno della comunità, vorrebbe saper e potrebbe comprendere. Questo criterio, standardizzando l'aspettativa di, mortifica l'esigenza di un'informazione personalizzata.

(c) *Standard soggettivo (subject standard)*: l'informazione deve essere quella necessaria affinché lo specifico paziente possa comprendere e decidere.

Da quanto detto circa le caratteristiche e le finalità del consenso informato, sembra logico dedurre che il criterio da seguire è sicuramente quello soggettivo, relativo al bisogno di conoscenza espresso dal singolo paziente. L'obbligo di informazione non è comunque illimitato, ma deve focalizzarsi in particolare su due aspetti: il rapporto tra rischi e benefici che possono derivare dall'intervento, e la reale ed effettiva conseguibilità degli esiti in cui confida il paziente. Significativa, in ordine al contenuto e all'ampiezza del dovere di informazione, è la sentenza della Cassazione, Sezione III, Civile, 15.1.1997, n. 364, in quanto il principio affermato è valido anche in ambito di responsabilità penale: “Nell'ambito degli interventi chirurgici, in particolare, il dovere di informazione concerne la portata dell'intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi, sì da porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità di

procedervi o di ometterlo, attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anormali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'*id quod plerumque accidit*, non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve contemperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento. L'obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente, con l'ausilio tecnico-scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi".

Naturalmente, sebbene il consenso informato sia necessario per qualunque attività medica, lo *standard* di informazione necessaria può comunque variare a seconda dell'incidenza del trattamento sulla salute del paziente, evitando in questo modo il rischio di "burocratizzare" anche la semplice somministrazione di farmaci cosiddetti da banco. In altre parole, la completezza dell'informazione deve essere valutata in proporzione all'importanza dei beni coinvolti e ai coefficienti di rischio insiti nell'atto medico, attraverso un bilanciamento di tali fattori.

Per quanto riguarda il soggetto tenuto all'informazione, appare preferibile che essa provenga dallo stesso medico che formula la proposta

terapeutica e le dà esecuzione. Non vi sono ragioni, però, per escludere che quest'ultimo possa anche delegare a terzi il compito di informazione. In realtà, il meccanismo della delega rischia di vanificare la finalità dell'informazione medica, tutte le volte in cui il soggetto delegato non sia in grado di assolvere la funzione affidatagli e si limiti ad enunciare al paziente le sole "acritiche" notizie contenute nei moduli che sovente si fanno sottoscrivere ai pazienti. Ne consegue che la delega avrà valore solo allorché il soggetto delegato sia anch'egli un medico dotato di diretta competenza allo svolgimento della specifica terapia che illustra al paziente e sempre che questi possa, ove lo richieda, conferire direttamente con il medico che effettuerà il trattamento terapeutico.

1.4 La responsabilità medica tra libertà di autodeterminazione del paziente e dovere del medico di curare

E' questione assai dibattuta quella del limite entro il quale l'agire doveroso del medico, nel presumibile interesse del paziente, entri in conflitto con il diritto di questi alla propria autodeterminazione.

L'art. 32 Cost. stabilisce che "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività". I due interessi, individuale e collettivo, possono non coincidere. Il secondo comma aggiunge infatti: "Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

Il trattamento sanitario è sempre volontario, presuppone cioè il consenso del diretto interessato e non la volontà di altri, neanche dello stesso medico, il cui compito, delineato dal codice deontologico, è la difesa e il rispetto della vita, della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo della sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana.

In un sistema in cui l'uomo non è concepito come strumento funzionale alla soddisfazione di interessi di rilevanza collettiva, ma in cui i diritti inviolabili della persona sono posti in primo piano, il consenso informato costituisce legittimazione e fondamento dell'atto medico. Solo al paziente è demandato di effettuare le scelte inerenti la propria vita; è nel diritto di

ciascuno di disporre della propria salute ed integrità personale, essendo la portata del principio dell'incoercibilità del trattamento medico tale da comprendere addirittura il rifiuto delle cure mediche, lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle estreme conseguenze. Il che non equivale ad affermare un diritto positivo al suicidio, ma semplicemente che la salute non è un bene che coattivamente possa essere imposto ad un soggetto dalla volontà o dall'arbitrio altrui. Il medico deve solo verificare che il rifiuto del paziente sia consapevolmente prestato da persona capace di intendere e di volere: appurato ciò, egli ha l'obbligo di arrestarsi dopo aver adempiuto il dovere di informazione.

Oltre ciò non può andare, se non nei casi tassativamente previsti dalla legge: si tratta di ipotesi dovute ad esigenze di sanità pubblica ove, nell'interesse della collettività, si può prescindere dal consenso del diretto interessato, ma sempre con il limite invalicabile del rispetto della persona umana¹¹.

Data questa premessa, è possibile che si presentino casi in cui si pone il problema del limite entro cui il medico è tenuto a rispettare la volontà del

¹¹ In particolare, i trattamenti sanitari obbligatori (TSO) sono previsti nei seguenti casi: malattie infettive e diffuse, per le quali esiste l'obbligo di notifica di visite mediche preventive e di vaccinazione; malattie veneree in fase contagiosa; malattie mentali trattate in condizioni di degenza ospedaliera qualora le alternative psichiche siano tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengono accettati dal soggetto; entro certi limiti, lesioni da infortunio sul lavoro, malattie professionali, infermità o difetti fisici o mentali che danno luogo ad invalidità pensionabile.

paziente, e dunque il problema della validità in assoluto del brocardo *voluntas aegroti suprema lex esto*.

Il problema in questione può riguardare in primo luogo la legittimità dell'atto medico in riferimento alla capacità di colui che presta il consenso. Il soggetto giuridicamente capace di agire, ai sensi del codice civile, può perdere parte delle sue facoltà di discernimento a causa della malattia o dei farmaci. Poiché la validità del consenso dipende dalla capacità reale del paziente, non vi è spazio per presunzioni: né per quelle che, muovendo dalla nozione civilistica di capacità d'agire, affermano la piena capacità del paziente non interdetto e non inabilitato; né per quelle per cui determinati stati patologici comportano sempre una diminuzione delle facoltà di discernimento. La questione, quindi, ammette come unica soluzione la valutazione in concreto, con tutti i problemi che si possono presentare.

Il riferimento è innanzitutto al caso in cui il paziente si trovi in condizioni di sofferenza tali da attenuare o escludere una libera autodeterminazione. In quest'ipotesi non sembra potersi prescindere dal grado di tollerabilità del dolore, nel senso che, ove il medico intervenga con una terapia indirizzata all'attenuazione di dolori insopportabili, la subordinazione di tale attività al consenso informato del paziente potrebbe risultare addirittura crudele, soprattutto nel caso in cui comporti il differimento dell'intervento. Senza considerare che, in un simile contesto, l'adempimento del dovere di

informazione da parte del medico rischierebbe di risolversi in un'inflizione al paziente di una sofferenza inutile. In questo caso, ai fini della liceità dell'intervento terapeutico è sufficiente che il paziente abbia prestato il suo consenso, esonerando il medico dall'obbligo di informazione; esonero non ammesso laddove il grado di sofferenza possa considerarsi sopportabile.

Altra ipotesi di quello che potremmo definire "accanimento informativo" potrebbe delinearsi nel caso in cui il paziente sia malato terminale, e dunque nei suoi confronti siano possibili solo palliativi. Il dubbio riguarda in questo caso la stessa funzionalità dell'informazione rispetto all'autodeterminazione terapeutica, posto che la malattia esclude ogni speranza di salvezza e rende inutile ogni cura. In realtà, il medico che *pietatis causa* omette di fornire complete informazioni al paziente potrebbe violare il diritto di questi di prepararsi al proprio trapasso, diritto che in ogni caso non ha tutela penale. Il problema potrebbe essere risolto alla luce dell'art. 30, comma 2°, del Codice deontologico, secondo cui "ogni ulteriore richiesta da parte del paziente deve essere soddisfatta": l'obbligo di informazione non sarebbe dunque incondizionato, ma scatterebbe in capo al medico in quanto vi sia un'espressa richiesta dell'interessato.

Altra delicata tematica è quella del consenso informato nei confronti del malato mentale.

Nel caso in cui si tratti di persona interdetta, la normativa del codice civile è inadeguata per difetto: l'art. 424 c.c. attribuisce il potere di rappresentanza al tutore dell'incapace, negando in termini molto rigidi in capo a quest'ultimo qualunque capacità di autodeterminazione. La soluzione civilistica, ispirandosi alla tutela degli interessi patrimoniali dell'incapace, appare inadeguata per gli atti relativi alla gestione della propria salute. Il nuovo codice di deontologia medica, al contrario, dispone opportunamente che, fermo restando che nei confronti dell'interdetto il consenso deve essere prestato dal rappresentante legale, il medico ha l'obbligo di informare l'interessato e di tener conto della sua volontà, compatibilmente con la sua capacità di comprensione (art. 34, comma 3). Questa disposizione si applica altresì all'inabilitato, la cui posizione è però assai diversa da quella dell'interdetto. L'art. 415 c.c., infatti, oltre a riconoscere all'inabilitato la capacità residua di provvedere ai propri interessi, connette chiaramente l'istituto dell'inabilitazione alla tutela di interessi patrimoniali, per cui non vi sarebbe rispetto a tale soggetto alcuna norma che escluda il carattere personale del consenso.

Nel caso invece di persona incapace non inabilitata, la normativa è inadeguata per eccesso, poiché non tiene conto dello stato di incapacità. Finché non ricorrono i presupposti del trattamento psichiatrico obbligatorio, previsti dalla legge n. 833 del 1978, la cura della malattia mentale è soggetta al principio del consenso informato, ai fini del quale tale legge equipara il malato

di mente a qualsiasi altro paziente: “con il rischio che, nei confronti di incapace privo di rappresentante legale, una difesa troppo intransigente del principio personalistico, *sub specie* dell’autodeterminazione terapeutica del paziente, porti di fatto a privatizzare il dramma del disagio mentale, addossandolo esclusivamente al soggetto disturbato e alla sua famiglia”¹². Ora, nel caso in cui il trattamento terapeutico sia finalizzato alla cura della malattia mentale, non sembra potersi prescindere dal consenso informato del paziente, salvo non ricorrano gli estremi del trattamento psichiatrico obbligatorio; negli altri casi, qualora cioè il trattamento persegua altre finalità terapeutiche, il consenso informato sarà necessario nella misura in cui egli sia effettivamente in grado di autodeterminarsi.

Quando poi l’atto medico abbia come destinatario un minore, occorre purtroppo muovere da un tessuto normativo assai inadeguato, dato che il codice civile stabilisce una presunzione di incapacità del minore ritenuta vincolante anche ai fini del suo trattamento medico. Ne consegue che, secondo parte della dottrina¹³, il consenso deve essere espresso dal rappresentante legale, cui deve indirizzarsi anche l’informazione necessaria. Tuttavia, con riferimento al minore, questa tendenza a risolvere il problema sulla base di una rigida applicazione delle norme civilistiche anche in caso di contrasto tra gli stessi genitori (ai sensi dell’art. 316, comma 4, c.c.), può condurre a risultati

¹² GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., p. 394.

¹³ CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 63.

insoddisfacenti, essendo l'incapacità di agire affermata dal legislatore in termini esclusivamente presuntivi. Proprio per questa ragione un orientamento di segno opposto ritiene che, ai fini del trattamento medico, si debba guardare alla concreta capacità di autodeterminazione del minore, con la conseguenza che il consenso potrà essere prestato anche dal soggetto legalmente incapace e tuttavia capace di intendere e di volere¹⁴.

Questa soluzione è in linea innanzitutto con il Codice di deontologia medica, ove si prevede "l'obbligo di dare informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà, compatibilmente con l'età e con la capacità di comprensione" (art. 34), nonché con la Convenzione di Oviedo, ove è stabilito che "il parere del minore è considerato elemento determinante in funzione dell'età e del suo livello di maturità".

La questione mostra tutta la sua problematicità ove si consideri il comportamento dei genitori Testimoni di Geova, che si oppongono all'emotrasfusione necessaria per i figli minori. In questo caso, la tematica dell'autodeterminazione si arricchisce peraltro di ulteriori profili, quali quello del diritto alla libertà religiosa (art. 19 Cost.) e all'educazione della prole (art. 30 Cost.).

Le ipotesi di conflitto tra medico, minore e legale rappresentante vanno risolte tenendo presente, in primo luogo, che il consenso informato costituisce,

¹⁴ BILANCETTI, *La responsabilità*, cit., p. 173; GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., p. 396.

quale espressione del principio personalistico, un mezzo di bilanciamento e contenimento del principio solidaristico che anima l'atto medico, e che il potere conferito dalla legge al rappresentante legale è funzionale al perseguimento dell'interesse del minore. “Ne consegue che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale del minore non trasferisce sul rappresentante un potere incondizionato di disporre della salute del minore, anche perché la disponibilità della propria salute è un diritto personalissimo, che peraltro il minore non ha ancora maturato, con la conseguenza che sulla salute del minore gravano vincoli pubblicistici di indisponibilità, che valgono anche per il suo rappresentante legale”¹⁵. Tutto ciò giustifica l'irrelevanza della volontà sia del minore sia del suo rappresentante quando il rifiuto al trattamento medico possa compromettere la salute del minore.

Il potere di intervento del rappresentante legale trova dunque i suoi limiti nella indifferibilità dell'atto medico e nella sua seria incidenza sulla salute del minore. Al di fuori di tali casi, al rappresentante legale spetta il compito di valutare il miglior interesse terapeutico del minore, e quindi ad esempio la facoltà di rinviare l'intervento o scegliere nell'ambito della varie terapie possibili. In questa prospettiva, va riconosciuto ed inquadrato il diritto dei Testimoni di Geova a far sì che i propri figli non subiscano l'emostrafusione, quando lo stesso obiettivo terapeutico sia perseguibile con terapie alternative.

¹⁵ GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., p. 397.

Com'è ovvio, il problema del rapporto tra dovere del medico di curare e libertà del paziente si pone anche nel caso di rifiuto all'emotrasfusione salvavita da parte del Testimone di Geova maggiorenne. In questo caso, la giurisprudenza di merito si è pronunciata nel senso dell'inesistenza in capo al sanitario di un obbligo giuridico di attivarsi per superare la contraria volontà del malato, sulla base di un duplice ordine di considerazioni: la mancanza nel sistema una norma di legge che espressamente sancisca tale obbligo, nonché la fondatezza della tesi secondo cui la volontà del paziente rappresenterebbe il limite costante ed ordinario alla potestà di curare del medico¹⁶.

A ciò si è obiettato, in primo luogo, che l'obbligo di attivarsi discenderebbe direttamente dalla posizione di garanzia di cui è titolare il medico nei confronti della salute del paziente, senza che sia necessaria una norma specifica volta a definire il contenuto della condotta dovuta, ricavabile dalle circostanze del caso concreto. "La pregnanza dell'interesse protetto, se è tale da esigere la costituzione di una posizione di garanzia a suo presidio, non può nel contempo tollerare soluzioni di continuità nel compimento dell'attività di tutela, ed è conciliabile unicamente con l'indefettibile svolgimento di questa: verrebbe diversamente da domandarsi quale senso abbia la previsione di un tanto impegnativo mandato se se ne prefigurasse *ab initio* una sostanziale

¹⁶ Pret. Roma, 3 aprile 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 950 e seg.

non doverosità di attuazione”¹⁷. In secondo luogo, si è addirittura sostenuta l’inesistenza di un diritto degli individui a disporre della propria vita, sottolineando il fatto che il nostro sistema protegge in modo assoluto il bene della vita, anche oltre la volontà del soggetto che ne è titolare, come dimostra la punizione dell’omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e della condotta di chi agevoli in qualsiasi modo l’esecuzione di un suicidio (art. 580 c.p.), nonché il divieto agli atti di disposizione del proprio corpo di cui all’art. 5 c.c. Né tali conclusioni, secondo questo orientamento, vengono contraddette dalle norme costituzionali, le quali non hanno mai inteso mettere in discussione il principio dell’indisponibilità della vita, essendo peraltro da disattendere la recente e diffusa interpretazione dell’art. 32 Cost. in chiave volontaristica¹⁸.

La conclusione prospettata dal Pretore di Roma è stata contestata solo con riferimento all’ipotesi specifica in cui il Testimone di Geova bisognoso di un’emotrasfusione giunga in ospedale in condizioni di incoscienza: in tal caso, al fine di giustificare la doverosità dell’intervento terapeutico, si è proposto di ricorrere allo schema del consenso presunto, anche quando la contrarietà del

¹⁷ IADECOLA, *La responsabilità penale del medico in posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue “salvavita” rifiutata dal malato)*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 605.

¹⁸ In questo senso IADECOLA, op. cit., e EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995, p. 735, secondo cui “La forzatura da taluno operata in sede interpretativa di una regola mai intesa in precedenza come antinomica all’indisponibilità del bene vita verrebbe di fatto ad abrogare, scavalcando il vaglio obbiettivo della Corte Costituzionale ed il ruolo del Parlamento, un principio ampiamente positivizzato nel nostro sistema giuridico”.

paziente all'emotrasfusione possa ricavarsi da un'apposita ed in equivoca manifestazione di volontà precedentemente espressa¹⁹.

Un dovere di astensione grava inoltre sul medico nell'ipotesi del c.d. sciopero della fame del detenuto, anche quando la protesta rischi di sfociare in un tragico epilogo. In questo caso, la questione dibattuta è se l'amministrazione penitenziaria abbia l'obbligo di impedire l'evento ai sensi dell'art. 41 dell'ordinamento penitenziario: tuttavia, anche ad ammettere la sussistenza di tale obbligo, si ritiene che esso non prevalga sull'incoercibilità del vivere e sul diritto a lasciarsi morire, di cui il detenuto è titolare al pari di qualunque altro soggetto²⁰.

¹⁹ MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 234.

²⁰ In senso contrario BILANCETTI, *La responsabilità*, cit., p. 554 e seg., secondo cui "Se la coazione è giustificata dallo stato di necessità in ogni ipotesi suicidiaria a maggior ragione deve valere in presenza di specifici doveri. Il rispetto della persona umana, richiamato dall'art. 32 Cost., non può avallare tale condotta omissiva".

II IL TRATTAMENTO MEDICO ARBITRARIO

L'ormai chiara imprescindibilità del consenso informato del paziente nel trattamento medico-chirurgico ne determina l'arbitrarietà, quando esso sia eseguito in mancanza del consenso stesso: tale ipotesi sussiste sia quando il paziente non abbia espresso alcun consenso, sia quando tale consenso non sia valido, perché non adeguatamente informato o viziato da errore essenziale.

Il trattamento arbitrario può essere per il medico fonte di responsabilità disciplinare, civile e penale.

Quanto alla prima, è fuori dubbio che prescindere dal consenso del paziente costituisca una grave violazione deontologica, mentre più incerta potrebbe essere l'ipotesi di un'informazione incompleta, stante i margini di discrezionalità riconosciuti al medico dalle stesse disposizioni del Codice di Deontologia. Il procedimento disciplinare, che si svolge davanti al Consiglio dell'Ordine dei Medici, è autonomo rispetto al giudizio civile, ma non rispetto a quello penale: hanno, infatti, efficacia vincolante sia la sentenza penale di condanna con cui sia stata accertata la sussistenza del fatto o la sua commissione da parte dell'imputato, sia quella di assoluzione, con le formule perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso.

Per quanto riguarda la responsabilità civile, in capo al medico può configurarsi una responsabilità contrattuale o extracontrattuale, nel caso in cui il trattamento eseguito senza valido consenso abbia cagionato un danno al paziente: in questo caso, la colpa del professionista è direttamente ricollegabile alle modalità d'intervento, perdendo rilevanza il profilo dell'adeguata informazione.

Passando invece alle conseguenze penali del trattamento medico arbitrario, può anzitutto osservarsi come la delicatezza del problema scaturisca, *in primis*, dall'assenza nel nostro ordinamento di una regolamentazione espressa che individui un'autonoma e specifica ipotesi di reato, rendendosi pertanto necessario ricavare la disciplina penale dai principi generali. Ciò conferisce fatalmente margini di opinabilità alle soluzioni che vengono proposte, e determina inevitabili divergenze dottrinali e giurisprudenziali con grave pregiudizio in termini di certezza del diritto. In presenza di orientamenti difformi, il medico che si trovi a dover intraprendere un determinato trattamento non avrà parametri di comportamento idonei, ma dovrà tuttavia intervenire, posto il carattere necessario della sua attività per la tutela di beni fondamentali della persona, onde evitare una responsabilità per omissione.

2.1 L'evoluzione giurisprudenziale. Il caso Massimo

Nella giurisprudenza penale il tema delle conseguenze a carico del medico per il trattamento sanitario arbitrario è stato affrontato in modo approfondito solo a partire dagli anni '90, in coincidenza con la rinnovata attenzione per il consenso informato mostrata dal legislatore, dalla normativa deontologica e dalla dottrina.

Il dibattito ha suscitato particolare clamore anche nell'opinione pubblica, in occasione di una vicenda, conosciuta come caso *Massimo*, conclusasi con la condanna del medico per il delitto di omicidio preterintenzionale²¹.

Il caso, affrontato in primo grado dalla Corte d'Assise di Firenze, riguardava il decesso di un'anziana signora intervenuto in conseguenza dell'asportazione addominoperineale del retto: si trattava di un intervento chirurgico demolitivo diverso da quello in origine programmato e preventivamente assentito dalla paziente. Dall'istruttoria era emerso che la necessità dell'intervento era stata comunicata alle figlie della donna da due medici assistenti del primario, prof. Carlo Massimo: il motivo dell'intervento non era stato specificato, ma era stato esplicitamente dichiarato che l'asportazione del polipo rettale sarebbe avvenuta per via transnasale. Furono dunque le figlie ad informare la signora sulle modalità dell'intervento,

²¹ Art. 584 c.p. (*Omicidio preterintenzionale*). Chiunque, con atti diretti a commettere uno di delitti previsti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni.

raccogliendone, di fatto, il consenso a sottoporsi a quel tipo di operazione. Questa modalità d'informazione "per interposta persona" si ripeté perfino dopo l'esecuzione dell'intervento: la modifica della tecnica operatoria, che aveva comportato la completa asportazione del retto, con impianto di un ano artificiale, venne resa nota solo alle figlie, mentre nessun medico si curò di comunicarlo direttamente alla paziente, deceduta alcuni giorni dopo per complicazioni.

La Corte d'Assise di Firenze ritenne l'imputato responsabile di omicidio preterintenzionale²²; la Corte d'Assise d'appello e poi la Corte di Cassazione confermarono la sentenza, che all'epoca suscitò un diffuso allarme nella classe medica, paventandosi una sorta di criminalizzazione dell'attività medico-chirurgica.

La vicenda era stata ricostruita sulla base di tre passaggi essenziali:

- risultava provato il nesso causale tra l'intervento medico arbitrario e la morte della paziente, tenuto conto dell'imponente lesione infertale con l'operazione demolitiva del retto, del decadimento fisico subito e del grave stato di prostrazione psico-fisica in cui era caduta la paziente;
- la perizia medico-legale aveva stabilito che l'amputazione del retto, non necessaria ai fini della sopravvivenza della paziente ed eccessivamente rischiosa alla luce delle sue condizioni fisiche, non solo non era

²² Ass. Firenze 18 ottobre 1990, Massimo, in *Giust. Pen.*, 1991, p. 163 e seg.

proporzionata all'entità della lesione che si voleva curare, ma non rappresentava in ogni caso l'unica alternativa possibile;

- non risultava credibile la tesi difensiva del chirurgo di essersi trovato di fronte ad una imponente emorragia intraoperatoria, che lo avrebbe costretto a modificare l'intervento. Tale tesi, oltre che tardiva, perché non riferita nel primo interrogatorio, era priva di riscontro sia documentale (nulla di simile era stato annotato nel registro operatorio o nella cartella clinica) sia testimoniale (non avendo i membri dell'*equipe* notato alcuna emorragia).

Nella sentenza della Corte d'Assise si trovano inoltre alcune importanti enunciazioni in tema di consenso del paziente:

- in primo luogo, ogni intervento medico necessita di tale consenso, a prescindere dalla causa di giustificazione che si ritiene essere a fondamento della liceità del trattamento medico;
- il consenso, tuttavia, non può legittimare il medico ad eseguire un intervento diverso da quello prospettato al paziente, e sul quale non sia intervenuto il suo consenso;
- il medico, che nel corso dell'intervento rilevi l'impossibilità di procedere nei termini programmati e l'opportunità di ricorrere ad una diversa operazione, più traumatizzante ed invasiva di quella prevista, deve sospendere l'intervento per acquisire il necessario consenso;

- unica deroga consentita, il caso in cui durante l'intervento si manifesti una situazione di assoluta necessità e urgenza per la vita del paziente, che renda inevitabile l'esecuzione di una diversa operazione;
- infine, la condotta del medico che consapevolmente e volontariamente segua su un paziente un intervento cruento e invalidante, senza avere il suo consenso e fuori da una situazione di assoluta necessità, integra la fattispecie di lesioni personali volontarie, sussistendo gli estremi dell'offesa all'integrità fisica e la coscienza e volontà delle stesse. Se a tale intervento arbitrario segue poi il decesso del paziente, la condotta del medico integra il reato di omicidio preterintenzionale.

Si legge infatti nella sentenza della Cassazione: “Viene rettamente ricordato il carattere generico che connota l'elemento psichico del reato di lesioni volontarie e segnalata la sua compatibilità con l'atto medico, al pari di un qualsiasi atto lesivo della integrità fisica, posto che la legge non esige che il soggetto agisca per uno scopo o motivo illeciti. Il fine che l'agente si propone è irrilevante per il dolo generico. Il chirurgo ebbe, sotto il profilo intellettuale, la rappresentazione dell'evento lesioni e, sotto quello volitivo, l'intenzione diretta a realizzarlo, ebbe cioè consapevole volontà di ledere l'altrui integrità personale senza averne diritto e senza che ve ne fosse necessità. Ed aveva cagionato una lesione da cui era derivata la malattia, un processo patologico

che aveva determinato una menomazione funzionale. Ciò è sufficiente per realizzare l'elemento psichico e quello materiale del reato in discorso"²³.

Senza contare l'eccessivo rigore del trattamento sanzionatorio previsto per l'omicidio preterintenzionale (reclusione da dieci a diciotto anni) rispetto a quello dell'omicidio colposo (da sei mesi a cinque anni), la dottrina prevalente espresse severe critiche contro questa sentenza, facendo leva sulla mancanza dell'elemento soggettivo del reato di lesioni, sul fatto che l'opera del medico fosse diretta ad apportare un miglioramento alla salute, e non un peggioramento, e soprattutto sulla nozione di malattia nel reato di lesioni personali²⁴.

In realtà, dalla lettura della sentenza non appare immediatamente chiaro se i giudici intendano per malattia lo stesso atto chirurgico in sé considerato, o piuttosto la menomazione funzionale e/o il processo patologico conseguenti all'operazione stessa. Nel primo senso sembra deporre il riferimento della Cassazione alla lesione dell'integrità personale, certamente realizzata dal semplice atto operatorio; d'altra parte, l'insistenza nel sottolineare il concreto esito dell'intervento, definito in termini di "apprezzabile menomazione funzionale" e di "processo patologico", sembrerebbe presupporre una nozione di malattia più aderente alle indicazioni della dottrina, da identificarsi non come mera alterazione anatomica o funzionale dell'organismo ma come vero e

²³ Cass. 21 aprile 1992, Massimo, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 64.

²⁴ MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 66 e seg.

proprio processo patologico. L'alternativa non era, e non è, peraltro, priva di rilievo pratico, se si considerano i suoi riflessi in tema di dolo: se già l'atto chirurgico integra una malattia, non v'è dubbio che il chirurgo si rappresenti e voglia cagionare l'evento; mentre il dolo dovrebbe escludersi allorché siano le conseguenze infauste dell'intervento, certamente non volute dal medico, ad essere qualificate in termini di malattia.

L'avvenuto riconoscimento del dolo nel caso di specie indica la scelta della prima accezione considerata. La giurisprudenza del caso *Massimo* approda in sostanza alla conclusione che ogni intervento chirurgico cagiona una malattia, indipendentemente dall'esito finale, fausto o infausto, del trattamento stesso, perfino laddove si risolva in un complessivo miglioramento della salute del paziente.

La svolta giurisprudenziale rappresentata dal caso *Massimo* ha avuto il merito di collocare il problema del consenso informato in posizione nodale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, valorizzando nel rapporto medico-paziente l'autodeterminazione di quest'ultimo e superando definitivamente il vecchio approccio paternalistico. Tuttavia, la radicalizzazione in chiave giuridica del principio del consenso rischia fatalmente di stravolgere questa nuova connotazione per così dire consensuale del rapporto tra medico e paziente, orientandola nel senso innaturale di pregiudiziale contrapposizione e di conflitto, che dissolvono lo spirito dell'alleanza terapeutica, finendo anzi per

compromettere il risultato stesso della migliore tutela dell'interesse primario della salute.

Di certo, l'eccessiva enfaticizzazione della libertà di autodeterminazione del paziente ha alimentato la conflittualità giudiziaria, indotta a sua volta da una crisi dell'autorità della figura del medico che poggia su base egualitaria la sua relazione con il malato.

Inoltre, la suddetta radicalizzazione ha contribuito a generare un clima di diffidenza reciproca. Se da un lato, infatti, è venuto meno l'affidamento incondizionato del paziente nei confronti del proprio medico, per altro verso la punizione esemplare del prof. Massimo ha contribuito a far sì che si diffondessero tra i sanitari atteggiamenti assai controllati, improntati a cautele e prudenze forse eccessive, attenti principalmente ad evitare il rischio di sequele giudiziarie: con il conseguente e negativo effetto frenante sullo slancio terapeutico dei medici.

Anche la dottrina ha peraltro sottolineato come, sul piano dell'apprezzamento giuridico della condotta del sanitario che abbia agito prescindendo dal consenso del malato, la ricordata enfaticizzazione della regola del consenso può produrre conseguenze tanto rilevanti quanto, appunto, anomale. “Di siffatta fenomenologia rappresenta segno significativo la stessa equiparazione dell'intervento chirurgico, pur quando sostenuto da finalità ed indicazione terapeutica, e solo perché consapevolmente eseguito senza la

preventiva acquisizione del consenso del paziente, ad atto offensivo dell'incolumità personale dello stesso; con la conseguente configurazione del delitto di lesioni personali volontarie e, quindi, in caso di morte solo casualmente connessa all'atto medico, del delitto di omicidio preterintenzionale, secondo lo schema, di stampo oggettivistico, proprio dell'art. 584 c.p.”²⁵.

²⁵ IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 533.

2.1.1 Il caso Barese

I principi espressi nella sentenza *Massimo* sono stati poi rimessi in discussione dalla Suprema Corte in un caso di nove anni successivo, conosciuto come caso *Barese*.

Nel corso di un intervento programmato e consentito dalla paziente solo per l'asportazione chirurgica di una cisti ovarica veniva accertata la presenza di una massa tumorale nella zona sottoperitoneale: il chirurgo decideva di asportare tale massa assieme all'intero utero, benché rispetto a tale asportazione la paziente non avesse espresso alcun consenso. Secondo quanto emerso dalla perizia medico-legale, il chirurgo, agendo in modo gravemente imperito, aveva sezionato i vasi iliaci esterni e i vasi ipogastrici con conseguente trombosi per interruzione del flusso ematico dell'arto inferiore destro, che aveva condotto la paziente al decesso.

Il giudice di primo grado aveva mosso al chirurgo una serie di addebiti, relativi alla stessa decisione di eseguire l'asportazione della massa tumorale e dell'utero, giudicata gravemente imprudente, nonché all'esecuzione imperita dell'intervento e alla negligente sorveglianza del decorso postoperatorio, addebiti sulla base dei quali l'imputato era stato condannato per omicidio colposo²⁶. Fu invece esclusa la più grave qualificazione del fatto come

²⁶ Il Tribunale di Catanzaro evidenziò la scorrettezza della tecnica prescelta dal chirurgo capo *équipe* per la visualizzazione e preparazione dei vasi, prodromica alla altrettanto erronea

omicidio preterintenzionale prospettata dall'accusa. La sentenza, sostanzialmente confermata dalla Corte d'Appello di Catanzaro, era stata quindi impugnata in Cassazione, oltre che dall'imputato, anche dalla procura generale, che deduceva il mancato riconoscimento degli estremi dell'omicidio preterintenzionale, secondo la giurisprudenza del caso *Massimo*.

La Corte di Cassazione, rigettando tutti i ricorsi, ha confermato la sentenza impugnata.

In merito in particolare al ricorso della pubblica accusa, la Cassazione riconosce la somiglianza del caso di specie con il caso *Massimo*, essendo entrambi caratterizzati dall'esecuzione di un intervento diverso da quello consentito dal paziente, senza il ricorso di alcuna situazione di necessità ed urgenza che imponesse il cambiamento di piano operatorio. Tuttavia, la Corte ritiene di dover pervenire a diversa conclusione quanto alla ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale: partendo dal presupposto che esso richiede atti diretti a commettere i delitti di percosse o di lesioni, aderisce alla tesi per cui l'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale, quanto all'evento voluto, sia costituito da dolo diretto o intenzionale, e non da mero dolo eventuale. Poiché tale atteggiamento soggettivo è da escludersi in capo al

asportazione dei tessuti in una regione interessata da grossi vasi iliaci e, nella clamorosa negligenza dell'operatore medesimo, per avere egli ignorato la possibilità che, nella fase dell'asportazione della massa, si fosse determinata una lesione dei vasi iliaci. Parimenti colposo fu il comportamento dell'imputato successivo all'intervento, per avere sottovalutato i primi segnali di complicanze affidando la paziente alla gestione ordinaria del reparto e ritardando colposamente il trasferimento nell'ospedale dove era stata poi tentata, vanamente, la rivascolarizzazione dell'arto e dei tessuti interessati dal primo intervento chirurgico. Il decesso della paziente avvenne infatti per gravissime alterazioni emodinamiche, ematochimiche ed emocoagulative indotte da shock chirurgico, tipico da sindrome di rivascolarizzazione.

chirurgo, deve parimenti escludersi una sua responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale.

Resta anche qui inesplorato il problema fondamentale dell'esatta nozione di malattia, da cui in sostanza dipende l'individuazione dell'oggetto del dolo di cui si discute. Se, infatti, il reato di lesioni personali fosse integrato già dalla mera esecuzione dell'intervento di asportazione della massa tumorale e dell'utero, non si potrebbe escludere in capo al medico il dolo intenzionale.

Qualche indicazione sul diverso concetto di malattia da cui la sentenza implicitamente muove può trarsi in realtà da alcuni esempi portati dalla Corte di fatti integranti lesioni personali dolose, come "menomazione del corpo o della mente per scopi scientifici" o "interventi demolitivi coscientemente inutili"; ancora, si può citare un passo, in cui si ravvisa la sussistenza del dolo intenzionale "in tutti i casi in cui il chirurgo o il medico, pur animato da intenzioni terapeutiche, agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica del paziente"²⁷.

Se, dunque, sul piano soggettivo, l'intenzione di cagionare una malattia sussiste ogniqualvolta il medico sia consapevole di cagionare un inutile danno alla salute del soggetto, l'evento malattia, sul piano oggettivo, dovrà intendersi appunto come inutile danno alla salute, ossia come danno non compensato da un corrispondente beneficio; e dunque come complessivo peggioramento delle

²⁷ Cass., 9 marzo 2001, Barese, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 517 e seg.

condizioni di salute del soggetto, e non già come mera alterazione anatomica o funzionale dell'organismo. Sulla base di questa nozione, del tutto diversa da quella adottata in *Massimo*, dovrà evidentemente escludersi che la condotta del chirurgo sia intenzionalmente diretta alla produzione di una malattia: il che consente a sua volta di escludere in radice l'ipotesi di responsabilità per omicidio preterintenzionale, nel caso in cui l'intervento abbia esito infausto.

Nel caso di specie, peraltro, non era ravvisabile la consapevolezza, da parte del chirurgo, che l'intervento avrebbe prodotto una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente. Il chirurgo, infatti, a prescindere dalla richiamata imperizia nell'esecuzione dell'intervento, aveva agito nell'erronea convinzione di trovarsi in una situazione di assoluta urgenza, stante la natura maligna della massa tumorale riscontrata e la ritenuta necessità di ridurre immediatamente le dimensioni allo scopo di allentare la pressione che essa esercitava sui vasi sanguigni. “La sua condotta non era perciò assimilabile *tout court* a quella tenuta dal prof. Massimo, ove il sanitario, con un atteggiamento arbitrario e dispotico, aveva agito in consapevole e deliberato spregio della volontà manifestata dalla paziente, la quale espressamente aveva richiesto, come del resto le fu assicurato, che l'intervento fosse eseguito per via endoscopica”²⁸.

²⁸ FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in CANESTRARI (a cura di) *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Reati contro la persona*, Torino, 2006, p. 702.

Così ricostruito l'elemento soggettivo dei reati di lesioni e di omicidio preterintenzionale, la Suprema Corte affronta poi il tema del consenso informato, circoscrivendone la portata: ad esso non viene, infatti, riconosciuto il ruolo di condizione di liceità dell'attività medico-chirurgica, che secondo la Cassazione troverebbe, invece, legittimazione in se stessa, con la conseguenza che la sua mancanza non può conferire a detta attività la valenza di atto lesivo ai sensi dell'art. 582 c.p. La Corte esprime, infatti, una certa preoccupazione per un'eccessiva enfaticizzazione del consenso, le cui finalità sono diverse rispetto a quella di legittimare interventi lesivi dell'integrità del paziente e la cui rilevanza non ha un ambito di applicazione generalizzato, ove si tenga conto dei limiti posti dalla legge (art. 5 c.c.) agli atti di disposizione del proprio corpo e delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, nonché dei casi di trattamenti nei confronti di persone non consenzienti o non in grado di esprimere il consenso.

Tant'è che secondo la Corte il consenso del paziente precluderebbe la possibilità di configurare il delitto di lesioni volontarie "ma solo nel caso di consenso validamente espresso nei limiti dell'art. 5 c.c., per l'efficacia scriminante attribuita dall'art. 50 c.p. al consenso della persona che può validamente disporre del diritto".

Nella sentenza si sottolinea, infine, che la condotta del medico può assumere una specifica rilevanza penale in caso di esplicito dissenso del

paziente, cioè di una manifestazione di volontà esplicitamente contraria all'intervento. A fronte di tale dissenso, e fuori dei casi di necessità, l'atto medico perderebbe il carattere terapeutico per diventare una "indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente ma anche della sua integrità con conseguente applicazione delle ordinarie regole penali".

Il bene giuridico protetto di cui si lamenta la lesione sarebbe dunque non l'integrità fisica del paziente ma la sua autodeterminazione, per cui le fattispecie ipotizzabili potrebbero essere non solo l'art. 582 c.p., ma anche l'art. 610 c.p., salvo ovviamente la possibilità di configurare una forma di violenza, sia pure impropria, nella condotta del medico, nonché il relativo atteggiamento psicologico doloso.

2.1.2 Il caso Firenzani

Claudio Firenzani, medico in servizio presso il reparto di traumatologia ed ortopedia dell'Ospedale S. Giuseppe di Empoli, veniva tratto in giudizio perché imputato di lesioni colpose gravi (art. 590, 2° comma) per avere, a causa di negligenza ed imperizia, effettuato un intervento di artroscopia diagnostica sulla paziente Patrizia Grancini, affetta da gonalgia al ginocchio sinistro, erroneamente operando il ginocchio destro dal quale aveva asportato il menisco: così facendo aveva cagionato alla paziente lesioni personali guarite in un tempo superiore ai 40 giorni, con postumi penalmente rilevanti consistenti nell'indebolimento permanente dell'organo della deambulazione.

Il Tribunale di Firenze - Sezione distaccata di Empoli - assolveva l'imputato perché il fatto non costituiva reato. Osservava che certamente l'intervento era stato eseguito erroneamente sul ginocchio destro, apparentemente sano, anziché sul ginocchio sinistro, affetto da gonalgia, e sul quale erano stati compiuti in precedenza ripetuti accertamenti diagnostici ed anche una TAC. Peraltro, l'intervento sul ginocchio destro era stato eseguito correttamente, tanto che, a seguito dell'artroscopia diagnostica, il chirurgo aveva riscontrato una sofferenza mediana del menisco, in precedenza non rilevata, asportandolo parzialmente secondo le *leges artis* e nella ricorrenza dei presupposti per la resezione. D'altro canto, secondo il giudice, l'errore in cui era incorso Firenzani nell'individuazione dell'arto da operare non era a lui

attribuibile, atteso che la diagnosi d'ingresso all'Ospedale di Patrizia Grancini, redatta il giorno prima da altro sanitario, riportava l'indicazione di sofferenza al ginocchio destro per probabile meniscopatia, da accertarsi con artroscopia diagnostica da eseguirsi appunto su detto arto inferiore. Inoltre l'imputato, entrato in camera operatoria, aveva trovato la paziente già sul tavolo operatorio, in stato di anestesia generale, ed il ginocchio preparato per l'indagine endoscopica non era il sinistro ma il destro.

Avverso la decisione proponevano impugnazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze ed il Procuratore generale della medesima Corte.

La Corte di appello di Firenze in riforma della sentenza impugnata riconosceva il medico colpevole per il reato ascritto e, concesse le attenuanti generiche ritenute prevalenti sull'aggravante contestata, lo condannava alla pena di lire 400.000 di multa.

La Corte di merito rilevava che la responsabilità ascritta al sanitario consisteva nel comportamento sicuramente negligente consistente nell'aver scambiato l'arto su cui dovevano essere eseguiti gli accertamenti, sebbene le risultanze della cartella clinica che indicavano chiaramente il ginocchio sinistro come quello oggetto della lamentata sofferenza della Grancini e sul quale erano già stati eseguiti diversi accertamenti clinici. Inoltre, lo stesso dott. Firenzani aveva visitato in precedenza la paziente proprio in relazione ai disturbi da lei

manifestati all'arto inferiore sinistro. Del resto, subito dopo l'errore in cui era incorso il sanitario, un altro chirurgo dall'ospedale era intervenuto sul ginocchio sinistro. Evidenziava pure il giudice d'appello che gli elementi di colpa riscontrati a carico del medico mantenevano ogni rilevanza anche in presenza dell'errata compilazione, da parte del medico di guardia, della diagnosi effettuata all'ingresso della paziente nel nosocomio ed alla conseguente preparazione in sala operatoria, a cura degli addetti, dell'arto destro e non di quello sinistro. Difatti, il chirurgo era il primo responsabile dell'attività sanitaria espletata in sede operatoria nei riguardi della paziente, per cui era richiesta dallo stesso la dovuta diligenza nella completa conoscenza della situazione patologica e nell'individuazione degli atti chirurgici da compiere.

Su ricorso dell'imputato la vicenda è stata sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione. La Corte, arricchendo l'ambito della colpa ritenuto dalla sentenza di secondo grado, lo ha esteso anche all'erroneo convincimento, dovuto a negligenza ed imprudenza del chirurgo, dell'esistenza del preventivo e valido consenso del paziente. Il medico, in altre parole, si sarebbe rappresentato, per errore determinato da colpa, di avere il consenso del paziente all'atto medico praticato, consenso in realtà assente, con conseguente applicazione dell'art. 59, ultimo comma, c.p., sulla supposizione erronea dell'esistenza di una scriminante. Sul tema del consenso informato la Suprema Corte ha poi sviluppato una serie di

enunciati, in parte già anticipati dalla sentenza *Barese*, in parte invece del tutto nuovi.

In primo luogo, nella sentenza viene affermato che il consenso del paziente non è condizione di liceità dell'attività medico-chirurgica, bensì solo requisito di legittimità del suo esercizio: il fondamento della liceità penale deve rinvenirsi nella sua intrinseca utilità e vantaggiosità sociale, poiché essa persegue la finalità, costituzionalmente garantita, della tutela del bene della salute. La Suprema Corte afferma perciò il principio dell'autolegittimazione dell'attività medico-chirurgica.

In secondo luogo la Suprema Corte, facendo però un “passo indietro” rispetto alla premessa sulla natura giuridica del consenso del paziente, assume che la legittimità in sé dell'attività medica non può, tuttavia, prescindere dal consenso del paziente, che deve essere validamente prestato, salvo alcuni casi eccezionali (come nello stato di necessità *ex art. 54 c.p.* e nei casi di TSO). Il consenso del paziente si atterrebbe quindi a requisito-limite per il concreto esercizio dell'attività medico-chirurgica, in quanto “afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutti profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.”²⁹.

²⁹ Cass., 11 luglio 2001, Firenzani, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2041 e seg.

Ne consegue che non è attribuibile al medico un generale dovere di curare, a fronte del quale la volontà del malato non avrebbe alcun rilievo, trovandosi questi in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe intervenire *ad libitum*, con il solo limite della propria coscienza: appare al contrario aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, "situazioni soggettive queste derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi".

L'elemento di novità è dunque rappresentato dalla dimensione offensiva riconosciuta all'intervento arbitrario: a venire in considerazione non è solo l'offesa all'integrità fisica del paziente, intesa come rispetto dell'attività corporea dell'individuo, ma ancor prima la libertà morale del soggetto alla propria autodeterminazione. In questa prospettiva sarebbe quindi irrilevante la circostanza che il trattamento arbitrario abbia conseguito esito favorevole e che la condotta del chirurgo sia stata perita, poiché in ogni caso sarebbe violata la libertà morale del soggetto. Sulla base di queste premesse, la Suprema Corte ha concluso che la mancanza del consenso opportunamente informato del malato, o la sua invalidità, determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo.

Potrebbero pertanto astrattamente configurarsi ipotesi di reato contro la libertà morale o personale (violenza privata, art. 610 c.p.; sequestro di persona, art. 605 c.p.; stato di incapacità procurato mediante violenza, art. 613 c.p.) e, in caso di trattamento medico-chirurgico, di reato contro l'incolumità individuale (art. 582 c.p.) perché “qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito fausto, implica il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l'elemento oggettivo di detto reato, ledendo l'integrità corporea del soggetto”.

In questo passaggio della sentenza sembra riecheggiare la giurisprudenza del caso *Massimo*, che la Corte espressamente richiama nell'affermare che “il reato di lesioni sussiste anche quando il trattamento arbitrario eseguito a scopo terapeutico abbia esito favorevole, e la condotta del chirurgo nell'intervento sia di per sé immune da ogni addebito di colpa, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato di salute”.

Rispetto alla sentenza *Massimo*, comunque, la Suprema Corte prende in questo caso una decisa ed esplicita posizione sulla riconducibilità dell'atto chirurgico in sé considerato al paradigma delle lesioni personali, anche laddove il medico abbia rispettato le *leges artis* e l'intervento abbia avuto esito fausto. Se dunque è ravvisabile il reato di lesioni anche nell'ipotesi di intervento con esito favorevole, ma effettuato senza il valido consenso del

paziente, appare decisiva l'indagine sull'elemento soggettivo: la Suprema Corte ha in merito precisato che l'imputazione del fatto lesivo a titolo di dolo richiede che il sanitario abbia avuto la consapevolezza e la volontà di agire senza il valido consenso del paziente, mentre l'imputazione soggettiva dovrà essere di carattere colposo qualora il medico, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione dell'esistenza dello stesso, per negligenza o imprudenza a lui imputabile.

La ragione per cui, nel caso di specie, l'imputato è stato condannato per il delitto di lesioni colpose anziché dolose risiede nella circostanza che il chirurgo aveva agito nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabili, dell'esistenza del consenso rispetto all'operazione effettivamente realizzata: egli aveva cioè per colpa ritenuto che la paziente avesse espresso un valido consenso ad essere operato al ginocchio destro anziché al sinistro. Di conseguenza, pur in assenza di un esplicito richiamo in motivazione, la disciplina di riferimento è quella di cui all'art. 59, 4° comma, c.p., che esclude la responsabilità a titolo di dolo nel caso in cui l'agente operi nell'erroneo convincimento della sussistenza di una scriminante, con eventuale responsabilità a titolo di colpa laddove l'errore sia colposo e il delitto punibile anche nella forma colposa³⁰.

³⁰ Soluzione che trova riscontro in dottrina: VIGANO', *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *RIDPP*, 2004, p. 186 e seg.

Nella sentenza *Firenzani* la Suprema Corte ha introdotto un ulteriore elemento di novità, laddove si nega al consenso del paziente il ruolo di condizione di liceità penale del trattamento medico-chirurgico per ridimensionarlo a requisito-limite. Tuttavia, sono stati messi in luce anche profili di ambiguità e di incongruenza nelle argomentazioni della sentenza³¹: se è vero, come si sostiene, che l'attività medica è legittima in sé, per le sue coesenziali connotazioni, e che il consenso del paziente è destinato a garantire la sola libertà di autodeterminazione (ma non a riscattare da rilevanza penale una condotta altrimenti segnata da antigiuridicità), non apparirebbe corretto poi concludere che in assenza del valido consenso l'intervento chirurgico integrerebbe *eo ipso* il reato di lesioni. Ciò, soprattutto, se si assume che sarebbero del tutto irrilevante l'esito favorevole (ovvero vantaggioso per la salute) dell'intervento e la condotta perita del medico.

Tale assunto tra l'altro presupporrebbe l'identificazione del concetto di malattia previsto dal codice penale con qualsiasi alterazione, anche solo anatomica e non funzionale, dell'organismo, nonché l'identificazione dell'interesse protetto con quello della esclusiva integrità fisica della persona. Non solo: equiparare l'atto chirurgico alla condotta del reato di lesioni significherebbe alterare la natura stessa dell'attività medico-chirurgica, finalisticamente protesa a proteggere la salute del paziente,

³¹ FRESA, *La responsabilità penale*, op. cit., p. 707 e seg.

assimilandola al gesto aggressivo e lesivo di un accoltellatore, per mancanza del consenso del paziente, ovvero di un dato esterno ad essa che non può rimuoverne né modificare l'essenza intrinseca.

D'altra parte, però, pare eccessivo ritenere esente da rimprovero penale il trattamento medico-chirurgico arbitrario, oggettivamente lesivo della libertà di autodeterminazione del paziente. In astratto la fattispecie configurabile può essere quella di cui all'art. 610 c.p., salvo poi accertarne la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi.

2.1.3 Il caso Volterrani

Nel 2002 la Corte di Cassazione è tornata sul tema della rilevanza del consenso del paziente all'atto medico e sulle implicazioni penali della sua mancanza.

Il caso di specie è simile a quello oggetto del caso *Massimo*. Secondo la ricostruzione della sentenza di primo grado, il paziente veniva ricoverato in seguito ad una forte crisi dolorosa provocata da un'ernia ombelicale. Il chirurgo, presa visione della TAC e dell'ecografia all'addome già effettuate dal paziente e dalle quali emergeva una lesione sospetta adiacente al pancreas, decideva di sottoporlo ad intervento chirurgico per l'eliminazione dell'ernia, riferendo semplicemente al paziente e ai suoi familiari che, se si fosse trattato di una forma tumorale, la situazione sarebbe stata ben più complessa. Durante l'intervento, in sede di esplorazione della cavità addominale, il chirurgo riscontrava effettivamente un tumore maligno e, benché avesse ricevuto il consenso del paziente, ignaro del tumore, alla sola riduzione dell'ernia, procedeva ad un complesso intervento demolitivo (duodenocefalopancreasectomia). In seguito a complicanze di varia natura, il paziente veniva sottoposto a ben altri quattro interventi chirurgici (i primi tre ad opera del primo chirurgo), ma decedeva un mese dopo il primo intervento.

Di duplice ordine sono gli addebiti mossi al chirurgo dai familiari del paziente: da un lato, profili di colpa professionale, consistenti in particolare nell'aver egli deciso di effettuare la duodenocefalopancreasectomia senza avere prima eseguito un prelievo di parte della massa tumorale per gli esami istologici {che avevano *ex post* evidenziato non essersi trattato di un carcinoma, bensì di un assai meno aggressivo carcinoide argentaffine), e di avere, pertanto, esposto il paziente ad un inutile ed elevatissimo rischio operatorio; dall'altro, l'aver compiuto l'intervento senza il consenso informato del paziente, che aveva espresso secondo i familiari un mero consenso all'eliminazione dell'ernia.

Avendo i periti dell'accusa ravvisato un sicuro nesso causale tra l'intervento e la morte del paziente, il pubblico ministero, ritenuta fondata la ricostruzione dei fatti operata dai familiari del paziente, chiedeva il rinvio a giudizio dell'imputato per il delitto di omicidio preterintenzionale, conformandosi ai principi espressi dalla Cassazione in *Massimo*.

In sede di giudizio abbreviato, il giudice di prime cure esclude anzitutto, in punto di fatto, che il chirurgo abbia correttamente informato il paziente della possibilità di un intervento demolitore di tale ampiezza e di tale pericolosità. Esclusa altresì la ricorrenza di uno stato di necessità rispetto alla decisione operatoria, e ravvisato il nesso causale tra l'intervento e il decesso, il G.I.P. si domanda quale sia la qualificazione giuridico-penale del fatto posto in essere dal chirurgo. Premesse le consuete affermazioni sull'essenzialità del consenso del

paziente (salve le eccezioni previste dalla legge e dallo stato di necessità), il giudice esclude tuttavia che nel fatto del chirurgo possano essere ravvisati gli estremi delle lesioni volontarie *ex art. 582 c.p.*, e che conseguentemente da tale fatto possa discendere (in caso di morte del paziente) una responsabilità per omicidio preterintenzionale.

L'esecuzione di un trattamento sanitario senza il consenso del paziente integra piuttosto, secondo il giudice, l'ipotesi delittuosa della violenza privata (art. 610 c.p.), in quanto condotta lesiva dell'interesse della libertà morale del paziente, indipendentemente dall'esito fausto o infausto del trattamento. La morte del paziente dovrà, allora, essere addebitata al chirurgo in forza della disposizione di cui all'art. 586 c.p. che prevede appunto l'ipotesi della morte o delle lesioni conseguenti alla commissione di un delitto doloso diverso dalle percosse o dalle lesioni volontarie, e che opera secondo il G.I.P. a prescindere dall'accertamento in concreto di una colpa dell'agente nella produzione dell'evento letale (dovendosi intendere il rinvio alla disciplina degli artt. 589 e 590 c.p. contenuto nell'art. 586 come mero rinvio *quoad poenam*). La pena relativa viene complessivamente determinata in un anno e otto mesi di reclusione, con i benefici di legge.

In secondo grado la condanna *ex artt. 610 e 586 c.p.* viene riformata ed il fatto viene riqualificato come omicidio preterintenzionale; la pena (concesse le attenuanti generiche, l'attenuante *ex art. 62 n. 1 c.p.* e la diminvente del rito

abbreviato) viene a questo punto rideterminata in complessivi due anni, undici mesi e venti giorni di reclusione, con conseguente revoca dei benefici di legge concessi in primo grado.

Rileva in particolare la Corte d'Appello come non siano ravvisabili, nella specie, gli estremi del delitto di violenza privata, non potendosi equiparare il silenzio serbato dal chirurgo sulla possibilità di un intervento fortemente invasivo come quello poi realizzato ad una vera e propria violenza.

Il che però non significa che la condotta serbata dal chirurgo sia penalmente irrilevante. Anzi: premessa la consueta lunga digressione sull'essenzialità del consenso del paziente all'atto medico e sulla necessità di una completa informazione del paziente stesso come presupposto per la validità di tale consenso (giacché spettava solo al paziente, nel caso di specie, bilanciare i pro e i contro dell'intervento, ed eventualmente decidere se rivolgersi ad altra struttura ospedaliera o ad altro professionista), la Corte osserva che l'imputato, agendo senza il previo consenso del paziente, ha compiuto su quest'ultimo una grave aggressione fisica, ha voluto le lesioni inferte. Essendo derivata da tali lesioni la morte del paziente (conseguenza oltretutto prevedibile nel caso di specie, dato l'elevato livello di rischio connesso all'operazione), del tutto consequenziale appare alla Corte la condanna del chirurgo per omicidio preterintenzionale.

Su ricorso della difesa dell'imputato, in cui si sosteneva che l'appello proposto dal Pubblico Ministero avverso la pronuncia del G.I.P. avesse prodotto la riviviscenza della più grave imputazione di omicidio preterintenzionale, la cui cognizione spettava quindi alla Corte d'Assise di Appello, la Suprema Corte annullava la sentenza dei giudici di secondo grado, trasmettendo gli atti all'organo competente.

Ebbene, la Corte d'Assise d'Appello assolve con ampia formula il chirurgo, poiché, in base alle risultanze processuali, egli aveva agito in stato di necessità, essendo in gioco la vita del paziente a causa della riscontrata presenza di un tumore maligno, che ne imponeva l'immediata asportazione chirurgica, ed essendo l'intervento eseguito proporzionato a tale evenienza. Più in dettaglio la Corte rileva quanto segue: era vero che il paziente aveva acconsentito al solo intervento di riduzione dell'ernia, e non invece a quello demolitivo ed invasivo poi effettuato; era altrettanto vero che neppure i parenti del paziente erano stati informati del diverso intervento chirurgico; tuttavia, il complesso intervento demolitivo non era stato preordinato fin dall'inizio, bensì deciso nel corso del primo intervento.

In effetti, durante l'operazione chirurgica era emerso che il paziente era affetto da una forma di tumore maligno endocrino angioinvasivo (c.d. gastronomo), la quale imponeva un'immediata e radicale ablazione al fine di evitare all'infermo una sopravvivenza assai breve e dolorosa; soprattutto, era

pacifico che il chirurgo non si era posto per suo fatto doloso o colposo in una situazione di “non ritorno”, tale da costringerlo a proseguire l'intervento con modalità più gravose, non essendo tale evenienza in nessun modo causalmente collegabile alla mancanza del consenso del paziente, né ad errori diagnostici od operativi, anche perché l'imponente emorragia seguita allo scollamento del blocco duodenopancreatico costituiva un evento raro, non rientrante nell'ambito degli eventi normalmente prevedibili. Ricorrevano pertanto tutti gli estremi della causa di giustificazione del soccorso in stato di necessità, secondo la previsione dell'art. 54 c.p., mentre non poteva ritenersi integrato il delitto di cui all'art. 584 c.p. sotto il profilo soggettivo, poiché il chirurgo aveva operato al fine di migliorare le condizioni del paziente compiendo un intervento secondo le *leges artis*.

La sentenza della Suprema Corte, che ha respinto il ricorso del Procuratore generale confermando l'assoluzione dell'imputato, indubbiamente sorprende per la perentorietà degli assunti e per gli inusuali toni pungenti nei confronti delle tesi sostenute nel gravame dal Procuratore generale. Essa inoltre, adottando una soluzione di frattura rispetto alle sentenze precedenti, risulta particolarmente drastica nell'escludere il delitto di lesioni personali nella condotta del medico che abbia agito in assenza del consenso del paziente ma *leges artis*. Il giudice di merito, infatti, aveva ritenuto sussistente la scriminante di cui all'art. 54 c.p., ma la Suprema Corte ha corretto in punto di diritto la motivazione, adottando la formula

assolutoria perché il fatto non sussiste: una volta ammessa la liceità della condotta dell'imputato anche a prescindere dal consenso del paziente, il richiamo alla causa di giustificazione di cui all'art. 54 c.p. diviene superfluo. Pertanto, il principio di diritto stabilito dalla Suprema Corte è il seguente: quando il chirurgo ha eseguito, anche in assenza del consenso del paziente, un intervento con esito infausto, ma nell'osservanza delle regole proprie della scienza medica, solo per questa ragione, anche senza far ricorso a specifiche cause di liceità codificate, il giudice di merito deve escludere comunque ogni responsabilità penale dell'imputato, cui sia stato addebitato il fallimento della sua opera.

La portata del consenso informato viene perciò notevolmente ridimensionata, poiché l'attività medica svolta in mancanza di un valido consenso, ma perita, non sarebbe idonea ad integrare alcun illecito penale, come si afferma in questo perentorio passaggio della sentenza: “La diffusa e crescente enfattizzazione in chiave giuridica di questa condizione (il consenso) che fino a poco tempo fa trovava l'unica disciplina organica nel codice di deontologia medica, l'ha trasformata, da strumento di alleanza terapeutica tra medico e paziente, teso al soddisfacimento dell'interesse comune di ottenere dalla cura il miglior risultato possibile, in fattore di elevata conflittualità giudiziaria, indotta dalla sempre maggior diffidenza dei cittadini verso le strutture sanitarie e verso coloro che vi lavorano, cui si contrappone l'inquietante fenomeno della medicina difensiva, di cui è, tra l'altro,

espressione comune l'ansiosa ricerca in tutti i nosocomi, pubblici e privati, di adesioni modulistiche sottoscritte dai pazienti, nell'erronea supposizione di una loro totale attitudine esimente”³².

Secondo la Suprema Corte, il consenso informato del paziente non è condizione di liceità penale dell'attività medica, bensì requisito di legittimità della stessa, che la rende pienamente conforme alla legge: la potestà di curare che spetta al medico consisterebbe, perciò, nella “titolarità di una situazione giuridica soggettiva che non ha la pienezza del diritto, o che per lo meno è un diritto fievole, o condizionato, e che necessita, per la sua concreta legale espansione, dell'acquisizione del consenso del malato, che sortisce allora l'effetto di rimuovere un limite rispetto al suo esercizio”.

La Suprema Corte ha perciò affermato che la liceità dell'attività medica risiede nel riconoscimento dell'alto interesse sociale al suo svolgimento per il bene della collettività. Essa perciò trova giustificazione in se stessa in quanto attività socialmente utile e diretta a dare contenuto concreto ad un diritto sancito dalla Costituzione: sarebbe dunque contraddittorio, argomenta la Corte, ravvisarvi il delitto di lesioni personali per l'assenza del consenso del soggetto che beneficia proprio di tale attività.

Se dunque l'attività medica è ontologicamente lecita (“la pratica sanitaria e specialmente quella chirurgica è sempre obbligata, per non dire

³² Cass. 29 maggio 2002, Volterrani, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 2661.

forzata”, afferma la Cassazione), in quali termini rileva la mancanza del consenso del paziente? Nel caso in cui il medico abbia ricevuto un esplicito dissenso da parte del paziente, “non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute del malato”. Il medico, qualora la volontà del paziente si manifesti in forma negativa, “non può manometterne l'integrità fisica, perché ciò sarebbe anche in contrasto con il principio personalistico espressamente accolto dall'art. 2 della Costituzione”. Ne consegue che se il medico, nonostante ciò, intervenisse egualmente, si configurerebbe a suo carico il reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. Mai, però, dall'esecuzione di un trattamento eseguito in mancanza del consenso del paziente, e conforme alle regole dell'arte, potrebbe discendere una responsabilità del medico per lesioni personali o, in caso di decesso, per omicidio preterintenzionale.

Nella sentenza, inoltre, i giudici di legittimità fanno propria un'interpretazione del concetto di malattia, quale evento del reato di lesioni, già da tempo sostenuta dalla dottrina: secondo la nozione fornita dalla scienza medica, all'alterazione anatomica deve seguire un'alterazione funzionale con pregiudizio effettivo della salute fisica e mentale, non certamente ravvisabile nell'ipotesi di intervento chirurgico che rechi beneficio al paziente. Tale decisivo aspetto non può che riflettersi sull'elemento soggettivo del dolo, non configurabile nel comportamento del medico: nella

sentenza si evidenzia, infatti, che il chirurgo, agendo per migliorare le condizioni fisiche del paziente, non si rappresenta in via diretta l'evento naturalistico “malattia”, cioè il pregiudizio per il paziente. È vero che il dolo di lesioni è generico, ma correttamente viene interpretato come dolo diretto, vale a dire denotante una tensione aggressiva³³. Il soggetto agente, in pratica, deve rappresentarsi il pregiudizio per la salute del soggetto passivo del reato, il che non si verifica nel caso di intervento chirurgico eseguito *leges artis*. Tale tensione aggressiva risulta ulteriormente accentuata per quanto concerne l'omicidio preterintenzionale. Illeciti penali dolosi, come le lesioni o l'omicidio preterintenzionale, potrebbero perciò ipotizzarsi solo nell'ipotesi romanzesca del chirurgo che per gratuita malvagità o per odio verso il malcapitato paziente approfitti dell'occasione per sfogare i suoi istinti sadici, percuotendone o ferendone il corpo.

Afferma sul punto la Corte: “Quando il chirurgo esegue, ad esempio, un'appendicectomia, taglia un pezzo dell'intestino cieco marcio impedendo che l'infezione si propaghi pericolosamente, cagiona, quindi una lesione da cui non deriva l'insorgere ma l'eliminazione della malattia. Pone in essere, cioè, condotta estranea allo schema legale dell'art. 552 c.p. Per ottenere questo risultato positivo egli è costretto, però, anche a incidere l'addome dell'infermo provocando con piena coscienza e volontà una ferita dalla quale

³³ In questo senso LOZZI, *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*, in *RIDPP*, 2003, p. 613.

certamente deriva una malattia, consistente nella lacerazione del tessuto cutaneo e sottocutaneo, che richiede un certo termine per rimarginarsi e che può anche lasciare una cicatrice indelebile. Ma è ovvio che si tratta di un'attività strumentale, priva di una propria autonomia funzionale, un passaggio obbligato verso il raggiungimento dell'obiettivo principale dell'intervento, che è quello di liberare il paziente dal male che lo affligge. Anch'essa s'inserisce, dunque, a pieno titolo, nell'esercizio dell'azione terapeutica, che corrisponde all'alto interesse sociale di cui s'è detto, interesse che lo Stato tutela in quanto attuazione concreta del diritto alla salute riconosciuto ad ogni individuo, per il bene di tutti, dall'art. 32 della Costituzione della Repubblica e lo fa autorizzando, disciplinando e favorendo la creazione, lo sviluppo e il perfezionamento degli organismi, delle strutture e del personale occorrente. Per ciò stesso, questa azione, ove correttamente svolta, è esente da connotazioni di anti giuridicità anche quando abbia un esito infausto”.³⁴

La sentenza da ultimo richiamata ha inteso sicuramente dare un segnale altrettanto fermo com'era accaduto nel caso *Massimo*, sebbene in direzione diametralmente opposta: mentre dieci anni prima la Cassazione aveva cercato di valorizzare la posizione del paziente, con la sentenza *Volterrani* l'ago della bilancia sembra spostarsi sulla garanzia di libertà di azione del medico nel momento in cui deve effettuare scelte complesse sul piano tecnico e sul piano

³⁴ Cass. 29 maggio 2002, *Volterrani*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, p. 610.

etico. Si potrebbe parlare di una sorta di “ritorno al passato” in relazione alla posizione del malato, che viene nella sostanza estromesso dalle decisioni in ordine alla propria salute, di cui si era faticosamente riappropriato (come conferma la stessa normativa deontologica) nella dinamica del rapporto con il medico³⁵.

Allo stato attuale della giurisprudenza della Suprema Corte, in ogni modo, non solo va senz'altro esclusa una responsabilità per omicidio preterintenzionale del chirurgo che abbia compiuto un intervento non consentito dal paziente, dal quale sia derivata, come conseguenza non voluta, la morte dello stesso; ma lo stesso fatto-base dell'intervento non previamente consentito, indipendentemente dal suo esito, non integra il paradigma delittuoso delle lesioni personali dolose *ex art. 582 o, se del caso, 583 c.p.*, se eseguito in conformità alle regole dell'arte medica. E poiché una responsabilità per violenza privata deve ritenersi confinata all'ipotesi estrema in cui il paziente manifesti un esplicito e attuale dissenso rispetto all'intervento, superato con una condotta violenta da parte del medico, la conclusione obbligata è che, allo stato attuale del diritto giurisprudenziale, il c.d.

³⁵ Sottolinea proprio questo aspetto MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1951 e seg. Secondo l'autore “la sentenza che attribuisce rilevanza penale al solo manifesto dissenso, rappresenta ad avviso di chi scrive un ritorno al passato, alla fase del c.d. paternalismo medico, nella quale il paziente si affidava completamente alla scienza altrui, senza partecipare alle scelte terapeutiche che lo avrebbero riguardato, sul presupposto che solo il medico possiede le competenze tecniche necessarie per effettuare difficili scelte discrezionali, essendo perciò insito nella natura fiduciaria del rapporto questo abbandono del cliente al professionista”.

trattamento medico arbitrario non comporta alcuna responsabilità penale a carico del medico.

In realtà, si può comunque dubitare che l'indirizzo interpretativo seguito nella sentenza *Volterrani* offra la chiave di volta per alleggerire la posizione del medico. Se si seguono i principi affermati dalla Corte, infatti, e si ammette quindi che il medico, in virtù della legittimazione derivante dall'alta attività sociale svolta, ha il potere di intervenire anche in assenza di consenso, allora tale potere potrà assumere i caratteri di un dovere di intervento. Si viene così a costituire sul paziente una posizione di garanzia a tutto campo che, non giovandosi della limitazione del principio di autodeterminazione del soggetto, fonda la responsabilità penale per omesso intervento terapeutico. L'effetto della sentenza potrebbe essere, quindi, quello di allargare la responsabilità omissiva colposa³⁶.

³⁶ In tal senso sono orientate le conclusioni di IADECOLA, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 2668 e seg.

2.2 Le alternative prospettabili di responsabilità penale

Come si è visto, la giurisprudenza ha sperimentato quasi tutte le opzioni astrattamente disponibili in merito alla valutazione della responsabilità penale del sanitario in caso di trattamento medico arbitrario: quella di una valutazione di tipicità dell'operazione chirurgica non consentita ai sensi della norma in tema di lesioni personali (sentenze *Massimo* e *Firenzani*); quella di una valutazione di tipicità della medesima condotta ai sensi delle norme che tutelano la libertà morale, in particolare la norma che sanziona la violenza privata (sentenza di primo grado del caso *Volterrani*); quella, infine, dell'irrelevanza penale della condotta (soluzione accolta dalla Cassazione nel caso *Volterrani*). Da questa qualificazione dipende poi il titolo cui eventualmente imputare la morte del paziente, allorché essa risulti causalmente connessa all'intervento, seppur non intenzionalmente perseguita dal medico: avremo quindi la possibilità di un'imputazione a titolo di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.) o a titolo di morte come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.).

La questione pregiudiziale è dunque quella relativa alla tipicità del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente, indipendentemente dall'esito fausto o infausto dell'intervento e dall'ipotesi estrema della morte.

Procedendo ad un'analisi delle norme incriminatrici idonee a coprire la condotta in questione, se si considera l'atto medico arbitrario lesivo della libertà di autodeterminazione del paziente, ritenendo quindi il consenso afferente unicamente alla sua libertà morale, può innanzi tutto essere preso in considerazione il delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.³⁷.

Lo schema delittuoso in parola può dirsi integrato nell'ipotesi di trattamento medico imposto ad un paziente dissenziente: ad es., nell'ipotesi in cui un testimone di Geova sia costretto, mediante contenzione fisica, a tollerare un'emotrasfusione che egli rifiuti per motivi religiosi, ovvero nell'ipotesi di coazione a tollerare l'amputazione di una gamba, cui una paziente rifiuti di sottoporsi nonostante l'immediato pericolo che la cancrena si estenda al resto del corpo. In simili ipotesi, si potrà certo discutere se, ed eventualmente in base a quale norma, la condotta del sanitario possa ritenersi giustificata, ma non si potrà sensatamente dubitare che, sul piano della tipicità, nel fatto sia ravvisabile una condotta violenta (la contenzione fisica), strumentale alla coazione del paziente a tollerare un intervento indesiderato sul proprio corpo.

Le ipotesi in questione, tuttavia, sono completamente diverse da quelle oggetto del nostro esame. Qui non c'è alcun dissenso del paziente, superato mediante l'uso della forza fisica; semplicemente, vi è l'esecuzione di un

³⁷ Art. 610 c.p. (*Violenza privata*). Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni.

trattamento su di un paziente che a tale trattamento non ha specificamente consentito. In particolare, la situazione è nella quasi totalità dei casi quella del chirurgo che, a paziente anestetizzato, decide unilateralmente di modificare il piano operatorio previamente concordato con il paziente. Occorre dunque analizzare se possono ravvisarsi, in questo caso, gli estremi di una condotta violenta del medico, mediante la quale il soggetto passivo (il paziente) viene costretto a tollerare l'intervento non desiderato.

Un primo problema concerne l'individuazione della condotta violenta. Si potrebbe anzitutto ipotizzare che lo stesso atto operatorio in sé considerato (l'incisione dei tessuti, la resezione della parte malata) valga come condotta violenta: e ciò sulla base di una nozione naturalistica di violenza, intesa come esplicazione di energia fisica sul corpo³⁸. Il problema è però che, nell'economia della fattispecie di cui all'art. 610 c.p., la violenza e la minaccia sono connotati alternativi di una condotta che deve atteggiarsi a mezzo per la realizzazione di un evento ulteriore: la costrizione della vittima a fare, omettere o tollerare qualcosa. Ma questo qualcosa, nell'ipotesi in esame, non potrebbe essere che la stessa operazione; per cui condotta violenta ed evento di costrizione a tollerare verrebbero a coincidere. Troppo

³⁸ In questo senso MANNA, *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Indice Penale*, 2004, p. 475 e seg., secondo cui “poiché non può negarsi come, nell'eseguire un intervento non consentito, il medico espliciti energia fisica sul corpo del malato, in tal modo ponendo in essere una condotta certamente violenta, integrante una *vis absoluta, corpore corpori afflicta*, dinanzi alla quale il paziente non può opporre resistenza alcuna, ne discende che il trattamento arbitrario configuri un'ipotesi di costrizione violenta del paziente, a soggiacere ad un'azione non voluta”.

poco, perché lo schema delittuoso di cui all'art. 610 c.p. possa dirsi realizzato³⁹.

La condotta violenta potrebbe allora essere identificata nella previa narcotizzazione del paziente⁴⁰. La causazione di uno stato d'incapacità del paziente, comunque realizzata, può in altre parole essere qualificata come condotta violenta; e ciò anche se, come di regola avviene nei casi in esame, il paziente abbia previamente consentito a tale condotta. Ciò in quanto la nozione di violenza non sembra necessariamente presupporre alcun necessario momento coattivo: una violenza, intesa come fatto offensivo della vita o dell'integrità fisica della vittima, resta tale anche se consentita da quest'ultima.

L'ostacolo che sembra invece insuperabile rispetto all'applicazione del delitto di violenza privata attiene non tanto al requisito della violenza, quanto all'altro requisito di fattispecie, rappresentato dall'evento di costrizione. Un problema classico in tema di delitti contro la libertà è se essi possano essere commessi nei confronti di una persona che versi in stato di completa incoscienza. Il problema affonda le sue radici già in considerazioni di ordine letterale: se si possa affermare, cioè, secondo le regole e le convenzioni del

³⁹ Ritiene che l'intervento chirurgico non consentito ed eseguito *leges artis* non possa integrare il delitto di cui all'art. 610 c.p., "per la difficoltà di configurare una forma di violenza sia pur impropria nella condotta del medico" LOZZI, *Intervento chirurgico con esito infausto*, op. cit., p. 614.

⁴⁰ In questo senso VIGANO', *Profili penali del trattamento chirurgico*, op. cit., p. 163 e in *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, p. 264 e seg.

linguaggio comune, che una persona sia costretta a sua insaputa ad una determinata condotta.

In tema di delitti contro la libertà sessuale, il problema è risolto dall'espressa equiparazione normativa tra l'ipotesi di costringimento mediante violenza o minaccia e l'ipotesi del compimento dell'atto sessuale mediante approfittamento delle condizioni d'inferiorità psichica o fisica in cui versa la vittima (art. 609-*bis* c.p.), condizioni tra le quali rientra certamente anche l'ipotesi della vittima totalmente incosciente⁴¹.

Mancando, in materia di violenza privata, un'equiparazione normativa paragonabile a quella di cui all'art. 609-*bis* c.p., risulta difficile ravvisare un'autentica costrizione nell'ipotesi dell'atto operatorio compiuto dal chirurgo all'insaputa del paziente, il quale al momento dell'azione versa in condizioni di totale incoscienza e non è in grado, pertanto, di esprimere alcuna volontà in ordine all'intervento. Al momento della condotta, in effetti, il dissenso del paziente non è certamente reale, e potrebbe essere tutt'al più presunto: che cosa pensi realmente il paziente, lo si potrà apprendere soltanto al suo risveglio; al momento della condotta, la sola cosa che può affermarsi con certezza è la mancanza del consenso all'atto operatorio.

⁴¹ Ricordiamo che la disciplina originaria del codice Rocco (art. 519, 2 comma, n. 1 e art. 520) si limitava a presumere la mancanza di valido consenso nel caso di congiunzione carnale con i minori di anni quattordici. Con l'espressione "violenza carnale presunta" si sottolineava una importante differenza, almeno sul piano naturalistico, rispetto alle ipotesi di violenza carnale vera e propria, caratterizzate da un'attuale contrapposizione tra la volontà del soggetto attivo e di quello passivo, ovvero dalla presenza di un dissenso reale, e non solo presunto, all'atto sessuale.

In realtà, sono ragioni di carattere linguistico ad imporre una diversa soluzione interpretativa, che consideri implicito nel concetto di costrizione il dissenso reale, e non solo presunto, della vittima. Non che sia indispensabile un'attiva opposizione, una resistenza della vittima⁴². Un atteggiamento di dissenso è però pur sempre necessario: la vittima deve subire suo malgrado una determinata condotta dell'agente, ovvero essere forzata a compiere una condotta che non voleva compiere, altrimenti non potrà dirsi costretta a quella condotta. L'idea di costrizione evoca, cioè, la necessità di un effettivo contrasto di volontà tra soggetto attivo e passivo. Nei confronti di chi sia in stato d'incoscienza potrà parlarsi di abuso, di approfittamento, o anche di contrasto con la sua ipotetica volontà (con quella, cioè, che egli avrebbe presumibilmente espresso se ne avesse avuto la possibilità): ma non, per l'appunto, di autentica costrizione.

Con il che cade la possibilità di utilizzare lo schema delittuoso di cui all'art. 610 c.p.

⁴² Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, I delitti contro la persona*, vol. I, Bologna, 2006, p. 205: parlando del reato di violenza sessuale, l'autore afferma che “la criticabile scelta del legislatore di richiedere, ai fini dell'integrazione del reato, un comportamento violento o minaccioso da parte del soggetto agente, possa oggettivamente far pensare all'esistenza di un dovere di resistenza a carico della vittima”, il che “significherebbe circoscrivere eccessivamente l'ambito semantico del concetto di violenza e fare, conseguentemente, arretrare la soglia della punibilità in maniera eccessiva”.

Seconda ipotesi delittuosa da esaminare è quella di cui all'art. 613 c.p. (stato di incapacità procurato mediante violenza)⁴³.

Il nodo problematico concerne qui non già l'estremo della causazione dello stato di incapacità, pacificamente integrato dall'anestesia cui il paziente viene sottoposto, bensì il requisito negativo dell'assenza di consenso del paziente. Nella normalità delle ipotesi, infatti, il paziente acconsente all'anestesia, sia pure rappresentandosi la stessa come funzionale ad un intervento (diagnostico o terapeutico) diverso da quello poi realizzato dal chirurgo.

Il problema è, allora, quello di verificare se l'errore in cui versa il paziente sia in grado di invalidare il suo consenso ad essere posto in stato di incapacità. Al riguardo, occorre anzitutto osservare che, ai sensi del capoverso dell'art. 613 c.p. (che a sua volta richiama l'art. 579, 3° comma, c.p.), il consenso si considera come non prestato allorché, tra l'altro, sia stato estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con l'inganno. Tale elencazione estromette dai possibili vizi del consenso il mero errore del paziente, laddove non riconducibile causalmente ad un'attività per lo meno ingannatoria del medico: attività che in

⁴³ Art. 613 c.p. (*Stato di incapacità procurato mediante violenza*). Chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona, senza il consenso di lei, in stato d'incapacità d'intendere o di volere, è punito con la reclusione fino ad un anno. Il consenso dato dalle persone indicate nell'ultimo capoverso dell'art. 579 non esclude la punibilità. La pena è della reclusione fino a cinque anni: 1) se il colpevole ha agito col fine di far commettere un reato; 2) se la persona resa incapace commette, in tale stato, un fatto preveduto dalla legge come delitto.

genere non sussiste affatto, poiché i casi giurisprudenziali riguardano ipotesi in cui il mutamento del piano operatorio era stato deciso dal medico durante l'intervento, a fronte di una situazione diversa da quella preventivata e alla quale si riferiva il consenso del paziente.

Anche a voler immaginare, però, un vero e proprio inganno del medico circa i propri reali intenti, o comunque un suo consapevole e preordinato silenzio circa la prospettiva di eseguire un intervento diverso da quello specificamente consentito, resterebbe la difficoltà di considerare invalido il consenso del paziente all'anestesia per effetto di un'erronea rappresentazione relativa all'operazione cui egli dovrà essere sottoposto. Il paziente sa benissimo di prestare il consenso ad un'anestesia, e cioè ad un trattamento idoneo a porlo temporaneamente in stato di incapacità di intendere e di volere (così come richiesto dalla norma incriminatrice in parola), diversamente da quanto accadrebbe, ad es., nell'ipotesi di un soggetto indotto con l'inganno a bere una sostanza che egli non sa essere un potente sonnifero. L'errore nel quale il paziente versa, o viene indotto, è invece qui un errore sui motivi che lo inducono ad acconsentire all'anestesia: un errore, cioè, sulla portata dell'atto operatorio cui l'anestesia è funzionale, e che non pare poter di per sé invalidare il consenso all'anestesia in quanto tale.

Nemmeno lo schema delittuoso di cui all'art. 613 c.p. sembra, pertanto, assicurare un'adeguata copertura penalistica all'ipotesi di trattamento medico arbitrario⁴⁴.

Se invece si ritiene che il consenso informato tuteli il diritto all'integrità fisica del paziente, l'atto medico va valutato alla stregua del reato di lesioni personali, vero oggetto del contendere nel dibattito giurisprudenziale.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza escludono in radice che il trattamento chirurgico possa mai integrare il paradigma delittuoso delle lesioni personali, qualunque ne sia l'esito.

Un riferimento classico nella dottrina meno recente è quello all'intrinseca adeguatezza sociale della condotta del medico, che ne determinerebbe l'irriducibilità a tale paradigma delittuoso⁴⁵. Oggi, invece, si insiste nella radicale atipicità del trattamento medico-chirurgico, espressione di un'attività altamente sociale e autolegittimantesi, che non necessita del ricorso ad una causa di giustificazione codificata. L'attività medica troverebbe cioè legittimazione, anche sul piano penale, nella sua intrinseca utilità e vantaggiosità sociale, poiché essa persegue scopi condivisi e sostenuti dall'ordinamento, tra cui

⁴⁴ Nel senso contrario della configurabilità del reato in parola MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, p. 1291, secondo cui "la disposizione dell'art. 613 c.p. potrebbe proficuamente essere applicata anche alle ipotesi di trattamento medico-chirurgico arbitrario, effettuate però previa sottoposizione dell'ammalato ad uno stato di narcosi, quale ad esempio quello tipico dell'anestesia".

⁴⁵ CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 26 e seg.

certamente rientra l'attuazione del diritto alla salute, garantito a livello costituzionale: "In tal senso, essa si giustifica da sola, perché è socialmente adeguata e vantaggiosa ed è autorizzata dallo Stato, almeno quando è assistita da finalità e da indicazione terapeutica (e quindi attuata secondo le *leges artis* per contrastare una malattia)"⁴⁶.

Sempre secondo tale dottrina, l'inadeguatezza del consenso del paziente a porsi come matrice fondante la liceità penale dell'attività medica può dedursi anche dai limiti che incontra la scriminante del consenso dell'avente diritto rispetto al suo legittimo esplicitarsi come causa giustificante, postulando essa la valida disponibilità del diritto: tale esimente, nella prospettiva del raccordo dell'art. 50 c.p. con l'art. 5 c.c., sarebbe insufficiente a coprire tutti i rischi, anche di diminuzione permanente dell'integrità fisica o di morte, che possono essere connessi all'attività medico-chirurgica⁴⁷.

È d'altra parte diffusa l'opinione secondo cui sia egualmente lecita la cura, anche al di fuori dello stretto stato di necessità, del paziente incapace

⁴⁶ IADECOLA, *Sulla configurabilità*, op. cit., p. 529. Cfr. dello stesso autore, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2046, in cui l'autore afferma che "i vari orientamenti che riconducono la liceità penale dell'attività medica all'operatività delle diverse causa di giustificazione, codificate o non, in realtà finiscono per collocare pur sempre, alla base della matrice legittimante, la rilevanza sociale dell'interesse preservato, riconosciuto di valenza prevalente rispetto a quello sacrificato: in tal modo sostanzialmente raccordandosi, quanto alla individuazione della causa prima fondante, al principio dell'autolegittimazione dell'attività sanitaria a ragione dell'alto interesse sociale dalla stessa attuato".

⁴⁷ In questo senso FRESA, *La responsabilità*, op. cit., p. 633; IADECOLA, *Ancora in tema*, op. cit., p. 2663; MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni*, op. cit., p. 1954.

di consentire; né può trascurarsi che la volontà del paziente non sembra possa essere vincolante per il medico, quando dal suo rispetto consegua la morte o il rischio di pericolo di pregiudizio grave al bene della salute del soggetto. “Nel nostro ordinamento, invero, non si ha il diritto di disporre della vita né di compromettere la propria attitudine sociale, né si può a maggior ragione pretendere che ciò avvenga al cospetto di chi, come il medico, sia da parte sua portatore di un potere-dovere di curare, e che è anzi garante del bene della salute del paziente affidato alle sue cure: ci si riferisce ai casi di pazienti dissenzienti ed a rischio di vita (ad esempio: testimone di Geova adulto e consapevole che rifiuti la trasfusione di sangue salvavita, mancato suicida che rifiuti le cure, detenuto che attui lo sciopero della fame). In tutte le situazioni esaminate, un intervento medico sarebbe da ritenersi penalmente lecito, anche se non sostenuto dal consenso dell'assistito”⁴⁸.

Peraltro, è ugualmente condiviso che l'attività medica, di norma, ed al di fuori di situazioni configuranti stato di necessità, richieda il consenso del paziente, il quale, però, non potendosi identificare con il consenso dell'avente diritto *ex art. 50 c.p.*, deve ritenersi integrare un requisito di legittimità o di liceità dell'attività stessa, che la rende pienamente conforme a legge: si potrebbe affermare che la potestà di curare, che spetta *ex se* al medico per il fatto di essere tale, consista nella titolarità di una situazione

⁴⁸ IADECOLA, *Sulla configurabilità*, op. cit., p. 530.

giuridica soggettiva che non ha la pienezza del diritto, o che per lo meno è un diritto fievole, o condizionato, e che necessita, per la sua concreta legale espansione, dell'acquisizione del consenso del malato, che sortisce allora l'effetto di rimuovere un limite rispetto al suo esercizio (così come affermato dalla Cassazione nella sentenza *Volterrani*).

In questa configurazione di requisito-limite il consenso più precisamente rappresenta l'estrinsecazione del diritto di libertà personale del paziente, inteso come suo diritto di autodeterminazione, poiché il paziente è, in via di principio, il solo che possa decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo.

Queste considerazioni orientano verso la conclusione secondo cui intervenire chirurgicamente su di un paziente, violando la regola del consenso ma per finalità e con indicazione terapeutiche, non possa integrare, quale che ne sia l'esito (fausto o infausto), perciò solo (e cioè perché non vi è consenso), il reato di lesioni personali volontarie *ex art. 582 c.p.*, e cioè una condotta aggressiva dell'altrui incolumità fisica e determinatrice di malattia (da cui poi, derivandone per mero nesso causale la morte del paziente, possa scaturire la configurazione dell'omicidio preterintenzionale).

Se, in altre parole, il consenso non è causa fondante della liceità di un'attività meritoria ed in sé giustificata, ma mero requisito di legittimità

di questa, è facile dedurre come esso non possegga la rilevanza di elemento in forza della cui presenza, o meno, si debba distinguere tra attività terapeutica del medico (che è in sé riconosciuta lecita, socialmente vantaggiosa ed anzi necessaria) e delitti contro la vita e l'incolumità individuale: un'attività che sia posta in essere con il fine di contrastare una malattia e che sia in tal senso scientificamente indicata, non può essere considerata, paradossalmente, causa di una malattia (*ex art. 582 c.p.*) solo perché non vi è consenso.

E' stato del resto anche osservato che solo sul piano di una lettura puramente formalistica, e non certo considerando la realtà sostanziale (che il diritto nelle sue definizioni deve viceversa riflettere, soprattutto quando punisce), possono essere assimilati il gesto di un accoltellatore alla prestazione *leges artis* di un chirurgo, seppur priva di consenso⁴⁹.

D'altra parte, se non vi fosse differenza, salvo il consenso, tra una generica condotta di lesioni e un atto medico-chirurgico eseguito *leges artis*, non si comprenderebbe perché nei confronti di quest'ultimo il consenso possa andare esente dai limiti ordinari di ammissibilità previsti dalla legge (art. 5 c.c.) a tutela dell'integrità fisica (è dato indiscusso che ad es. una mutilazione sia consentita a fini terapeutici). Né si capirebbe per

⁴⁹ Così EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995, p. 728 e seg.

quale ragione sia praticabile una terapia in favore del soggetto incapace di prestare consenso, anche al di fuori dello stato di necessità.

La dottrina in questione afferma dunque che, così come non è il consenso del paziente che abilita il medico a svolgere la sua attività e che la rende socialmente utile e meritoria (poiché essa lo è intrinsecamente), allo stesso modo non è la sua assenza che possa conferire a quella stessa attività la valenza di atto lesivo ai sensi e per gli effetti dell'art. 582 c.p. Questo non significa che l'atto medico, solo perché realizzato *leges artis*, debba considerarsi lecito anche in mancanza di consenso: significa soltanto che una simile condotta, presenti la finalità e l'indicazione terapeutica, non può reputarsi come tale rilevante, quale ne sia l'esito, ai fini del delitto di lesioni e in genere ai fini della tutela dell'incolumità individuale.

La dimensione ed il significato giuridico che si devono allora assegnare al consenso del paziente (di presidio della tutela del suo diritto di autodeterminazione), se escludono la configurabilità nell'atto chirurgico eseguito *leges artis* del reato di cui all'art. 582 c.p., potrebbero peraltro orientare verso la diversa figura di reato di cui all'art. 610 c.p., che presiede alla protezione della libertà morale del soggetto, salvo l'approfondimento della questione della configurabilità della c.d. violenza impropria nella condotta del medico, nonché, evidentemente, del profilo del dolo; proseguendo per questa strada, in caso di trattamento eseguito *leges artis*,

ma senza consenso, da cui derivi la lesione o la morte, potrebbe prospettarsi l'imputazione del fatto *ex art. 586 c.p.*, e dunque un'imputazione (in concorso con l'*art. 610 c.p.*) a titolo di lesioni od omicidio colposi⁵⁰.

Altra parte della dottrina evidenzia il corto circuito argomentativo delle opinioni sull'intrinseca legittimazione dell'attività medico-chirurgica, peraltro non adeguatamente motivate, riducendosi gli argomenti all'affermazione, in sé incontestabile, secondo cui lo Stato riconosce, tutela e incoraggia la professione sanitaria, fornendo i mezzi, anche finanziari, necessari al suo esercizio⁵¹.

La legge costituisce in realtà solo la premessa per l'esercizio della professione sanitaria, indicandone i requisiti per l'esercizio, ma non stabilisce la liceità dei singoli atti inerenti all'esercizio stesso. In altre parole, il vero problema è a quali condizioni ed entro quali limiti il concreto esercizio dell'attività sanitaria possa dirsi lecito. Nessuno dubita, ad es., che l'attività di polizia corrisponda ad un alto interesse sociale, addirittura essenziale per la sopravvivenza dello Stato, e che ciononostante il suo concreto esercizio

⁵⁰ È opportuno a tale ultimo riguardo ricordare che la commissione di nomina ministeriale presieduta dal prof. Pagliaro, nello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale redatto nel 1992, ebbe a proporre una fattispecie autonoma di reato per il trattamento sanitario posto in essere senza consenso, collocata tra i delitti contro la libertà morale (prevedendone la perseguibilità a querela e l'esclusione della punibilità quando il fatto comporti vantaggio senza alcun effettivo pregiudizio alla persona).

⁵¹ In questo senso VIGANO', *Profili penali*, op. cit., p. 167 e seg.

debba soggiacere a precise regole, la cui violazione può dar luogo a figure di reato.

La verità è che l'argomento in parola non serve a risolvere i casi dubbi: i casi, cioè, in cui l'attività medico-chirurgica è esercitata con modalità anomale rispetto al paradigma normale, che è quello di un trattamento eseguito da personale abilitato, in conformità delle regole dell'arte e con il consenso informato del paziente. Mancando l'una o l'altra di queste normali condizioni di liceità, il fatto che la condotta sia senz'altro insuscettibile di essere ricondotta al paradigma di una figura delittuosa dovrà essere oggetto di puntuale dimostrazione.

D'altra parte, dietro la tesi della radicale atipicità del trattamento medico-chirurgico sembra celarsi un fraintendimento di fondo sulla funzione e sul significato dei giudizi di tipicità ed antigiuridicità nella teoria generale del reato. La valutazione in termini di tipicità (ossia di conformità della condotta allo schema disegnato da una norma incriminatrice) ingloba certamente, in un diritto penale orientato al principio di offensività, un primo giudizio di disvalore: fatto tipico non può che essere un fatto offensivo dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Ma questo primo livello di disvalore ben può essere integralmente neutralizzato dal valore positivo di cui lo stesso fatto risulti eventualmente portatore, allorché sia compiuto in presenza degli estremi di una causa di giustificazione: essa rende pienamente lecito il fatto in ogni

settore dell'ordinamento, in quanto espressione non già di un'eccezionale rinuncia dello Stato alla propria potestà punitiva, bensì in quanto attributiva di una facoltà, o addirittura di un dovere, di realizzare il fatto. Il fatto (tipico ma) giustificato non è (lecito ma) un po' meno lecito del fatto in radice atipico: è un fatto lecito *tout court*, perché conforme alle pretese e agli interessi dell'ordinamento, anche se per avventura offensivo di un interesse di solito tutelato dal diritto penale.

L'idea della radicale atipicità del trattamento chirurgico (anche se compiuto in presenza di tutte le condizioni che ne assicurano la normale liceità) appiattisce questi due livelli valutativi, incentrando subito l'attenzione sul saldo del bilanciamento piuttosto che su ciascuna delle poste, negativa e positiva, che a tale saldo conducono. All'affermazione dell'atipicità del trattamento chirurgico eseguito *leges artis*, allora, si dovrà pervenire soltanto laddove si possa escludere (in esito ad un puntuale raffronto della condotta con il paradigma astratto delle lesioni personali) che esso integri, o possa integrare, quel paradigma: o perché insuscettibile di essere ricondotto alla descrizione fornitane dal legislatore, o quanto meno perché radicalmente inoffensivo del bene giuridico che le norme relative (artt. 582 ss. c.p.) mirano a proteggere.

Ai fini di questa verifica, occorrerà valutare quale sia, o quale possa essere l'incidenza del trattamento chirurgico sul corpo del paziente: quali

siano, in pratica, le modificazioni della realtà che il trattamento cagiona o può cagionare, per poi chiedersi se tali modificazioni siano o meno suscettibili di essere ricondotte al paradigma delle lesioni personali, sotto il duplice profilo di cui si è detto.

Il trattamento chirurgico, anche se eseguito *leges artis*:

Comporta sempre l'alterazione anatomica integrata dall'incisione operatoria, la quale può peraltro essere di dimensioni e di impatto assai variabili, anche in termini di postumi estetici permanenti;

Comporta sempre un decorso postoperatorio, anch'esso però di durata estremamente variabile in ragione dell'importanza dell'intervento;

Può comportare alterazioni anatomiche e funzionali ulteriori rispetto all'incisione operatoria, integrate dalla resezione della parte del corpo malata (a sua volta di impatto assai variabile sulla funzionalità dell'organismo: minima, ad es., nel caso di appendicectomia, massima nel caso dell'amputazione di un arto o nell'asportazione di un polmone), ma anche, ad es., dall'installazione di protesi o apparecchi meccanici (si pensi all'ano artificiale nel caso *Massimo*);

Può comportare una serie di conseguenze collaterali indesiderate, che l'osservanza delle *leges artis* da parte del chirurgo non è in grado di scongiurare, sino ad arrivare all'ipotesi estrema dell'esito fatale.

Solo le conseguenze da ultime evidenziate integrano quello che viene tradizionalmente definito esito infausto del trattamento. Le altre, necessarie od eventuali, sono tutte compatibili con la nozione di esito fausto. Il che impone di vagliare puntualmente la riconducibilità al paradigma delle lesioni personali di tutte queste conseguenze, fauste e infauste.

Secondo una prima tesi, solo le conseguenze c.d. infauste del trattamento chirurgico sarebbero riconducibili al concetto di malattia *ex artt.* 582 e ss. c.p.

Purtroppo, la norma base in tema di lesioni personali (art. 582 c.p.) non costituisce certo un esempio di buona tecnica normativa⁵².

Il problema è che il tenore letterale della norma sembra presupporre l'esistenza di un duplice evento, ovvero una lesione personale, dalla quale deriva una malattia. È tuttavia opinione assolutamente prevalente in dottrina che la formulazione della norma sia erronea, perché uno solo è, in

⁵² Art. 582 c.p. (*Lesione personale*). Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni.

Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli artt. 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel n. 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa.

realtà, l'evento descritto dalla norma: la malattia. L'unica interpretazione plausibile della norma è, infatti, quella che rilegge il dato normativo nei termini semplificati di “chiunque cagiona ad alcuno una malattia nel corpo o nella mente”. Non è dunque necessaria la previa rottura dei tessuti corporei, cui parrebbe alludere l'espressione “lesione”; in caso contrario, non sarebbe possibile ricondurre al paradigma delittuoso in parola un'imponente gamma di situazioni in cui tale rottura non si verifica: dalle patologie conseguenti all'esposizione a sostanze tossiche, al contagio da AIDS, alle perturbazioni della psiche conseguenti a condotte non violente.

Il nodo cruciale è, allora, che cosa si intenda per malattia. La nozione in prevalenza accolta dalla giurisprudenza è quella che definisce la malattia nei termini di qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e di lieve entità: nozione idonea a coprire l'intera gamma delle conseguenze del trattamento chirurgico, ivi compresa la mera incisione dei tessuti, che costituisce certamente un'alterazione anatomica.

Una tale nozione di malattia è aspramente criticata dalla dottrina, penalistica e medico-legale, la quale, ponendo l'accento sull'insufficienza di un'alterazione meramente anatomica, ricostruisce invece la malattia come un processo patologico (e non una situazione statica) che determina un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo, e il cui esito può essere la completa guarigione, l'adattamento dell'organismo ad una nuova

condizione di vita o la morte⁵³. Il problema è però che, anche sulla base di questa definizione, il trattamento chirurgico verrebbe sempre ad integrare il paradigma delle lesioni personali *ex artt. 582 o 583 c.p.*: la stessa incisione operatoria produce, di regola, un decorso postoperatorio (e dunque un processo, un fatto morboso in evoluzione) più o meno significativo, quantificabile in una precisa durata sino alla guarigione, e che spesso determina altresì una (temporanea) incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni (e cioè un evento che, anche se in ipotesi non riconducibile al concetto di malattia, certamente integra sul piano oggettivo l'ipotesi di cui all'art. 583, 1° comma, n. 1 c.p.). Molti interventi chirurgici provocano d'altra parte una menomazione funzionale più o meno importante, che comporta la necessità per l'organismo di adattarsi ad una nuova condizione di vita (asportazione di un polmone o di un rene, amputazione di un arto, ecc...). Senza contare poi la possibilità di esito infausto del trattamento, e dunque dell'eventualità che lo stesso intervento inneschi processi morbosi indesiderati (infezioni, trombosi, ecc...), anch'essi destinati a sfociare nella guarigione o nella morte del paziente.

A fronte di queste considerazioni, si comprende come l'argomento forte (o meglio l'unico argomento) per negare la riconducibilità del trattamento chirurgico al paradigma delle lesioni personali sia quello teleologico: la condotta

⁵³ Cfr. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *RIDPP*, 2001, p. 401; IADECOLA, *Sugli effetti penali*, op.cit., p. 2050 e seg.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2002, p. 71 e seg.

sfuggirebbe al paradigma delittuoso in parola perché inoffensiva rispetto al bene giuridico tutelato dagli artt. 582 e ss. c.p., che non è la mera integrità dei tessuti del soggetto passivo, bensì la sua salute, il suo complessivo benessere psicofisico, alla cui tutela lo stesso intervento è funzionale.

Tuttavia, oltre a respingere l'equiparazione tra il coltello del malfattore e il bisturi del chirurgo, o ad affermare che il chirurgo non vuole cagionare una malattia ma, all'opposto, la vuole eliminare, occorre chiarire quale sia il criterio decisivo per negare la presenza di un fatto di lesioni personali: se la volontà del chirurgo di giovare alla salute del paziente, oppure l'oggettiva funzionalità del trattamento al miglioramento della salute del paziente (valutata con criterio *ex ante*, secondo i parametri dell'arte medica), o ancora il concreto esito (fausto o infausto) del trattamento.

Trattandosi, in primo luogo, di valutare la sussistenza o meno di un fatto di lesioni personali, occorrerà anzitutto eliminare ogni riferimento alla volontà del medico: il problema dell'elemento soggettivo sarà valutato in un secondo momento, dopo che si sarà chiarito se, e in che misura, possa affermarsi che, sul piano della materialità del fatto, il medico abbia cagionato una malattia.

Non sarebbe nemmeno corretto, tuttavia, porre subito l'attenzione sulla oggettiva funzionalità del trattamento, valutata *ex ante*, alla salvaguardia della salute del paziente: si tratta, infatti, di un criterio di imputazione successivo,

essendo necessario esaminare preliminarmente la rilevanza causale (da accertarsi, naturalmente, con criterio *ex post*) della condotta rispetto all'evento malattia.

Su questo terreno, non si può negare che l'estremo della malattia, comunque definita in astratto, sia integrato almeno nelle ipotesi tradizionalmente definite in termini di esito infausto, in cui sia riscontrabile un complessivo peggioramento della salute del paziente causalmente riconducibile (nei termini della *conditio sine qua non*) al trattamento chirurgico⁵⁴. Come, in concreto, è avvenuto nei casi *Massimo*, *Barese* e *Volterrani*.

Altro problema è quello di stabilire se l'estremo malattia sia integrato rispetto alle conseguenze fisiologiche del trattamento. Qui l'opinione prevalente nega che possa ravvisarsi una malattia in esito ad un complessivo bilanciamento dei vantaggi e degli svantaggi conseguenti al trattamento: in esito, cioè, ad una complessiva valutazione dei suoi costi e benefici sulla salute del paziente⁵⁵. La lesione operatoria, il decorso postoperatorio, le eventuali menomazioni funzionali ad esso conseguenti sarebbero, in quest'ottica, controbilanciate dall'esito finale positivo per la salute del paziente: il che varrebbe ad escludere ogni dimensione

⁵⁴ Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 317.

⁵⁵ PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *DPP*, 2005, p. 378; LOZZI, *Intervento chirurgico con esito infausto*, op. cit., p. 612; GIUNTA, *Il consenso informato*, op. cit., p. 401 e seg, secondo cui "indipendentemente dalla circostanza che il medico agisca con il consenso del paziente o meno, un atto medico oggettivamente migliorativo della condizione di salute di chi lo subisce non può considerarsi causa di una malattia e, conseguentemente, non può integrare il reato di lesione personale per mancanza di un suo requisito costitutivo, espressamente richiesto dall'art. 582 c.p."

offensiva della condotta per il bene giuridico protetto, con conseguente estromissione del fatto dal paradigma delittuoso di cui agli artt. 582 e ss. c.p.

Anzi, nell'ipotesi di trattamento medico-chirurgico si realizzerebbe una condotta contraria a quella descritta dall'art. 582 c.p., perché la malattia è preesistente e l'attività del medico è destinata a superarla: nell'illecito penale la condotta ha una natura intrinsecamente e finalisticamente dannosa, mentre quella del medico è esattamente l'opposto. E' vero che l'intervento chirurgico incide sull'integrità fisica del paziente, ma si tratta di una realtà già alterata, e soprattutto tale intervento non procura uno stato patologico, cioè un danno, bensì un beneficio, il che fa dubitare che la condotta terapeutica sia qualificabile come lesione⁵⁶.

Un problema di rilevanza penalistica dell'atto medico arbitrario, quindi, si porrebbe soltanto laddove a seguito di tale complessiva valutazione l'esito dell'intervento sia stato negativo per la salute del paziente: nelle ipotesi, cioè, di esito infausto. Qui riemergerebbe dunque la necessità di fondare la non punibilità del medico sulla base di indici oggettivi (il rispetto delle regole dell'arte) o soggettivi (la negazione del dolo in capo al chirurgo).

Al riguardo, però, la strada della negazione del dolo si presenta rischiosa. Sicuramente, laddove si definisca la malattia, in esito ad una lettura teleologica della norma, come complessivo peggioramento della salute, potrebbe senz'altro

⁵⁶ In questo senso anche IADECOLA, *Sugli effetti penali*, op. cit., p. 2051.

escludersi un'intenzione, in capo al medico, di cagionare l'evento: il chirurgo agisce nella normalità dei casi animato da uno scopo terapeutico. Ma il nostro ordinamento conosce anche la figura del dolo eventuale: il chirurgo ben sa che il trattamento può avere esito infausto, e consapevolmente mette in conto questo rischio, in esito ad una ponderazione *ex ante* tra benefici attesi e rischi temuti. A questo proposito, per desumere l'atteggiamento psicologico del medico, potrebbe essere d'aiuto distinguere a seconda che l'atto medico arbitrario sia stato eseguito o meno nella convinzione di rispettare le *leges artis*. Precisamente, se il dolo di lesioni personali deve abbracciare l'evento malattia, si potrebbe dire che quando il medico agisce nella consapevolezza o nella convinzione di osservare le regole cautelari doverose, seppure egli si rappresenti il rischio di un peggioramento del quadro clinico del paziente, non per questo si potrà ritenere che egli abbia accettato la verifica dell'evento. Allorché, invece, il medico si renda conto di violare le regole dell'arte, la rappresentazione dell'esito pregiudizievole sarebbe pienamente compatibile con l'accettazione dell'evento e il dolo eventuale⁵⁷.

La soluzione viene in ogni modo ricercata già sul piano oggettivo, attribuendo rilievo decisivo al rispetto delle regole dell'arte, che da solo varrebbe a porre il chirurgo a riparo da ogni rischio di responsabilità penale. Vari sono gli itinerari argomentativi seguiti di volta in volta: dal richiamo all'esercizio di una facoltà legittima *ex art. 51 c.p.* da parte del medico, fondata per l'appunto su di

⁵⁷ Questa soluzione è sostenuta da GIUNTA, *Il consenso informato*, op. cit., p. 408 e seg.

un'autorizzazione che l'ordinamento fornirebbe al compimento di un'attività in sé rischiosa ma consentita, ed anzi incoraggiata, per la sua normale efficacia a tutelare il bene giuridico salute⁵⁸; all'invocazione di una causa di giustificazione non codificata, idonea a scriminare l'eventuale esito infausto di un trattamento compiuto *leges artis*⁵⁹. Questi itinerari risultano fungibili e hanno come fine comune quello di assicurare la penale irrilevanza di un fatto che abbia cagionato un evento che si riconosce corrispondente, sul piano strettamente materiale, a quello descritto (in termini di malattia) dagli artt. 582 e ss. c.p.

Applicando questi criteri ai casi giurisprudenziali, si dovrebbe senz'altro escludere la ricorrenza di un fatto di lesioni personali in *Firenzani*, poiché il chirurgo, asportando il menisco da un ginocchio malato, non cagionò con la propria condotta un complessivo peggioramento della salute del paziente: il menisco avrebbe dovuto comunque, prima o poi, essere asportato. Negli altri tre casi, invece, il trattamento ebbe in concreto esito infausto, tanto da cagionare addirittura la morte del paziente; il venir meno della responsabilità del chirurgo si sarebbe dovuta fondare, quindi, esclusivamente sul piano del rispetto delle regole dell'arte da parte di questi: con conseguente esito assolutorio nei casi *Massimo* e *Volterrani*, dove una prova della violazione delle *leges artis* mancava o era insufficiente, e con conseguente condanna per omicidio colposo nel caso *Barese*, dove sussisteva la prova della colpa medica. Resterebbe in ogni

⁵⁸ MANTOVANI, *Esercizio del diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, 1992, p. 644 e seg.; ID., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 54 e seg.

⁵⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 247 e seg.

caso esclusa la possibilità di imputare la morte del paziente a titolo di omicidio preterintenzionale, mancando la prova di atti diretti a ledere, ovvero intenzionalmente rivolti a cagionare un complessivo peggioramento della salute del paziente, dai quali sia derivata la morte di quest'ultimo.

Dunque, in dottrina si è sostenuto che il criterio per individuare il discrimine tra liceità ed illiceità penale sarebbe dato dall'osservanza o meno delle *leges artis* da parte del medico. Secondo tale tesi, qualora la condotta del medico, benché arbitraria, sia stata perita e dunque non rimproverabile a titolo di colpa, verrebbe meno la stessa tipicità della condotta ai sensi degli artt. 582 e 583 c.p. per difetto di efficacia causale rispetto all'evento malattia. Si assume, in proposito, che applicando il giudizio controfattuale, ed eliminando l'atto medico conforme alle *leges artis*, si perverrebbe alla conclusione che il pregiudizio per la salute del paziente si sarebbe verificato egualmente: ciò a dimostrare che in detta ipotesi l'esito infausto trova la sua causa nel preesistente stato morboso del paziente, che la terapia, benché eseguita correttamente, non poteva evidentemente curare o arrestare⁶⁰.

⁶⁰ Così MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, P. 1287 e seg.; ID, *Trattamento sanitario arbitrario*, op. cit., p. 459. Secondo l'autore “ nelle ipotesi di esito infausto ed in presenza, quindi, di un oggettivo peggioramento dello stato di salute del paziente, se non, addirittura, della morte di costui, qualora al medico non sia possibile ascrivere alcuna violazione di regole cautelari, appare evidente come allo stesso non possano imputarsi gli eventi testè menzionati, dal momento che essi sarebbero avvinti da un nesso di causalità non riferibile all'operato del sanitario, bensì al precedente stato morboso nel quale versava, in ipotesi, il paziente, dovendosi pertanto ritenere la preesistente patologia – che la terapia, per quanto eseguita *legibus artis*, non sia riuscita ad arrestare, né lo avrebbe potuto – unica *condicio sine qua non* dell'evento in concreto realizzatosi”.

Tale impostazione è stata però sottoposta a critiche⁶¹. In primo luogo, non si ritiene corretto sovrapporre due profili assolutamente eterogenei come il consenso informato, requisito (o uno dei requisiti) di liceità dell'atto medico, e l'inosservanza delle *leges artis*, elemento che attiene alla tipicità del reato colposo, per affermare poi che la mancanza di un valido consenso sarebbe penalmente irrilevante in presenza di una condotta perita. In secondo luogo, non va dimenticato che la medicina non è una scienza esatta, infallibile, e dunque non consente di poter affermare in termini di assoluta certezza che l'atto medico perito non abbia mai alcuna incidenza sull'eventuale esito avverso della terapia. Vi possono essere infatti dei casi ove il trattamento medico, ancorché diligente, può determinare, o anche accelerare, il peggioramento dello stato di salute del paziente. In tali ipotesi cadrebbe l'obiezione del difetto del nesso causale tra l'atto medico e l'evento infausto, e quindi di tipicità della condotta: sarebbe infatti dimostrabile l'esatto contrario, e cioè che eliminando mentalmente l'atto medico perito l'evento non si sarebbe verificato.

La tesi oggetto di critica postula, necessariamente, che l'osservanza delle *leges artis* da parte del medico consenta di eliminare in radice ogni rischio insito in una determinata terapia. Così però non è, in quanto l'attività medica è uno dei settori in cui le regole cautelari possono solo ridurre e/o contenere il

⁶¹ GIUNTA, *Il consenso informato*, op. cit., p. 401 e seg.; FRESA, *La responsabilità*, op. cit., p. 682 e seg.

rischio in essa insito, ma non azzerarlo completamente, se non in rare ipotesi: ciononostante, l'ordinamento autorizza l'attività medica per la sua utilità sociale, in deroga al principio generale secondo cui, in mancanza di regole cautelari dotate di sicura efficacia preventiva dell'evento, dovrebbe scattare il drastico divieto di intraprendere l'attività stessa. Ed è proprio questo coefficiente di rischio che intrinsecamente connota l'attività medico-chirurgica ad imporre al medico di informare preventivamente il paziente e di procedere solo dopo avere acquisito il di lui consenso: è il paziente, infatti, che deve decidere se rischiare, e quanto, nel contesto di una valutazione complessiva dei costi e dei benefici del trattamento, resa possibile da un corretto e puntuale adempimento dei doveri informativi da parte del medico. In difetto, la decisione del medico di intraprendere un trattamento medico arbitrario equivale alla scelta di esporre l'inconsapevole paziente anche a quei rischi che l'osservanza delle regole cautelari non può, comunque, annullare, potendo detti rischi trasformarsi in un'offesa al bene giuridico nonostante la condotta perita tenuta dal medico.

Pertanto, con l'imposizione del divieto per il medico di intervenire, in mancanza del valido consenso del paziente, si intende proteggere da indebite intromissioni di terzi non solo la libertà di autodeterminazione del paziente, ma anche e soprattutto la sua integrità fisica, intesa come salute in senso lato, comprensiva quindi dell'interesse a non subire un peggioramento

delle proprie condizioni psicofisiche. Solo se l'intervento medico sia stato condotto nell'osservanza di quelle *leges artis* in grado di azzerare il rischio connesso al trattamento, il verificarsi dell'evento pregiudizievole non potrà essere addebitato al medico, in quanto espressione del caso fortuito.

Tornando alla rilevanza penalistica dell'atto medico arbitrario in caso di esito infausto, il punto di forza della tesi è di natura teleologica: l'intervento chirurgico che abbia conseguito l'esito sperato non offende la salute del paziente, che è il vero bene giuridico tutelato dalle norme in tema di lesioni personali. La mancata acquisizione del consenso offenderebbe, semmai, un altro bene giuridico, ovvero l'autodeterminazione del paziente, la cui tutela è però estranea al paradigma delle lesioni personali.

Si pensi tuttavia all'ipotesi in cui l'intervento abbia avuto esito fausto, abbia prodotto cioè le sue sole conseguenze fisiologiche, senza cagionare un complessivo peggioramento della salute del paziente: in realtà, nell'ipotesi in cui il paziente non abbia consentito ad un tale trattamento, affermare che esso non offenda in alcun modo il bene giuridico tutelato dagli artt. 582 e 583 c.p., bensì soltanto la libertà morale del paziente, non è conclusione così scontata.

Il riferimento è al caso di specie deciso in *Massimo*. Una paziente consente all'asportazione di un polipo rettale per via transanale; durante

l'operazione, il chirurgo muta il piano operatorio e le asporta una parte significativa dell'intestino, praticandole una deviazione rettale ed applicandole un ano artificiale. Anche se, contrariamente a quanto purtroppo avvenne nel caso di specie, dall'intervento non fosse derivato alcun evento avverso, e pertanto, da un punto di vista rigorosamente clinico, l'intervento avesse potuto dirsi riuscito, sarebbe in ogni modo difficile ritenere lesa la sola libertà morale della paziente. Si pensi al carico di sofferenza, fisica e psicologica, che l'applicazione di un ano artificiale comporta: sofferenza forse non intollerabile, che anzi molti pazienti imparano a tollerare, adattandosi gradatamente alla protesi e alla sua quotidiana gestione; ma pur sempre sofferenza, tutt'altro che marginale o meramente transitoria (spesso, il paziente dovrà rassegnarsi a convivere per sempre con quella protesi).

Un intervento di deviazione rettale è, in effetti, un intervento sul corpo, che incide immediatamente e pesantemente sulla salute, intesa come benessere psicofisico del soggetto, vi abbia il paziente consentito o meno. Naturalmente, si tratta di una sofferenza che il paziente ben può decidere di affrontare, quando i benefici attesi dall'intervento (in termini anche solo di prolungamento delle aspettative di vita) superino i presumibili costi; tuttavia sarà lui a dover decidere, trattandosi della sua vita e del suo benessere.

Ma si pensi anche al caso, meno drammatico, deciso in *Firenzani*. Un paziente si rivolge al medico lamentando un dolore al ginocchio sinistro; il

medico, riscontrata una patologia al ginocchio destro, interviene su quest'ultimo, asportando il menisco. Il medico potrà anche sostenere che l'operazione eseguita era medicalmente indicata, che la sua realizzazione è stata esente da difetti sul piano delle *leges artis*, e che in ogni caso il paziente avrebbe dovuto sottoporsi, prima o poi, a quell'operazione; nel frattempo, tuttavia, il paziente si ritrova con un secondo ginocchio sofferente, per tutto il tempo corrispondente al decorso postoperatorio (nella specie, superiore ai quaranta giorni): con il risultato che, se prima il dolore interessava un solo ginocchio, ora interessa entrambi.

Sulla base di questi esempi, la tesi di chi sostiene che ogni trattamento chirurgico cagioni una malattia ai sensi delle norme in tema di lesioni personali non potrebbe essere più oggetto di obiezioni di formalismo.

Il nodo del contendere non è tanto l'incisione della cute in sé considerata, o la resezione della parte del corpo malata: non si può, in effetti, seriamente sostenere che il bene giuridico tutelato dagli artt. 582 e 583 c.p. sia l'integrità dei tessuti e degli organi del paziente. Il nodo del contendere è, piuttosto, la valutazione penalistica delle sofferenze concretamente provocate dall'atto operatorio, della sua incidenza sullo stato di benessere psicofisico della persona, che è il vero bene giuridico tutelato dagli artt. 582 e 583 c.p.: sofferenze la cui entità può variare enormemente a seconda dell'importanza e dell'invasività dell'intervento, ma che sempre sono prodotte ogniqualvolta vi sia

un decorso postoperatorio di una qualche significatività, ovvero l'intervento abbia effetti permanenti in grado di incidere sul benessere del soggetto.

Sullo sfondo di questa discussione sta il modo di intendere l'offesa alla salute, che deve ritenersi implicita nello schema legale di cui agli artt. 582 e ss. c.p. Coloro che negano che le conseguenze fisiologiche dell'intervento chirurgico integrino il paradigma delle lesioni rivolgono la loro attenzione al risultato complessivo dell'operazione, all'esito della medesima. Ciò che conta, in questa prospettiva, è che il saldo finale tra costi e benefici dell'intervento sia positivo, in base ad una valutazione oggettiva, compiuta secondo le regole dell'arte medica.

Questo modo di ragionare, tuttavia, nasconde i residui di una concezione paternalistica della salute, che ne affida la tutela al solo medico, pretermettendo così la considerazione della percezione del paziente stesso sul proprio benessere psicofisico. “L'idea alternativa, oggi dominante presso la letteratura medica e giuridica, è invece quella di un paziente arbitro della propria salute: di un paziente, cioè, al quale sia riservato il bilanciamento tra costi e benefici del trattamento. Di un paziente che può legittimamente decidere di rifiutare un intervento di deviazione rettale, anche a costo di correre il rischio di una diffusione del tumore non asportato o di una futura ed eventuale occlusione intestinale; e che può legittimamente decidere di rinviare l'asportazione di un menisco malato ma che, al momento, non gli

crea alcun disagio e di farsi, invece, operare al ginocchio che al momento gli fa male”⁶².

Se così è, allora si potrebbe ritenere integrata un'offesa alla salute già nella causazione della sofferenza inevitabilmente connessa ad un determinato atto operatorio, tanto più quando, come nei casi giurisprudenziali citati, tale sofferenza sia tutt'altro che irrilevante. I concetti di fausto e infausto vengono così relativizzati in rapporto alla valutazione del paziente sul proprio benessere psicofisico.

Non è, quindi, solo il saldo finale che conta: sono già i costi connessi all'intervento, nell'immediato e a lungo termine, ad integrare un'offesa al benessere psicofisico del paziente, che lui solo (al di fuori di situazioni di urgenza rigorosamente circoscritte) potrà decidere di accettare in funzione dei benefici che da questa sofferenza potranno derivargli⁶³.

Nessuna difficoltà, allora, ad inquadrare nel concetto di malattia (sia essa intesa come alterazione anatomica o funzionale o, più correttamente, come processo che determina un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo) l'intera serie di conseguenze del trattamento chirurgico, incidenti in concreto e in misura non irrilevante sul benessere psicofisico della persona: dalla stessa

⁶² VIGANO', *Profili penali*, op. cit., p. 179.

⁶³ ZATTI, *Il diritto a scegliersi la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2000, p. 1 e seg.; l'autore insiste sul superamento di una concezione di salute rapportata a un ideale *standard* di uomo sano, in favore di un concetto aperto agli aspetti interiori della vita sentiti e vissuti dal soggetto.

incisione operatoria (con eccezione forse degli interventi di microchirurgia), all'ordinario decorso postoperatorio, fino alle necessarie od eventuali conseguenze invalidanti, temporanee o permanenti dell'intervento stesso. E ciò anche quando, da un punto di vista strettamente clinico, l'intervento possa dirsi riuscito⁶⁴.

Tutte queste conseguenze, tipiche ai sensi degli artt. 582 ss. c.p., necessitano allora di una giustificazione: questa deve essere fornita, nella normalità dei casi, dal consenso del paziente, fatte salve le ipotesi della situazione di urgenza, in cui l'intervento sia palesemente indifferibile per evitare la morte o un grave danno alla salute del paziente e di trattamento sanitario obbligatorio *ex lege*. Né può opporsi a questa conclusione l'argomento secondo cui il consenso del paziente non potrebbe operare quale vera e propria causa di giustificazione del trattamento medico, *ex art. 50 c.p.*, poiché a ciò osterebbero i limiti alla disponibilità della propria integrità fisica sanciti dall'art. 5 c.c. Il problema in realtà non si pone affatto: i limiti alla disponibilità del proprio corpo fissati dall'art. 5 c.c. non possono sensatamente operare rispetto ad interventi finalizzati alla tutela dello stesso bene giuridico cui la stessa norma mira, ma sono destinati ad operare unicamente rispetto ad atti dispositivi

⁶⁴ In senso contrario PELISSERO, *L'intervento medico*, op. cit., p. 378. "La tesi, improntata a ragionevolezza e a una particolare attenzione verso le condizioni di sofferenza del paziente, estende gli spazi di rilevanza penale dell'intervento medico rispetto alla tesi qui prospettata, che si limita a valutare il rapporto costi/benefici per la salute in termini complessivi di risultato finale. Il margine di tale estensione, tuttavia, rimane del tutto incerto, affidato com'è ad un parametro di difficile determinazione quale quello dell'incidenza non irrilevante: trattandosi di una valutazione che coinvolge il benessere psicofisico del paziente, tale valutazione non può essere altro che affidata alla soggettiva percezione del singolo individuo, oggetto di trattamento arbitrario, con ciò che ne consegue sulla certezza dei limiti dell'intervento medico".

svantaggiosi per la salute del soggetto (come la donazione di un organo). La conseguenza è la possibilità di inquadrare il consenso del paziente entro il paradigma dell'art. 50 c.p., quale regolare fondamento giustificativo di un fatto (l'operazione chirurgica) tutt'altro che inoffensivo rispetto alla salute del soggetto, e che è per questo bisognoso di specifica giustificazione⁶⁵.

In difetto di un'ideale giustificazione, infine, in capo al chirurgo non potrà che ravvisarsi il dolo: egli, infatti, vuole cagionare almeno tutte le conseguenze che sa essere necessariamente connesse all'intervento che sta compiendo, essendo irrilevante, ai fini della responsabilità *ex artt.* 582 e ss. c.p., il fine terapeutico che egli in concreto persegue.

Applicando questi criteri ai casi di specie, è possibile concludere, prescindendo dal problema dell'imputazione della morte del paziente, che in tutti e quattro i casi il chirurgo ha cagionato una malattia ai sensi della normativa in tema di lesioni personali, in assenza di idonea causa di giustificazione, e con la volontà di cagionarla; con conseguente responsabilità, a suo carico, per lesioni personali dolose (salvo che nel caso deciso in *Firenzani*, ove la responsabilità a titolo di mera colpa si giustifica per effetto dell'applicazione dell'art. 59, 4° comma, c.p.).

⁶⁵ Così VIGANO', *Profili penali*, op. cit., p. 181 e seg.; BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2001, p. 141 e seg.; RIZ, *Medico. Responsabilità penale del medico*, in *Enc. Giur.*, XIX, 1990.

La ragione vera delle critiche suscitate dalla sentenza *Massimo* deriva dal perverso combinarsi della soluzione sopra tracciata con la norma sull'omicidio preterintenzionale nell'ipotesi, purtroppo verificatasi nel caso di specie, di morte del paziente conseguente all'intervento. Qualora, in effetti, si ritenga, come la giurisprudenza ancora assolutamente dominante, che ai fini di tale norma la morte del paziente possa essere imputata all'agente sulla base del solo nesso causale, senza necessità di accertamento di alcun coefficiente di colpevolezza (ulteriore, naturalmente, al dolo relativo al fatto-base di lesioni), diviene obbligata la conclusione nel senso di una responsabilità del chirurgo per tale titolo delittuoso: con tutto il suo spaventoso carico sanzionatorio, essendo prevista una pena edittale minima di dieci anni di reclusione.

L'aspetto patologico risiede in una norma, come l'art. 584 c.p., strutturata dal legislatore sulla base di una mera responsabilità oggettiva, ed interpretata come tale da una giurisprudenza che ancora non avverte la necessità di una sua rilettura costituzionalmente orientata, che da tempo la dottrina propugna. In realtà, il principio di colpevolezza, che la Corte Costituzionale evince dall'art. 27, 1° comma, Cost., dovrebbe porsi come vincolo anche per l'interprete, imponendogli di reinterpretare le residue ipotesi di responsabilità oggettiva richiedendo, ai fini dell'imputazione dell'evento, almeno la colpa dell'agente come requisito aggiuntivo rispetto alla sua causazione materiale. Se così fosse, l'imputazione della morte del paziente in un caso come quello deciso in

Massimo avrebbe potuto essere facilmente negata: l'accertata esecuzione a regola d'arte dell'intervento di deviazione rettale avrebbe in radice escluso che potesse muoversi un rimprovero a titolo di colpa a carico del chirurgo.

La circostanza che, in concreto, l'intervento abbia avuto esito infausto, e che abbia materialmente cagionato l'evento morte (che non si sarebbe verificato, se l'intervento non fosse stato eseguito) non sarebbe bastata a fondare una responsabilità penale del chirurgo a titolo di omicidio preterintenzionale, proprio perché l'esito avverso dell'intervento doveva considerarsi all'interno di un rischio consentito dall'ordinamento: un possibile evento collaterale ed indesiderato, cioè, di un intervento da giudicarsi medicalmente indicato, in base alla valutazione *ex ante* di un ipotetico chirurgo modello.

Se così fosse stato, la responsabilità che si sarebbe potuta e dovuta affermare in capo al chirurgo (in *Massimo*, ma anche in *Barese* e in *Volterrani*) sarebbe stata quella sola di lesioni personali dolose, integrate dalla cosciente e volontaria sottoposizione del paziente ad un intervento cui questi non aveva prestato alcun consenso. Titolo delittuoso, questo, che avrebbe consentito di infliggere di una pena assai più mite di quella in concreto inflitta in *Massimo*, e quasi certamente coperta dai benefici di legge.

Altra dottrina ha invece prospettato una responsabilità a titolo di lesioni personali colpose in capo al chirurgo che abbia eseguito il trattamento in

conformità alle regole dell'arte, ma in caso di mancata acquisizione del consenso del paziente⁶⁶.

La premessa è quella della non riconducibilità del trattamento con esito favorevole per il paziente al paradigma oggettivo delle lesioni personali; conseguentemente, l'attenzione si concentra sull'ipotesi in cui il chirurgo abbia, in effetti, cagionato un peggioramento della salute del paziente, in esito ad un complessivo bilanciamento tra costi e benefici.

Ora, la nota caratteristica di questa tesi è quella di considerare la regola che impone l'acquisizione del consenso del paziente (regola che si assume finalizzata alla tutela della sua autodeterminazione) quale vera e propria regola dell'arte medica, la cui violazione darebbe luogo di per sé (e dunque a prescindere da ogni ulteriore profilo di contrarietà alle restanti *leges artis* di natura tecnica) ad un addebito a titolo di colpa, nel caso in cui il trattamento abbia, di fatto, cagionato, sul piano della realtà materiale, l'evento costitutivo delle lesioni personali. Il trattamento senza consenso darebbe più precisamente luogo ad uno sconfinamento dall'area di rischio consentito all'interno della quale il medico normalmente si muove. Il rischio connaturato all'esercizio dell'attività medica diverrebbe, così, illecito, proprio in quanto non previamente accettato dal paziente.

⁶⁶ VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, p. 308 e seg.

Una simile prospettazione, se da un lato costituisce un tentativo per sfuggire alla rigida alternativa tra responsabilità a titolo di lesioni dolose e non punibilità del medico che esegua l'intervento in assenza del consenso del paziente, d'altro lato si espone a due obiezioni di fondo⁶⁷.

Anzitutto, affermare che la mancata previa acquisizione del consenso informato del paziente fonda una responsabilità colposa a carico del medico significa riconoscere natura cautelare alla regola dell'arte che impone l'acquisizione di tale consenso. Evidente è, però, la radicale eterogeneità di una simile norma di condotta rispetto al complesso di *leges artis* la cui violazione fonda usualmente la responsabilità colposa del sanitario: mentre queste ultime sono norme di condotta che impongono al medico l'adozione di particolari cautele nell'esecuzione dell'intervento, al fine di evitare la produzione involontaria di eventi dannosi alla vita e alla salute del paziente, la regola che gli impone di acquisire il consenso informato vieta senz'altro al medico di intervenire in assenza di detto consenso. L'evento dannoso che tale regola mira a prevenire è, dunque, in primo luogo un evento volontario, prodotto dal medico che, consapevole dell'assenza del consenso del paziente, decidesse lo stesso di intervenire, violando in tal modo il diritto del paziente ad essere protagonista delle decisioni terapeutiche che lo riguardano. Accanto a tale divieto di violare (volontariamente) l'autodeterminazione del

⁶⁷ Criticano questa tesi VIGANO', *Profili penali*, op. cit., p. 184 e seg.; MANNA, *Trattamento*, op. cit., p. 462.

paziente sulla propria salute, vi sarà naturalmente spazio per l'autentico obbligo di natura cautelare di utilizzare l'ordinaria diligenza, esigibile secondo le circostanze, per verificare che il paziente abbia espresso un valido consenso: obbligo la cui violazione potrebbe dar luogo ad un autentico addebito a titolo di colpa (ad es., nell'ipotesi in cui il chirurgo abbia distrattamente letto la cartella clinica, o comunque non si sia accertato che altro medico appartenente all'*equipe* abbia regolarmente acquisito il consenso del paziente).

In secondo luogo, la tesi in esame non spiega perché il medico che non abbia preventivamente acquisito il consenso del paziente non possa rispondere per lesioni personali dolose, allorché il risultato dell'intervento sia un complessivo peggioramento delle condizioni di salute del paziente. In effetti, una volta ammesso che, omettendo di acquisire il previo consenso del paziente, il medico oltrepassi la soglia del rischio consentito, e si muova quindi in un'area di illiceità, non si vede perché la causazione dell'evento "peggioramento della salute" del paziente non possa essergli imputata, oltre che a titolo di colpa, altresì a titolo di dolo eventuale, in tutte le ipotesi almeno in cui il medico abbia previsto e messo in conto la possibilità di un simile esito, per quanto in sé indesiderato: con conseguente assorbimento della responsabilità per colpa nella più grave ipotesi di responsabilità a titolo di lesioni personali dolose.

Ovviamente tutto ciò non esclude che in molti casi di trattamento senza il consenso del paziente possa pervenirsi all'affermazione di una responsabilità a titolo di lesioni colpose, anziché dolose, o addirittura ad un esito assolutorio. Ma ciò in applicazione degli ordinari principi in tema di errore sulla scriminante, secondo il modello già sperimentato in *Firenzani*: nel caso in cui il chirurgo abbia erroneamente supposto come esistente il consenso del paziente, una sua responsabilità per lesioni dolose dovrà ritenersi senz'altro esclusa, e dovrà vagliarsi l'eventuale residuo di una responsabilità colposa sulla base, per l'appunto, del carattere colposo o incolpevole del suo errore (art. 59, 4° comma, c.p.). La soluzione della responsabilità per colpa si imporrà altresì nell'ipotesi in cui il medico abbia colposamente acquisito un consenso non sufficientemente informato, e quindi inadatto a scriminare la condotta, ovvero abbia erroneamente e colposamente ritenuto sussistente una situazione di urgenza e indifferibilità terapeutica riconducibile alle scriminanti di cui agli artt. 54 o 51 c.p., e sulla base di questo erroneo convincimento abbia proceduto all'intervento nonostante la mancata acquisizione del consenso del paziente⁶⁸.

⁶⁸ Evidenzia il fatto che tali ipotesi sono, nella pratica, verosimilmente più frequenti, MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni*, op. cit., p. 1954 e seg., secondo cui “per prima cosa il problema va ridimensionato quantitativamente, perché le ipotesi in cui il medico agisce nella piena consapevolezza di operare in assenza o al di là di un valido consenso sono molto limitate”.

III

L'EUTANASIA

Nella sentenza Volterrani, che costituisce l'attuale punto d'arrivo nell'evoluzione giurisprudenziale della Cassazione in tema di trattamento medico arbitrario, la Corte afferma l'assoluta "rilevanza della volontà del paziente quando si manifesti in forma inequivocabilmente negativa e si concreti in un rifiuto del trattamento terapeutico prospettato"; in questo caso, pertanto, il medico "in presenza di una determinazione autentica e genuina non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte...giacché per il medico, di fronte ad un comportamento nel quale si manifesta l'esercizio di un vero e proprio diritto, la sua astensione da qualsiasi iniziativa di segno contrario diviene doverosa, potendo diversamente configurarsi a suo carico perfino gli estremi di reato". Tale pronuncia può costituire un'utile indicazione nell'analisi delle problematiche connesse al tema dell'eutanasia.

In effetti, un problema assai delicato relativo ai limiti di rilevanza del consenso attiene proprio all'ipotesi in cui si prospetti un contrasto tra manifestazione della volontà del paziente e tutela della vita.

Al di là del profilo etimologico - il termine eutanasia deriva dal greco *eu thanatos*, dolce morte - l'espressione è stata applicata in modo estensivo ad un insieme di esperienze eterogenee: si pensi alle fenomenologie di eutanasia collettivistica (eugenia, sperimentale, criminale ecc...) e alle diverse forme di eutanasia individualistica (o pietosa). Anche all'interno di questa categoria, comunque, sono state accorpate esperienze non assimilabili, foriere di confusioni concettuali⁶⁹.

⁶⁹ Cfr. CASSANO, CATULLO, *Eutanasia, giudici e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1370 e seg.; MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1991, p. 428 e seg.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.

3.1 L'inquadramento penale delle forme d'eutanasia

Nell'attuale contesto di riferimento, l'eutanasia consiste nella soppressione della vita altrui *pietatis causa*.

E' opportuno distinguere tre diverse tipologie di eutanasia:

La c.d. eutanasia attiva ricomprende le ipotesi di morte pietosa cagionata attraverso una condotta commissiva: un esempio emblematico è quello del medico (o del familiare o dell'amico) che, per porre termine alle sofferenze insopportabili provocate da una malattia inguaribile, pratica al malato un'iniezione letale; altri casi sono quelli di morte provocata mediante armi da fuoco e simili. Secondo le concezioni etico-sociali attualmente dominanti le forme di eutanasia attiva non sono considerate ammissibili e meriterebbero di essere penalmente represses.

Si definisce invece passiva l'eutanasia praticata in forma omissiva, ovvero astenendosi dall'intervenire per mantenere in vita il paziente in preda alle sofferenze, o che comunque reputa contrario alla propria dignità continuare a vivere nello stato in cui si trova. Tratto distintivo rispetto alla prima figura è la natura omissiva del comportamento, che rende possibile qualificare come causa della morte direttamente la malattia, anziché la condotta umana. Secondo la sensibilità dominante, le forme di eutanasia passiva sarebbero eticamente ammissibili e dunque penalmente lecite.

La categoria della c.d. eutanasia passiva è caratterizzata, tuttavia, da una notevole problematicità. Innanzitutto, non risulta agevole la differenziazione tra forme commissive ed omissive nei confronti di quelle situazioni in cui sia necessario un intervento attivo, come il distacco di un respiratore, o di un macchinario atto ad alimentare il paziente, mantenerne il battito cardiaco, ecc... Inoltre, i casi più drammatici e discussi riguardano i pazienti che non sono in grado di esprimere un consenso per perdita irreversibile della coscienza.

Si distingue una terza forma di eutanasia, c.d. indiretta, cui viene di solito ricondotto il tema della c.d. terapia del dolore, nelle ipotesi in cui comporti l'accorciamento della vita (diversamente, l'eutanasia viene denominata “pura” o “lenitiva in senso stretto”). L'effetto secondario di anticipare la morte del paziente, prodotto tramite una condotta positiva, è conseguenza delle cure palliative, dirette però a lenire il dolore, e non a sopprimere la vita.

Nell'ordinamento italiano manca una disciplina specifica dell'eutanasia, anche se la fattispecie dell'omicidio del consenziente, che incrimina gli atti di disposizione della propria vita *manu aliena*, assume un significato paradigmatico⁷⁰.

⁷⁰ Art. 579 c.p. (Omicidio del consenziente). Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni.
Non si applicano le aggravanti indicate nell'art. 61.
Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizione di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con l'inganno.

Da un lato, la previsione di cui all'art. 579 c.p. è stata concepita dal legislatore del 1930 per affermare il principio di indisponibilità della vita a prescindere dalla volontà del titolare del bene, che non rileva come causa di giustificazione ma, eventualmente, quale causa di diminuzione della colpevolezza. Dall'altro, risultano evidenti le difficoltà di far rientrare nell'ambito dell'art. 579 c.p. le figure ricondotte al *genus* eutanasia.

L'introduzione dell'omicidio del consenziente, ad opera del codice Rocco, ha rappresentato una significativa innovazione rispetto alla tradizione legislativa italiana, posto che una fattispecie analoga era sconosciuta sia al codice Zanardelli, sia ai codici preunitari. Nel quadro dell'eccessiva severità della legislazione allora in vigore, determinata dalla riconduzione di tutte le ipotesi di omicidio doloso nell'ambito di un'unica e indifferenziata fattispecie, l'introduzione di una fattispecie attenuata di omicidio, subordinata al requisito del valido consenso della vittima, mirava a ripristinare la piena effettività della tutela della vita e a negare ogni legittimazione all'eutanasia.

L'atteggiamento di chiusura adottato dal codice Rocco nei confronti di una regolamentazione dell'eutanasia pietosa emerge poi dal fatto che, rispetto alla fattispecie generale di omicidio, l'unico elemento specializzante dell'art. 579 c.p. è costituito dal dato oggettivo del consenso della vittima, laddove, al contrario, nella descrizione dell'eutanasia non è possibile prescindere dalle

motivazioni altruistiche, la cui rilevanza è invece relegata a livello di mero elemento circostanziale⁷¹.

Il requisito del consenso pone però una serie di problemi applicativi che rendono difficile ricondurre i casi di eutanasia nell'ambito dell'art. 579, anziché in quello della fattispecie generale di omicidio: il riferimento è alle condizioni della necessaria validità del consenso, che si ricavano dal 3° comma della disposizione.

Nulla quaestio laddove la norma dispone l'invalidità del consenso espresso da un minore ovvero estorto con costrizione o carpito con l'inganno. Discorso diverso per l'invalidità del consenso proveniente da persona "inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti".

Ora, l'espressione deficienza psichica sta ad indicare "tutte le forme, anche non morbose e clinicamente non definite, di abbassamento intellettuale, di menomazione del potere di critica, di indebolimento della funzione volitiva o affettiva, che rendono facile la suggestionabilità e diminuiscono le capacità di difesa contro l'altrui coazione psicologica o suggestione"⁷².

Com'è evidente, anche quando la malattia non determini nel soggetto uno stato di infermità di mente, non sarà difficile rilevare uno stato di

⁷¹ GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *RIDPP*, 1997, p. 80; MANTOVANI, *Eutanasia*, op. cit., p. 429.; PORZIO, *Eutanasia*, in *Enc. Dir.*, XVI, 1992, p. 106.

⁷² GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, op. cit., p. 82.

deficienza psichica nel caso dei malati terminali che richiedono la morte, ravvisandosi in essi un forte deterioramento psico-fisico determinato dai dolori insopportabili o dalla stessa somministrazione di farmaci anestetizzanti, talvolta necessitata da interventi invasivi.

Di conseguenza, le ipotesi di eutanasia c.d. attiva sono facilmente riconducibili all'omicidio doloso (art. 675 c. p.). In entrambi i casi è comunque possibile applicare le attenuanti previste dagli artt. 62. n° 1, e 62 *bis* c.p.. In realtà, tuttavia, il richiamo all'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale non riesce a mitigare il rigore della disciplina. Innanzitutto, la giurisprudenza ha sovente escluso la compatibilità di tale attenuante, con riferimento ai delitti di omicidio comune doloso e di omicidio del consenziente, in base ad una peraltro discutibile motivazione. In particolare, la Corte di Cassazione ha sostenuto che “I motivi considerati dall'art. 62, n. 1, c.p., devono corrispondere a finalità, principi, criteri i quali ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui agisce chi tiene la condotta criminosa ed in quel determinato momento storico. In tema di omicidio del consenziente aventi le caratteristiche dell'eutanasia tali circostanze non possono essere riconosciute, in quanto le discussioni tuttora esistenti in proposito denotano la mancanza di un suo attuale apprezzamento positivo,

risultando anzi larghe fasce di contrasto nella società italiana contemporanea”⁷³.

Più di recente, tuttavia, la Corte d'Assise di Monza, pronunciandosi in primo grado sulla responsabilità di Ezio Forzatti, ha affermato che tale circostanza attenuante può essere applicata “non solo nei casi nei quali il soggetto abbia agito per uno scopo ritenuto conformemente nobile dalla morale del tempo e del luogo del commesso reato, bensì pure in situazioni di non piena corrispondenza alla morale ed all'etica unanimemente condivise dai consociati purché si tratti di motivi di elevata moralità da ricercarsi nel caso concreto”⁷⁴.

In secondo luogo, la stessa attenuante può risultare soccombente, nel giudizio di bilanciamento, rispetto a quelle aggravanti che di frequente si configurano nei fatti eutanasici.

Si fa riferimento alla premeditazione (art. 576, comma 1, e art. 577, comma 1, n. 3, c.p.), all'uso di sostanze venefiche come strumento di morte e all'eutanasia pietosa posta in essere da un ascendente o da un discendente del soggetto passivo (artt. 576 e 577, comma 1, nn. 1 e 2, c.p.). In questi casi l'omicidio aggravato prevede un trattamento sanzionatorio censurabile sotto il profilo della proporzione, essendo astrattamente punibile addirittura con l'ergastolo.

⁷³ Così Cass., 7.4.1989, Billo, in *Giust. Pen.*, 1990, p. 460 e seg.

⁷⁴ Ass. Monza, 20.6.2000, Forzatti, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1343 e seg.

Infine, il codice penale italiano - a differenza di altre legislazioni europee (ad es., quelle vigenti in Germania e in Spagna) - incrimina anche l'istigazione e l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Questa fattispecie ha consentito di conciliare la mancata repressione del (tentato) suicidio con il principio dell'indisponibilità della vita, costituendo il perno concettuale delle concezioni collettivistiche del bene della vita e dell'integrità personale. La sostanziale illiceità del suicidio si ricava dall'illiceità penale del concorso nell'altrui suicidio, giacché, se è illecita l'attività di istigazione e di aiuto al suicidio, altrettanto illecita deve considerarsi l'attività istigata o agevolata. In realtà, l'illiceità sostanziale del suicidio costituisce esclusivamente premessa culturale ed etica della norma, presente nella mente del legislatore storico, ma non contenuto dispositivo. Si può dunque affermare che nell'ordinamento vigente non vi siano norme che sanzionano il suicidio⁷⁵.

Se l'antigiuridicità del suicidio trova una compiuta legittimazione nell'ambito dell'ideologia statalista del legislatore del '30, essa non appare del tutto in sintonia con la visione personalistica della nostra Costituzione, da cui si desume l'incoercibilità giuridica del vivere.

Il tema dell'eutanasia evoca immediatamente, infatti, il generale problema della disponibilità della vita: considerare la vita un bene assolutamente indisponibile significa chiudere ogni varco per un positivo riconoscimento

⁷⁵ Critica la possibilità di rinvenire una base argomentativa all'illiceità del suicidio negli artt. 5 c.c. e 2 Cost. GIUNTA, op. ult. cit., p. 85 e seg.

dell'eutanasia. Al contrario, l'affermazione della liceità (a prescindere, ovviamente, dalla sua non sanzionabilità) del suicidio porta con sé la legittimità della condotta del medico che non interviene nei confronti del malato che consapevolmente rifiuta di curarsi; e ulteriori implicazioni derivano in ordine alle ipotesi di condotte eutanasiche.

Posta dinanzi a questo problema, una parte della dottrina si limita a rilevare la valutazione negativa espressa dal codice penale verso il suicidio, così come emerge da un lato attraverso l'incriminazione dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione o aiuto al suicidio (artt. 579 e 580 c.p.), dall'altro mediante la configurabilità del reato di omissione di soccorso (art. 593 c.p.) a carico di chi si astiene dall'intervenire in favore di chi, in conseguenza di atti suicidiari, "sia o sembri inanimato" ovvero "ferito o altrimenti in pericolo"⁷⁶.

Un'altra parte della dottrina, muovendo dall'art. 2 Cost., afferma invece che la Costituzione italiana ispira l'intero ordinamento giuridico ai valori complementari del personalismo e del solidarismo, riconoscendo cioè ai

⁷⁶ Cfr. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995, p. 736. "L'intervento necessario per evitare la morte, tuttavia, appare altresì doveroso ove il medico, al pari di ogni altro cittadino, si trovi in presenza della persona che, rifiutando le cure, risulti in pericolo, e ciò in conformità a quanto previsto dalla fattispecie di omissione di soccorso".

singoli un'inviolabile sfera di autonomia ma al contempo imponendo loro l'adempimento di inderogabili doveri sociali⁷⁷.

In effetti, la salute dell'individuo, che è sì qualificata diritto fondamentale del cittadino, ma anche interesse della collettività (art. 32 Cost.) condiziona la possibilità di adempimento da parte dell'individuo dei suoi doveri nell'ambito dello Stato e della comunità. Il diritto alla salute verrebbe dunque tutelato solo in quanto diritto sociale, poiché teso alla soddisfazione di un interesse anche collettivo; né può dirsi che esso abbia un contenuto individuale e possa essere tutelato indipendentemente dall'interesse collettivo e in contrasto con questo, poiché se è vero che la Repubblica (ex art. 2 Cost.) riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, e quindi anche il diritto di ciascuno alla propria salute, è anche vero che, nello stesso art. 2, a tale garanzia corrisponde l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale: è dunque rispetto a tale adempimento che devono essere finalizzati i diritti inviolabili dell'uomo, tra cui lo stesso diritto alla salute.

In realtà, da un lato il principio costituzionale di solidarietà trova il suo limite nel principio, parimenti rinvenibile nella Costituzione, della libertà di

⁷⁷ Così IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, p. 17 e seg., secondo cui “la rilevanza sociale dell'individuo, quale prevista dal legislatore, per cui egli non è considerato come entità isolata e avulsa dalla collettività in cui vive, ma titolare di un ruolo sociale, non può consentire che possano prevalere comportamenti suicidi e comunque compromettenti l'attitudine sociale della persona, specie quando tali comportamenti vengano posti in essere al cospetto del medico, il quale ha il preciso compito professionale di proteggere una vita e l'incolumità di chi è sottoposto alle sue cure”.

autodeterminazione; dall'altro, l'interpretazione in esame finisce con il trasformare un diritto fondamentale in una posizione di soggezione, astrattamente in grado di consentire qualsiasi ulteriore trattamento giustificabile in nome di una presunta utilità collettiva. Anche sul piano costituzionale, dunque, l'illiceità del suicidio (come di qualunque altro atto destinato a risolversi esclusivamente nella sfera individuale, in assenza di riflessi esterni) non trova riconoscimento.

Tra l'altro, la teoria che sostiene l'illiceità del suicidio e che si proietta su una prospettiva di tipo collettivistico, ove il singolo viene considerato esclusivamente in quanto membro della società e solo all'interno di questa ottiene il riconoscimento dei suoi diritti, potrebbe non arrestarsi semplicemente al comando di non darsi la morte: potrebbe comportare addirittura, come presupposto strumentale per l'adempimento dei doveri sociali, anche "l'obbligo di mantenere uno stato ottimale di salute e di sottoporsi ad ogni intervento terapeutico e trattamento sanitario; per poi giungere ad una serie di precetti relativi al tipo di vita, come ad esempio il divieto di condurre una vita oziosa o comunque contrastante con gli interessi comuni, fino ad ammettere perfino un'eutanasia economica o eugenica, ove più utile agli interessi collettivi"⁷⁸.

Sempre dall'art. 2 Cost., peraltro, discende anche un orientamento diametralmente opposto, che, prendendo le mosse dal principio della piena

⁷⁸ SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia*, in *RIDPP*, 1995, p. 675.

autonomia dell'individuo, si spinge fino a qualificare il suicidio come diritto inviolabile e garantito. L'accoglimento di tale opinione porterebbe però a conseguenze inaccettabili.

Intanto, un diritto garantito sarebbe attuabile come pretesa di fronte allo Stato, che avrebbe l'obbligo di soddisfare la volontà di quei soggetti che, per inabilità fisica, non sono in grado di suicidarsi da soli (proprio sulla base dello stesso art. 2 Cost., al fine di rimuovere una possibile discriminazione). Inoltre, sarebbe incriminabile come violenza privata la condotta di salvataggio di un terzo nei confronti del suicida e, di contro, si dovrebbe scriminare per legittima difesa il comportamento del suicida che uccida il soccorritore. Infine, e soprattutto, se si tratta di diritto di disporre della propria vita, la garanzia non dovrebbe essere limitata alla sola condizione di malattia o di sofferenza, ma a qualsiasi scelta maturata in un contesto di libertà.

Si può affermare, dunque, che non tutto ciò che è lecito penalmente costituisce esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, non essendo la nostra Costituzione improntata ad un radicalismo individualistico. Escludendo l'antigiuridicità del suicidio, esso può essere considerato come mero esercizio di una libertà autorizzata negativamente dall'ordinamento, il quale deve assumere un atteggiamento neutrale, di mancata intromissione,

rispetto a tutte quelle attività che, moralmente disapprovate o meno, non mettono a repentaglio beni giuridici altrui⁷⁹.

Ovviamente, la qualificazione del suicidio come libertà sancisce il diritto del paziente di rifiutare terapie di sostegno vitale, lasciando impregiudicata la questione della disponibilità della vita per mano altrui, ovvero dell'eutanasia attiva consensuale.

La soluzione al problema può essere trovata, dunque, riflettendo sul fatto che la dottrina oggi dominante riconosce il diritto di ogni soggetto di rifiutare le cure e di lasciarsi morire e il correlativo obbligo per il medico di rispettare la volontà del malato, anche quando dalle sue scelte possa derivare la morte: il che implica una disponibilità del bene sia della salute che della vita, vale a dire la loro incoercibilità⁸⁰.

In altre parole, il suicidio è un atto lecito perché rappresenta l'estrema manifestazione della personalità morale dell'uomo e quindi della sua libertà; mentre la tesi contraria, affermando l'illiceità del suicidio, deve per necessità logica affermare un primato della tutela dell'integrità fisica sulla tutela della libertà.

⁷⁹ In questo senso SANTOSUOSSO, *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 2007, p. 38; CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Reati contro la persona*, Torino, 2006, p. 138 e seg.

⁸⁰ L'esclusione della responsabilità del medico che non abbia praticato cure rifiutate dall'interessato è stata affermata anche in giurisprudenza: v., ad es., Cass. 27 marzo 2001, in *Dir. e giustizia*, 2001, p. 23 e seg. (rifiuto del paziente a sottoporsi ad anestesia totale); Pret. Roma, 3 aprile 1991 e Pret. Treviso, 29 aprile 1999, in *Bioetica*, 2000, p. 123 e seg. (rifiuto di trasfusioni da parte di testimoni di Geova); Cass. 4 luglio 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p.395 e seg., (rifiuto di ricovero).

La problematica del suicidio è allora inevitabilmente destinata a confluire nel più generale tema della disponibilità della vita, della salute e dell'integrità fisica da parte del suo titolare.

3.2 L'eutanasia passiva consensuale

Nel silenzio della legislazione vigente, non poche questioni pone il trattamento della c.d. eutanasia passiva consensuale: si tratta di casi in cui, con il consenso del paziente, il medico cessa di praticare le cure che lo mantengono in vita.

Di tali ipotesi si dibatte soprattutto la liceità, che taluno nega in radice ed altra parte della dottrina ammette, seppure entro confini definiti e non poco problematici.

L'orientamento più rigorista afferma che nel nostro sistema penale il principio dell'indisponibilità della vita è previsto in modo nitido, come discende dagli artt. 579 e 580 c.p. Anche l'art. 32, comma 2, Cost., la cui redazione fu sollecitata indubbiamente dall'esperienza storica, allora recentissima, dei campi di sterminio e delle pratiche di sterilizzazione e di sperimentazione che vi erano condotte, non avrebbe inteso innovare in alcun modo rispetto a tale principio: la norma tende soltanto ad escludere il ricorso a modalità d'intervento incidenti sulla salute nell'ambito dei poteri autoritativi spettanti alla pubblica amministrazione nei confronti dei cittadini, salvo previsione di legge. Il testo della Costituzione intende dunque controllare, attraverso una riserva di legge,

specifiche ingerenze dei pubblici poteri nella sfera individuale, non già intervenire sull'indisponibilità dei diritti all'integrità fisica e alla vita⁸¹.

La principale implicazione tratta dal principio d'indisponibilità della vita è costituita dall'impossibilità per il malato terminale di rifiutare le cure che lo tengono in vita, poiché tale rifiuto equivarrebbe ad una richiesta di morte non consentita dall'ordinamento. Secondo tale tesi, il consenso all'eutanasia passiva potrebbe configurarsi come rifiuto della terapia, rispetto al quale sembrerebbe valere il principio *voluntas aegroti suprema lex*. Tuttavia, questa regola giuridica è piuttosto problematica, e “se pure la rinuncia del malato ad ulteriori terapie può essere in certe situazioni terminali e fors'anche rispetto a taluni interventi rischiosi o comunque eccezionali moralmente accettabile e come tale non assimilabile al suicidio....nelle altre circostanze la richiesta di essere lasciati morire è quasi sempre condizionata dalla carente solidarietà espressa nei confronti del paziente stesso, la quale non sarebbe che drammaticamente confermata consentendone la morte”⁸². Ciò che viene messo in discussione è che il criterio del consenso possa essere utilizzato come corretta chiave di risoluzione di tali questioni, poiché esso comporta che dipenda dalla volontà del soggetto una situazione (ossia la protrazione delle cure) che, proprio perché coinvolge il bene primario della vita, è al di fuori della portata dispositiva

⁸¹ In questo senso IADECOLA, *La responsabilità penale del medico in posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue “salvavita” rifiutata dal malato)*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 957 e seg.

⁸² EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Archivio penale*, 1985, p. 525 e seg.; ID, *Sul mancato consenso*, op. cit., p. 734 e seg.

dell'individuo. Inoltre, la scelta di rifiutare le cure e lasciarsi morire dovrebbe consistere in un atto di volontà caratterizzato da determinati requisiti, che sono però difficili da riscontrare quando tale volontà si sia formata nel momento del dolore e sia ricollegabile all'angoscia della sofferenza.

D'altro canto, si ritiene che l'intervento salvavita, inquadrandosi nello stato di necessità, è sempre lecito ai sensi dell'art. 54 c.p., anche in assenza di consenso dell'interessato: quando si tratta di beni indisponibili, infatti, l'eventuale dissenso del terzo nei confronti dell'azione necessitata non fa venir meno l'applicabilità della scriminante. Di conseguenza, violando il dovere giuridico di assistenza che grava sul medico, la sospensione delle cure costituisce un'omissione penalmente rilevante; anche se rilevanti incertezze si riscontrano poi riguardo alla fattispecie che sarebbe integrata dall'omissione delle cure, individuata ora nell'art. 579 c.p., ora nell'art. 580 c.p.

“La proposizione finale da porre è allora nel senso che, quando viene in gioco il bene della vita, il rifiuto delle cure necessaria da parte del paziente non possa e non debba vincolare le scelte del medico, e ciò per un duplice ordine di ragioni: a) perché il paziente eserciterebbe in tal caso un'opzione tra la vita e la morte di cui l'ordinamento non gli conferisce la titolarità, ed inoltre, b) perché il medico è da parte sua portatore di una posizione di garanzia rispetto al bene delle salute del paziente affidato alle sue cure”⁸³.

⁸³ IADECOLA, *La responsabilità penale del medico*, op. cit., p. 958.

Senonché, questa impostazione della questione non risulta condivisibile né in relazione alla ritenuta impossibilità del malato di rifiutare le cure, né per quel che concerne l'asserito e speculare dovere di curare, gravante incondizionatamente sul medico.

Quanto al primo punto, l'inaccogliabilità dell'orientamento rigorista discende già dai rilievi che consentono di acquisire l'odierna liceità del suicidio e la disponibilità *manu propria* sia della vita, sia dell'integrità personale. L'ordinamento non solo non vieta, ma riconosce una libertà di morire, che può essere esercitata in vario modo: anche rinunciando a nutrirsi o, per l'appunto, con il rifiuto delle cure. Si perviene, dunque, alla conclusione dell'incoercibilità del vivere, facendo leva sul disposto dell'art. 32, comma 2, Cost. Il consapevole rifiuto delle cure integra il contenuto di un diritto costituzionalmente garantito, che discende dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori. È questo, dunque, il perno argomentativo su cui ruota la largamente ammessa liceità dell'eutanasia passiva consensuale. Essa viene desunta dal riconoscimento che, essendo svolta nell'interesse del paziente, l'attività terapeutica può essere da questi rifiutata (*voluntas aegroti suprema lex*); la malattia farà allora il suo corso e per il diritto la morte sarà opera della natura.

La dottrina dominante afferma in pratica che l'obbligo di assistenza e di cura da parte del medico trova la propria fonte di legittimazione e il suo limite nell'espressa volontà del paziente che, adeguatamente informato, può

acconsentire alla cura così come può pretenderne l'interruzione⁸⁴. Al malato, in altre parole, spetta il diritto di rifiutare qualsiasi terapia e quindi di lasciarsi morire, giacché, come espressamente afferma l'art. 40, comma 2, del codice deontologico medico, “in ogni caso, in presenza di esplicito rifiuto del paziente capace di intendere e di volere, il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e curativo, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà del paziente”.

La tesi rigorista non risulta condivisibile nemmeno in relazione al secondo punto, ovvero alla ritenuta doverosità dell'intervento medico. Una volta acquisito, infatti, che il paziente non ha il dovere di vivere ad ogni costo, sul medico sorge per converso il dovere di rispettarne la volontà. Ciò discende ancora una volta dall'art. 32, comma 2, Cost. che, prevedendo i trattamenti medici obbligatori come eccezionali e tassativamente stabiliti per legge, riconduce la sottoposizione alle cure tra i diritti di libertà della persona. In questa prospettiva il consapevole consenso del paziente rileva non soltanto come condizione della liceità dell'attività medica, ma anche quale presupposto e limite della sua doverosità. Di conseguenza, quando il malato esercita il suo pieno diritto di non curarsi, la sua richiesta fa cessare l'obbligo giuridico di agire del medico e la sua posizione di garanzia rispetto alla salute del paziente⁸⁵. E poiché

⁸⁴ Così MANNA, *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Indice Penale*, 2004, p. 470 e seg.; PULITANO', *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in www.penalebicocca.it, p. 1 e seg.

⁸⁵ Nel senso che, comunque, l'obbligo giuridico del medico non sia impedire la morte, ma “fare tutto il possibile secondo le sue conoscenze, i mezzi disponibili e, soprattutto, nel rispetto dei

si sarebbe in presenza di un limite al dovere di curare del medico, finalizzato ad evitare un indesiderato accanimento terapeutico, secondo autorevole dottrina è perfino improprio usare a questo proposito la consueta espressione di eutanasia passiva⁸⁶.

Tutto ciò, però, non porta al riconoscimento del diritto di morire, ma al più delimitato diritto di non curarsi, garantito dall'art. 32, comma 2, Cost. come principio di autodeterminazione terapeutica⁸⁷. Naturalmente, riconoscere il diritto di non curarsi, ma non anche il più generale diritto di morire, non è senza implicazioni, poiché, così opinando, si ravvisa la liceità dell'autodeterminazione del soggetto solo nell'ambito di comportamenti omissivi, non anche nei casi di autoaggressione⁸⁸.

diritti del paziente” SANTOSUOSSO, *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 2007, p. 33: secondo l'autore “In tutti i casi in cui il paziente è cosciente e capace, l'obbligo del medico è di informarlo e dargli gli elementi per una consapevole decisione sul da farsi. L'evento che il medico ha l'obbligo giuridico di impedire è, quindi, che il paziente rimanga privo della corretta offerta dei trattamenti possibili e dell'esecuzione di quelli che accetta”.

⁸⁶ Così MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *RIDPP*, 1988, p. 449; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia*, in *RIDPP*, 1995, p. 693, il quale peraltro contesta il richiamo al brocardo *voluntas aegroti suprema lex*, a fronte del divieto di eutanasia attiva. “In realtà, la volontà del malato rinviene il proprio valore su un versante negativo, nel senso cioè di potere escludere qualsiasi aggressione o manipolazione fisica da parte del medico; tale diritto trova già riconoscimento nella necessità di un consenso per ogni intervento o trattamento sanitario non espressamente imposto dalla legge (artt. 1, 3 e 32, comma 2, Cost.; art. 1, legge 13 maggio 1978, n. 180 e art. 33, legge 23 dicembre 1978, n. 833); soprattutto, però, esso rinviene il proprio fondamento nel principio di inviolabilità della dignità dell'uomo (art. 2 Cost.), che da un lato comprende un potere di autodeterminazione in ordine alla qualità e al contenuto della propria vita (e conseguentemente della propria morte), dall'altro lato preclude a chiunque il compimento di atti contrastanti con la volontà dell'interessato e non legittimati da una norma giuridica”.

⁸⁷ Così MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1990; MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, p. 1284 e seg.

⁸⁸ *Contra* GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *RIDPP*, 1997, p. 91, secondo cui questa soluzione “lascia oltre tutto in ombra quelle norme costituzionali che consentono una più piena affermazione del principio della libertà di autodeterminazione”.

In questo senso si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Pretty*⁸⁹. In particolare, la pronuncia riguardava la compatibilità del divieto di prestare assistenza a coloro che intendano commettere suicidio al fine di porre termine alle proprie sofferenze con la convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu).

La signora *Pretty*, infatti, lamentava che il divieto incondizionato di assistenza al suicidio previsto dal diritto inglese, e il conseguente rifiuto del *Director of Public Prosecutions* di concedere l'immunità penale al marito se questi l'avesse aiutata a commettere suicidio, integrassero gli estremi della violazione dei diritti dell'uomo sanciti dalla Cedu, in particolare negli art. 2, 3, 8, 9 e 14.

Con riferimento all'art. 2, la Corte ha fatto leva su considerazioni fondate sul suo specifico tenore letterale per respingere la tesi della ricorrente secondo cui il diritto alla vita protetto da tale disposizione includerebbe anche il diritto di scegliere se continuare o meno a vivere, e dunque anche il diritto

⁸⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29.4.2002, *Pretty c. Regno Unito*, in *Foro it.*, 2003, p. IV, c. 57. La signora *Pretty* era una persona capace di intendere e di volere, paziente terminale di *Luton* (una rara sindrome neuro-degenerativa del sistema nervoso centrale, malattia destinata a produrre indebolimenti crescenti della muscolatura e a provocare riduzioni della mobilità e della possibilità di parlare, tanto da colpire presto o tardi l'apparato respiratorio, sino a determinare la morte). Considerando le proprie condizioni di vita non più dignitose Diane *Pretty* aveva espresso il desiderio di suicidarsi. Si trattava di un obiettivo che non era in grado tuttavia di conseguire da sola; le era indispensabile l'assistenza materiale di qualcuno, in particolare quella del marito. Nel timore che il coniuge potesse trovarsi esposto a conseguenze di natura penale, la donna scelse di rivolgersi all'autorità giudiziaria e, dopo aver fatto ricorso a tutti i gradi delle Corti inglesi, sino alla *House of Lord*, la signora *Pretty* si rivolse alla Cedu sollecitando una sorta di pronuncia/salvacondotto in cui venisse sancita la contrarietà delle norme inglesi che puniscono l'assistenza al suicidio rispetto ai principi di cui alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La richiesta venne respinta, avendo la Cedu negato alla ricorrente di potersi avvalere, per porre fine alla sua vita, dell'eutanasia attiva.

di morire, che avrebbe dovuto dunque essere considerato come implicito corollario, e non come antitesi, del diritto alla vita. Né, come sostenuto dalla ricorrente, il mancato riconoscimento del diritto di morire avrebbe posto gli Stati che ammettono il suicidio assistito in condizione di violare la convenzione: infatti, una cosa è sostenere che le legislazioni che consentono il suicidio assistito non contrastino con la convenzione (conclusione che la corte sembra ritenere ammissibile), altro sostenere invece che quelle che lo vietano siano in contrasto con la convenzione stessa. La ricorrente aveva altresì sostenuto che le sofferenze cui sarebbe andata incontro se non fosse stata assistita nel suicidarsi sarebbero state tali da integrare gli estremi di un trattamento degradante, vietato dall'art. 3 Cedu, e aveva aggiunto che in base alla giurisprudenza della corte sussiste in capo allo Stato non solo l'obbligo negativo di astenersi dall'infliggere ad un individuo tali trattamenti, ma anche, a certe condizioni, quello positivo di attivarsi al fine di sottrarlo ad essi: ma la Corte ha escluso che tale obbligo positivo possa estendersi a tal punto da richiedere la rimozione del divieto di suicidio assistito e da approvare condotte dirette a togliere la vita, tanto più che l'art. 3 andrebbe interpretato in maniera da non entrare in contrasto con l'art. 2.

La Corte ha poi ammesso che il divieto di suicidio assistito e il rifiuto del Director of Public Prosecutions siano suscettibili di costituire un'interferenza rispetto al diritto della ricorrente alla vita privata (art. 8.1 Cedu), consistente nel diritto di scegliere sotto ogni aspetto il modo in cui

condurre la propria vita, ivi compresi i suoi ultimi momenti, al fine di renderli egualmente dignitosi — ed eventualmente anche nel diritto di compiere attività dannose o pericolose per la propria salute o integrità fisica; ma al contempo ha ritenuto che tale interferenza sia giustificata alla luce dell'art. 8.2 Cedu, in quanto prevista dalla legge e necessaria in una società democratica per la protezione dei diritti e delle libertà altrui, dal momento che il divieto incondizionato di suicidio assistito non potrebbe dirsi sproporzionato rispetto allo scopo, legittimamente perseguito dallo Stato, di proteggere la vita delle persone più deboli e vulnerabili, tra cui anche i malati terminali, regolamentando attraverso norme penali generali le attività dannose per la vita e la sicurezza degli individui.

Infine, la Corte ha negato che le opinioni della ricorrente in merito alla liceità del suicidio assistito costituiscano un credo protetto ai sensi dell'art. 9 Cedu e che sussista a danno della ricorrente una discriminazione vietata dall'art. 14 Cedu, poiché la legge le impediva di fatto di commettere suicidio, mentre ciò era possibile per coloro che non versassero come lei in situazioni di grave inabilità fisica.

Con una sentenza di poco precedente⁹⁰, l'Alta Corte di giustizia d'Inghilterra ha invece riconosciuto ad una donna tetraplegica di quarantatrè anni, paralizzata dal collo in giù e tenuta in vita solo attraverso un sistema di

⁹⁰ Alta Corte di giustizia d'Inghilterra, 22.3.2002, B c NHS Hospital Trust, in Foro it., p. IV, c 57.

ventilazione artificiale, la facoltà di ottenere lo spegnimento del ventilatore nonostante l'opposizione dell'amministrazione dell'ospedale dove era ricoverata (convenuta nel giudizio), e di rifiutare al contempo le terapie riabilitative proposte, che le offrivano speranze quasi nulle di guarigione o di significativi miglioramenti nella qualità della vita, e la esponevano per di più al rischio di una morte più lenta e dolorosa. La donna, cosciente e capace di parlare, aveva infatti più volte manifestato espressamente il desiderio di non essere più tenuta artificialmente in vita, per non andare incontro ad ulteriori sofferenze fisiche e psichiche che l'avrebbero privata della sua dignità; l'amministrazione dell'ospedale dove era ricoverata, di contro, non aveva dato seguito ai suoi desideri, ritenendo che ad essa facesse difetto la piena capacità mentale di assumere una simile decisione. La donna aveva allora adito l'Alta corte, lamentando che il trattamento invasivo impostole dall'amministrazione dell'ospedale attraverso il ventilatore fosse illegittimo, e rivendicando la propria capacità di decisione in merito.

Il giudizio, dunque, non verteva direttamente su quale fosse la decisione migliore da adottare nell'interesse della donna, e dunque sull'opportunità o meno di disporre la rimozione della ventilazione artificiale che la teneva in vita, ma essenzialmente sulla sussistenza della capacità mentale dell'attrice di decidere autonomamente se accettare o rifiutare il trattamento medico, in circostanze in cui un suo rifiuto la avrebbe condotta quasi inevitabilmente alla morte. La sentenza ha dato risposta positiva al quesito, concludendo sulla base

delle risultanze mediche per la sussistenza della capacità mentale della donna, e conseguentemente per il carattere illecito del trattamento medico cui ella era in atto sottoposta, senza il suo consenso, da parte dell'amministrazione dell'ospedale.

Entrambe le sentenze, emanate a breve distanza di tempo l'una dall'altra, riguardano dunque casi assai simili: due donne inglesi della stessa età, entrambe gravemente menomate in quanto paralizzate dal collo in giù e destinate a morire in breve tempo, ma coscienti e mentalmente capaci, che hanno cercato per vie legali di realizzare la propria volontà di morire in fretta e con dignità, risparmiandosi le sofferenze connesse al progredire delle rispettive malattie. Ha destato pertanto scalpore la netta divergenza degli esiti delle due vicende giudiziarie (rispettivamente sfavorevole e favorevole all'eutanasia), che appare tuttavia verosimilmente giustificata alla luce delle differenze che marcano i due casi.

Nel primo caso, infatti, la ricorrente, che non era tenuta artificialmente in vita, invocava l'immunità penale per il marito che l'avesse eventualmente assistita attivamente nel commettere il suicidio che ella non era in grado di commettere da sola: si trattava dunque di un tipico caso di eutanasia attiva, unanimemente ritenuta illecita in quasi tutti i paesi europei. Anche negli Stati Uniti, per esempio, il diritto al suicidio assistito è stato negato dalla Corte

suprema che ha affermato la legittimità costituzionale del divieto di suicidio assistito posto dalla legislazione degli Stati di New York e Washington.

Nel secondo caso, invece, la ricorrente chiedeva lo spegnimento del sistema di ventilazione artificiale che continuava a tenerla in vita. Si trattava dunque di un caso di eutanasia passiva consensuale, consistente nell'interruzione della somministrazione di un trattamento finalizzato al mantenimento in vita, in assenza di prospettive di guarigione, col consenso del paziente stesso. Tale forma di eutanasia, sia pure non unanimemente, è ritenuta lecita, nel senso che non dà luogo a responsabilità del medico per l'omissione o interruzione del trattamento, in quanto fondata sul principio di autodeterminazione del paziente (dal quale discende il diritto di rifiutare le cure mediche) e sul divieto di accanimento terapeutico.

Ora, per quanto su queste conclusioni vi sia una significativa convergenza, è difficile negare, tuttavia, i margini di problematicità che al livello della legge ordinaria presenta l'individuazione degli specifici ambiti di liceità dell'eutanasia passiva. In effetti, mentre la mancata disciplina espressa dell'eutanasia attiva e la riconduzione di tali ipotesi nell'area operativa degli artt. 579 e 580 c.p. non equivale né ad una lacuna, né ad una dimenticanza, ma ad una precisa scelta, lo stesso non può dirsi per il fenomeno dell'eutanasia passiva, la cui importanza peraltro cresce con il progredire di nuove tecnologie nel campo della rianimazione: prime tra tutte quelle che consentono di prolungare la vita biologica.

L'attuale liceità dell'eutanasia passiva appare particolarmente problematica in tre ipotesi.

Quanto alla prima, ci si riferisce al caso in cui la terapia che il malato terminale rifiuta consiste nell'operatività di un sostegno artificiale già attivato, che tiene in vita il paziente. In questa situazione, innanzitutto, entra in crisi la stessa distinzione tra eutanasia passiva ed eutanasia attiva, ove s'intenda la prima come omissione di terapia rispetto ad una malattia giunta alla fase terminale e la seconda come azione in sé produttiva del decesso del malato. Poiché, dal punto di vista naturalistico, interrompere il sostegno artificiale della vita costituisce una condotta attiva, è naturale chiedersi se sul piano giuridico essa sia assimilabile alla doverosa omissione delle cure rifiutate dal paziente. Il quesito è delicato, dato che, in caso di risposta negativa, sarebbe inevitabile qualificare la disattivazione della macchina come eutanasia attiva, e considerare lecite le sole ipotesi in cui la volontà di lasciarsi morire del paziente possa essere rispettata dal medico con un mero *non facere*.

Ora, una parte della dottrina esclude che la sospensione del sostegno artificiale della vita integri l'omicidio del consenziente ovvero la fattispecie di aiuto al suicidio, ove l'ultimo atto causale sia del paziente e il medico si sia limitato a fornire i mezzi o le spiegazioni necessarie per l'interruzione⁹¹. Tuttavia, le motivazioni che sorreggono questa soluzione non sono sempre e del tutto

⁹¹ STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1984, p. 1017.

convincenti. Non lo è certamente l'argomento della sostanziale equivalenza delle due condotte, trattandosi di un rilievo condivisibile nel contenuto, ma assai poco decisivo sul piano giuridico. Restano pur sempre oscure, infatti, le ragioni di tale equivalenza.

Nella dottrina tedesca la questione ha ricevuto una trattazione varia ed articolata, anche per l'attenzione che da tempo viene dedicata al controverso discrimine tra l'agire e l'omettere nel più ampio quadro della teoria del reato⁹². Con particolare riferimento alla natura attiva od omissiva dell'interruzione tecnica del trattamento, si è osservato che tutto dipende dal senso sociale di tale interruzione, in base al quale si dovrebbe considerare tale condotta alla stregua dell'interruzione di misure di rianimazione iniziate con movimenti di massaggio. Sennonché, in una materia così problematica, è difficile appellarsi all'univocità del senso sociale. Preferibile appare pertanto il tentativo di giustificare l'equivalenza tra la sospensione della terapia e l'interruzione della macchina, ravvisando in quest'ultima condotta un'omissione mediante azione, come tale penalmente irrilevante.

Tuttavia, la tesi dell'omissione mediante azione sul terreno del nostro diritto positivo mostra alcuni limiti. Evidentemente, l'espressione omissione mediante azione si propone come opposto concettuale della più nota categoria della commissione mediante omissione. Entrambi i concetti esprimono una

⁹² Ampi riferimenti alla dottrina tedesca si ritrovano in GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, op. cit., p. 93 e seg.

concezione antinaturalistica dell'azione penalmente rilevante. Diverso è però il modo in cui rileva nei due casi la normatività della condotta: l'uno equipara il non impedire l'evento che si ha l'obbligo di impedire al cagionarlo; l'altro equipara l'interruzione della terapia meccanica che si ha il dovere di non prolungare alla sospensione della cura. Tuttavia, mentre nel primo caso l'equivalenza tra omissione ed azione è possibile in ragione di quanto espressamente disposto nell'art. 40, comma 2, c.p., qual è la base normativa che consente nella seconda ipotesi di qualificare l'interruzione della macchina come una modalità dell'omessa prosecuzione delle cure? Né può aggirarsi il quesito rilevando l'assenza di un dovere giuridico che impone al medico l'allungamento della vita del malato terminale con mezzi meccanici e contro la volontà del paziente. Stante la struttura causalmente orientata degli artt. 579 e 580 c.p., per affermare la liceità della disattivazione della macchina non basta l'assenza di norme che impongono la prosecuzione del trattamento automatico, ma occorre l'esistenza di una norma che stabilisca la doverosità dell'interruzione.

Ebbene, tale norma nel nostro sistema è costituita per l'appunto dall'art. 32, comma 2, Cost., che, se nel caso di mera interruzione della terapia opera come limite alla tipicità dell'omissione, nell'ipotesi di disattivazione della macchina integra il limite scriminante dell'art. 51 c.p., imponendo l'interruzione delle cure, secondo la volontà del paziente. In entrambi i casi, la liceità del comportamento discende dall'art. 32, comma 2, Cost., là dove, stabilendo l'impossibilità di un

trattamento contro la volontà del paziente, rende ad un tempo obbligatoria la sospensione delle cure da questi espressamente richiesta.

In conclusione, si può dire che la condotta del medico non integra il reato di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.). A prima vista, infatti, sembrerebbe che il diritto di rifiuto della terapia debba cedere dinanzi al dovere penalmente sanzionato del sanitario di non cagionare la morte del malato e di non agevolare il suo proposito suicidiario; nella specie, però, non si tratta di un suicidio, bensì della decisione di lasciarsi morire e questa rinvia ad una posizione giuridica riconosciuta dall'ordinamento. Donde la necessità di una soluzione coerente ai principi generali, che affermano la prevalenza delle scelte di autodeterminazione (purché produttive di effetti esclusivamente nella sfera dell'agente) e fondano la legittimità del trattamento medico sul consenso dell'interessato: il sanitario che si conforma alle richieste del malato non può dunque incorrere in responsabilità penale (salvo che, ovviamente, si dimostri un vizio nella volontà del paziente), giacché il distacco dalla macchina dà vita ad un'omissione di terapia imposta dal rifiuto dell'interessato, mentre la protrazione del sostentamento vitale darebbe vita ad un illegittimo trattamento coatto.

Questa impostazione viene criticata da chi rileva come, pur cogliendo correttamente un profilo normativo comune ai casi dell'omissione e dell'interruzione di terapia, appiattisce la differenza fattuale fra le due ipotesi ed evita di considerare le implicazioni normative della differenza fra

l'omettere e il fare⁹³.

Nel caso di omissione di cure, la morte del paziente può essere interamente spiegata, sul piano causale, come effetto della patologia di cui egli soffriva. La valutazione della condotta del medico, puramente omissiva, dipende interamente dai principi sulla responsabilità per omissione, perché non c'è null'altro da valutare, se non l'omissione. Ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., è il dovere d'impedimento dell'evento che fonda la tipicità dell'omissione non impeditiva (causale in questo senso). Esclusa la sussistenza di un dovere di soccorso coattivo, la condotta omissiva del medico è radicalmente atipica rispetto alle norme penali che vietano l'omicidio e le lesioni colpose.

Nel caso di interruzione di cure, invece, l'evento morte in concreto verificatosi non può essere causalmente spiegato senza riferirsi alla condotta positiva del medico che ha "staccato la spina". Sul piano fattuale, il distacco della macchina salvavita è condizione *sine qua non* dell'evento morte. Quale che ne sia la finale valutazione giuridica, il comportamento del medico non è penalmente atipico, ma è un comportamento conforme alla fattispecie di omicidio, così come descritta nella norma incriminatrice che vieta di cagionare la morte.

Il medico cui sia chiesto di disattivare una macchina si trova dunque in una situazione diversa anche sul piano giuridico, rispetto al medico cui sia

⁹³ Così PULITANO', *Doveri del medico*, op. cit., p. 4 e seg.

semplicemente opposto un rifiuto di dati trattamenti. Il medico che si limita ad omettere un trattamento cui non è obbligato non ha bisogno di cause di giustificazione, perché non ha commesso alcun fatto conforme ad un tipo di reato. Il medico che interrompe una terapia salvavita in essere, cagiona invece la morte *hic et nunc* del paziente: la valutazione giuridica della sua condotta, conforme alla fattispecie d'omicidio, dipende dalla possibilità di un'eventuale giustificazione.

Secondo questa tesi, nel caso di morte conseguente all'interruzione di trattamenti rifiutati dal paziente, non trova applicazione la scriminante del consenso dell'avente diritto. L'omicidio del consenziente è vietato e la pena prevista è severa, sia pure meno grave di quella prevista per l'omicidio volontario comune. Sono anche puniti l'istigazione e l'aiuto al suicidio (non invece il tentativo di suicidarsi). Per fondare l'esclusione di responsabilità c'è bisogno di un principio giustificativo più forte del mero consenso, idoneo a valorizzare la richiesta di "staccare la spina" ed applicabile anche alla figura dell'omicidio del consenziente.

Trattandosi di ricostruire il sistema dei doveri del medico, la scriminante che può venire in rilievo è l'adempimento di un dovere: il dovere, per l'appunto, di interrompere la terapia rifiutata dall'interessato.

Quale che sia la soluzione accolta, la delicatezza delle conclusioni è innegabile, specie laddove il malato non versi in una situazione terminale; così

come può essere poco agevole ammettere che, in un sistema penale ove risulta punito sia l'omicidio del consenziente che l'agevolazione al suicidio, sussiste uno spazio di liceità per l'interruzione di terapie cui consegue il decesso del paziente. Queste obiezioni, tuttavia, dimostrano solo l'esigenza di una rimediazione sulle scelte di tutela operate dal legislatore penale. La verità è che, nelle situazioni in esame, il diritto del malato a consentire o rifiutare qualsiasi terapia nei suoi confronti manifesta la sua estrema implicazione: ove tale diritto venga riconosciuto nella sua pienezza, il medico è tenuto a rispettare la volontà del paziente, astenendosi dalla protrazione delle cure anche se da ciò deriva la morte dell'interessato; conclusioni diverse ove, invece, quel diritto sia inteso come deroga ad una regola generale, fondata sull'assoluta intangibilità della vita anche da parte del suo titolare. L'aspetto più problematico emerge, in ogni modo, al momento di configurare come vero e proprio diritto, giuridicamente azionabile, la richiesta di sospensione della terapia, giacché il sanitario può perdere la propria posizione di garante ma non può certo essere costretto ad agire violando i suoi convincimenti etici o deontologici. Il vero nodo della questione concerne dunque il potenziale conflitto tra la libertà del malato di lasciarsi morire e la libertà del medico di rispettare le regole della propria coscienza.

Una seconda ipotesi di eutanasia passiva, di cui si dibattono gli ambiti di liceità, è quella della c.d. terapia del dolore. Ci si riferisce all'ipotesi in cui, sempre con il consenso del malato terminale, il medico somministra dei farmaci

idonei ad alleviarne le sofferenze, ma il cui prevedibile effetto collaterale può essere quello di anticipare la morte del paziente. La liceità del trattamento contro il dolore viene per lo più ammessa, osservando che esso è addirittura doveroso e dunque scriminato a norma dell'art. 51 c.p. Per opinione pacifica, infatti, oltre che per espressa previsione normativa, il compito del medico non è solo quello di ristabilire la salute, ma anche quello di calmare i dolori e le sofferenze legate alle malattie. Ne consegue che, rientrando a tutti gli effetti nel quadro del trattamento medico-chirurgico, la terapia del dolore consisterebbe in un doveroso aiuto nel morire, non nell'aiuto a morire vietato ai sensi dell'art. 579 c.p.⁹⁴.

Questo ragionamento risulta sicuramente condivisibile nell'impostazione di fondo, ma comporta in ogni caso la necessità di chiarire i limiti entro i quali la terapia del dolore può ritenersi scriminata, e al di fuori dei quali, accompagnata (com'è inevitabile) anche solo dal dubbio che possa accorciare la vita del paziente, essa ricade inevitabilmente sotto i rigori degli artt. 579 e 580 c.p., a titolo di dolo eventuale. Allo scopo di fornire un criterio discrezionale, è possibile far dipendere la liceità della terapia del dolore da un giudizio di proporzione dei mezzi utilizzati, peraltro caratteristico anche di altre scriminanti. Resta però da chiarire il termine di riferimento di tale proporzione:

⁹⁴ In questo senso MANTOVANI, *Eutanasia*, op. cit., p. 425; PORZIO, *Eutanasia*, op. cit., p. 105 e seg.. La liceità morale della terapia del dolore è affermata anche dalla dottrina cattolica: vedi EUSEBI, *Omissione*, op. cit., p. 521, secondo cui “i notevoli progressi della terapia del dolore...tendono a consentire il superamento (e forse il ribaltamento) del dilemma tra alleviare la sofferenza ed abbreviare la vita, come pure a conservare la lucidità della persona”.

a cosa, in altre parole, devono essere proporzionati i mezzi. La risposta non pare possa essere ricercata nel grado di probabilità della morte, per via del carattere arbitrario della limitazione che essa introduce al dovere di curare. A ben vedere, infatti, se la cura del dolore rientra tra le competenze doverose del medico al pari dell'obbligo di guarire, essa integra un dovere assoluto che, come il dovere di guarire, trova il suo solo limite nelle conoscenze mediche del momento e nelle disponibilità tecnologiche. La proporzione va quindi instaurata tra la misura della riduzione di vita, propria dei mezzi terapeutici disponibili, e il grado di tollerabilità del dolore, cercando un delicato equilibrio tra quantità di vita sacrificata e qualità di vita ottenuta, ed evitando di privare definitivamente il malato della coscienza.

Una terza ipotesi problematica, sul piano della sua liceità, è quella in cui la sospensione consensuale delle cure venga effettuata da una persona diversa dal medico, ad esempio un parente. Anche ad affermare la natura omissiva mediante azione del distacco del sostegno artificiale che tiene in vita il paziente, si può osservare che la qualificazione omissiva subito cade se a deconnettere il paziente è un terzo, diverso dal medico, e al quale deve allora imputarsi la commissione di omicidio. Le ragioni di tale conclusione sembrerebbero risiedere nel carattere per così dire proprio del limite scriminante che solo al medico, e non ad altri, imporrebbe di rispettare la volontà del paziente di non curarsi e di disattivare la macchina.

Una siffatta impostazione rischia però di condurre a conclusioni paradossali. La liceità della mera sospensione della terapia si fonda sul rilievo che, di fronte al dissenso del paziente, cessa la liceità dell'attività medica e il dovere di curare. Indubbiamente, il principio che vieta di proseguire la terapia contro la volontà del paziente è unico, e discende dall'art. 32, comma 2, Cost. Quel che varia, semmai, è il modo in cui esso rileva sul piano del diritto penale: se nel caso della disattivazione della macchina il principio dell'incoercibilità del vivere opera come un limite scriminante, nell'ipotesi della mera sospensione delle cure esso fa venir meno il presupposto della doverosità dell'attività medica. Vero ciò, si dovrebbe ammettere di conseguenza che proprio ed esclusivo del medico non sarebbe solo il limite scriminante che consente la disattivazione del sostegno artificiale, ma anche il dovere di agire che, venendo meno con il dissenso del paziente alle cure, svincola il medico dalla posizione di garanzia rispetto alla salute del paziente e legittima la mera sospensione della terapia. Per coerenza, allora, dovrebbe considerarsi come eutanasia attiva, punibile ai sensi dell'art. 579 c.p., anche il fatto del figlio che, non essendo medico, cessa di somministrare al genitore consenziente le medicine che lo tengono in vita o ne rallentano la morte. Una conclusione, questa, già a prima vista eccessiva.

Ma che tale epilogo non sia affatto scontato appare chiaro ove si verifichi il carattere proprio del dovere di rispettare la volontà di morire espressa del malato, che giustifica la sospensione consensuale delle cure nelle due forme dell'interruzione del trattamento o della disattivazione della macchina. A tal fine,

poiché l'art. 32, comma 2, Cost. fa riferimento al trattamento sanitario, è opportuno chiedersi se anche la mera sospensione delle cure integri o meno un trattamento medico.

Ebbene, per la risposta negativa depone già il carattere sostanzialmente omissivo dell'interruzione delle cure, là dove quella medica appare per definizione un'attività⁹⁵. Oltre tutto, proprio per il suo carattere omissivo, la sospensione delle cure non persegue le finalità tipiche del trattamento medico che, sebbene non si riducano solamente alla guarigione, non possono nemmeno coincidere con l'agevolazione della morte. Né varrebbe obiettare che la sospensione della terapia presuppone una conoscenza tecnica e richiede una perizia, proprie della professione medica. Anzi, non sempre c'è bisogno di medici per interrompere una terapia, potendo la volontà del paziente essere attuata anche con l'ausilio di parenti e amici.

A ben vedere, dunque, anche la limitazione in capo al medico del potere di disattivare lecitamente la macchina che tiene in vita il paziente appare discutibile. Essa muove, infatti, da una nozione di attività medico-chirurgica, che include tra i requisiti dell'atto medico la qualifica soggettiva di chi lo pratica: vale a dire la sua abilitazione. Si tratta di un'inclusione arbitraria, dato che la definizione di un'attività non può dipendere dalla qualifica di chi la compie, essendo anzi il suo svolgimento un elemento di definizione formale del soggetto che la esegue. Non a

⁹⁵ In questo senso GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale.*, op. cit., p. 99 e seg.; DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 219.

caso certa dottrina propende per una nozione oggettiva di attività medica, che fa leva sulle sue finalità (tra cui quella di essere svolta nell'interesse del paziente) e sul rispetto delle *leges artis*⁹⁶.

Se si muove da tali acquisizioni, però, è difficile escludere dall'ambito scriminante dell'art. 51 c.p. l'interruzione della macchina effettuata da persona diversa dal medico, ma nel rispetto delle *leges artis*. Anche se, proprio a causa della natura oggettivamente medica dell'atto di disattivazione, colui che lo pone in essere senza essere medico non potrà sfuggire alla responsabilità per il delitto di esercizio abusivo di una professione (art. 348 c.p.), stante l'orientamento secondo cui per l'integrazione del delitto in questione è sufficiente il compimento di un'isolata prestazione professionale.

Poiché come la disattivazione della macchina, anche la liceità della terapia del dolore discende dall'art. 51 c.p., i rilievi anzidetti valgono ad escludere che integri un'ipotesi di eutanasia attiva la terapia del dolore effettuata da persona diversa dal medico, ma nel rispetto delle *leges artis*. Anche qui, per il carattere medico dell'attività, resta salva però la configurabilità in capo all'agente di una responsabilità a norma dell'art. 348 c.p.

A conclusioni opposte è giunto invece il Tribunale di Roma nella sentenza di assoluzione del dott. Mario Riccio⁹⁷. Secondo il Tribunale, rientra nella previsione dell'art. 32 Cost. l'ipotesi del distacco dal respiratore artificiale

⁹⁶ MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 13 e seg.

⁹⁷ Trib. di Roma, 23-07-2007, in www.penalebicocca.it.

effettuato da un medico e non da un familiare o da un altro soggetto, poiché l'interruzione di una terapia, consentita dalla norma costituzionale, è quella che si pone all'interno di un rapporto terapeutico o comunque in stretta relazione con un trattamento sanitario. Gli attori del rapporto terapeutico instaurato sono unicamente il medico e il paziente.

L'unico possibile scenario all'interno del quale può esercitarsi il diritto di autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario è dunque il rapporto instaurato tra il paziente ed il suo medico e che ha come contenuto delle prestazioni sanitarie. Ciò trova speculare corrispondenza con i doveri che incombono sul medico in ragione della sua professione.

E' evidente, pertanto, che solo su tale soggetto, qualificato in ragione della sua professione, e non su altri, incomberà un dovere di osservare la volontà del paziente, in ragione del rapporto instauratosi, che pone in relazione i due per l'espletamento di una condotta di natura sanitaria a contenuto concordato; con la conseguenza che, se egli dovesse porre in essere una condotta direttamente causativa della morte del paziente per espressa volontà di quest'ultimo, risponderà ad un preciso dovere che discende dalla previsione dell'art. 32, comma 2, Cost, mentre la stessa condotta posta in essere da ogni altro soggetto non risponderà ad alcun dovere giuridicamente riconosciuto dall'ordinamento, non essendo stata esercitata all'interno di un rapporto terapeutico.

“D'altra parte non sfugge l'importante ruolo che al riguardo è in grado di svolgere il medico il quale, solidamente sorretto da valutazioni di carattere sanitario, nonché orientato dal proprio codice di deontologia professionale e vincolato allo stesso, è l'unico a poter garantire, da un punto di vista tecnico e da un punto di vista dell'osservanza dei principi e dei diritti, il rispetto nel caso concreto dei confini tra l'esercizio di una libera ed informata autodeterminazione del paziente ed arbitrii forieri di violazioni di diritti essenziali, quali quelli in gioco. Inoltre la sua figura è fondamentale nella costituzione del presupposto per l'esercizio del diritto, incidendo egli direttamente sul processo di formazione della volontà del paziente attraverso l'informazione di questo ultimo. Di conseguenza non è possibile prescindere dalla sua figura nel concreto dispiegarsi del consenso o del dissenso informato del paziente”.

Le acquisizioni in tema di eutanasia passiva consensuale mostrano ulteriori e significative incertezze in relazione alla tutela penale del diritto di morire, che si potrebbe ritenere assicurata dal delitto di violenza privata (art. 610 c.p.). E non v'è dubbio che a tale norma sia riconducibile l'abbastanza inverosimile persistenza terapeutica del medico che, contro il volere del malato, si manifesta nella somministrazione forzata di medicinali o nell'assoggettamento coattivo ad altro tipo di terapia. Delicati problemi interpretativi sorgono allorché il medico si rifiuti di disattivare la macchina che tiene in vita il paziente, poiché il comportamento omissivo del medico sembra qui sfuggire all'area d'intervento

dell'art. 610 c.p., quale reato a condotta necessariamente attiva e vincolata. Più precisamente, la condotta del medico che, non sospendendo la terapia meccanica, costringe il paziente a vivere suo malgrado, non sarebbe sussumibile nello schema dell'art. 610 c.p., in quanto il suo comportamento meramente negativo non integrerebbe la violenza richiesta dalla fattispecie incriminatrice come modalità esecutiva della costrizione.

Questa conclusione, tuttavia, non è necessariamente corretta, né l'unica possibile. La sua accoglibilità dipende, infatti, dalla nozione di violenza da cui si muove. Così, l'inapplicabilità dell'art. 610 c.p. risulterà inevitabile se s'intenda la violenza in senso ristretto, vale a dire unicamente come dispiego di energia fisica. Ad un opposto risultato si giunge invece se si aderisce all'opinione secondo cui è penalmente rilevante anche la violenza impropria, cioè qualunque mezzo adoperato sul paziente per limitarne o annullarne la capacità di autodeterminazione, che non sia la minaccia; e la violenza impropria può consistere anche in una semplice omissione. Così intesa, però, la violenza non esprime più una condotta vincolata, ma un'azione che rileva penalmente in quanto causalmente orientata alla costrizione della vittima. Verrebbero meno di conseguenza gli ostacoli alla possibilità di sanzionare penalmente l'inottemperanza alla richiesta del malato. Invero, a norma dell'art. 40, comma 2, c.p., il medico che, contro la volontà del paziente, non disattiva la macchina, causa l'evento previsto dall'art. 610 c.p., che aveva il dovere di evitare: la

costrizione del paziente a vivere, ovvero la costrizione ad ogni possibile fare, tollerare e omettere, sia attuale che potenziale.

Una lacuna di tutela penale si registra invece nel caso in cui, sempre contro la volontà del malato, il medico persista nella terapia in modo clandestino (omettendo cioè di informare il malato della prosecuzione della cura) ovvero ingannatorio (negando ad esempio gli effetti terapeutici dei farmaci somministrati). L'inapplicabilità dell'art. 610 c.p. dipende dal fatto che, in base alla fattispecie citata, la coercizione violenta non può sussistere là dove non venga percepita come tale dalla vittima.

3.2.1 Il caso Welby

Piergiorgio Welby, sofferente di distrofia muscolare progressiva dal 1963 (quando aveva diciotto anni), dopo un dapprima lento, ma comunque inesorabile peggioramento della malattia che gli aveva già immobilizzato le gambe negli anni Ottanta, il 14 luglio 1997 perde i sensi ed entra in coma per il subentro dello stadio della malattia nel quale si consolida l'insufficienza respiratoria. Contro la sua volontà (in precedenza espressa a tale riguardo) viene tracheotomizzato e quindi si risveglia dal coma. Da quel momento in poi egli respira con l'ausilio di un ventilatore polmonare, si nutre di un alimento artificiale e di altre sostanze semiliquide e parla con l'ausilio di un computer e di un software, conducendo una vita intellettualmente ancora attiva. Dal 2002 la sua battaglia per il riconoscimento del diritto di morire s'intensifica, attraverso il sito internet dei Radicali italiani e l'Associazione Luca Coscioni di cui è copresidente. Da ultimo, pubblica il libro "Lasciatemi morire" e nel settembre 2006 invia una lettera al Presidente della Repubblica nella quale descrive la sua stanchezza estrema e l'amore per una vita vera, non per la misera condizione in cui si trova.

Degente in casa propria, viene assistito da due medici curanti, cui chiede il distacco dal ventilatore polmonare sotto sedazione terminale. Il rifiuto di uno di essi dà luogo ad un ricorso avanti al Tribunale di Roma ex art. 700

c.p.c., finalizzato ad ottenere l'accertamento del diritto del ricorrente all'interruzione del trattamento di sostegno respiratorio e del correlativo dovere dei sanitari di interrompere tale trattamento, previa somministrazione di idonee terapie sedative.

Il giudice designato del Tribunale di Roma, tuttavia, con ordinanza del 16 dicembre 2006, ha dichiarato inammissibile il ricorso. Il giudice ha invero riconosciuto, in linea di principio, l'operatività nella materia dei trattamenti medici del "principio dell'autodeterminazione e del consenso informato", fondato sugli artt. 2, 13 e 32 Cost., e declinato nel senso che "qualsiasi atto invasivo della sfera fisica, sia di natura terapeutica che non terapeutica, non può avvenire senza o contro il consenso della persona interessata, in quanto l'inviolabilità fisica costituisce il nucleo essenziale della stessa libertà personale; mentre l'imposizione di un determinato trattamento sanitario può essere giustificato solo se previsto da una legge che lo prescrive in funzione di tutela di un interesse generale e non (solo) a tutela della salute individuale". Tuttavia, il giudice si è arrestato a fronte della considerazione che l'ordinamento positivo non appresterebbe strumenti concreti di tutela di tale diritto; cosicché esso, pur essendo indubitabilmente sussistente e positivamente acquisito, non sarebbe suscettibile di esecuzione forzata, essendo in definitiva la sua attuazione "rimessa alla totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiesta venga fatta, alla sua coscienza individuale, alle sue interpretazioni soggettive dei fatti e delle situazioni, alle proprie concezioni

etiche e professionali”. Per altro verso il giudice, richiamando un precedente della Corte d'Appello milanese sul caso Englaro, ha insistito sul carattere di soggettività e di discrezionalità insito nel concetto di “accanimento terapeutico”, indicato quale limite al dovere di cura da parte del medico; con conseguente impossibilità per il giudice di riempire un tale spazio non ancora regolato dal diritto. “Solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina, anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni”.

Con tutto il rispetto per il giudice che si è trovato a decidere, nell'arco di pochi giorni, una questione di tale delicatezza e di tali implicazioni, la decisione del Tribunale è censurabile sotto vari aspetti. Anzitutto, per l'improprio riferimento all'accanimento terapeutico, insistentemente evocato nel dibattito che ha accompagnato il caso Welby. La nozione di accanimento terapeutico è comunemente identificata come il limite al dovere di cure: una terapia in tanto è doverosa in quanto apporti al paziente un beneficio superiore ai suoi effetti collaterali indesiderati; non lo è, ovviamente, nel caso contrario. Stabilire quando un trattamento possa definirsi ancora

utile e proporzionato, e quando sconfini invece in un (inutile) accanimento terapeutico, è normalmente compito della scienza medica, e non del giudice o del legislatore. Ma nel caso di Welby il punto in discussione era diverso: ed era quello di chiarire se un paziente capace di autodeterminarsi abbia, o no, il diritto di rifiutare un determinato trattamento, anche se considerato appropriato dal punto di vista della scienza medica, e comunemente praticato ai pazienti nelle sue medesime condizioni (com'è, per l'appunto, il caso della respirazione assistita). Questo problema non può, evidentemente, essere delegato alla discrezionalità dei medici: è l'ordinamento giuridico che deve risolverlo, bilanciando il diritto all'autodeterminazione in materia sanitaria e all'inviolabilità del proprio corpo con il valore attribuito alla vita umana.

All'accoglimento della richiesta di Welby sembravano ostare, d'altra parte, alcune obiezioni.

Un'obiezione era stata sollevata, ad esempio, dai medici curanti di Welby, i quali - pur riconoscendo in linea di principio il carattere vincolante della volontà del paziente in ordine all'interruzione del trattamento di sostegno rianimatorio in atto - osservavano tuttavia come il subentrare di uno stato di incoscienza dovuto alla sedazione avrebbe comportato il risorgere dell'obbligo di ripristinare la ventilazione assistita e di salvare, così, la vita del paziente, non più in grado di reiterare il proprio dissenso.

L'obiezione muove dal corretto presupposto secondo cui, in situazioni di emergenza, il medico è senz'altro legittimato a procedere ad interventi urgenti a tutela della salute e della vita del paziente, pur in mancanza di un suo consenso. Tuttavia, ciò non può sensatamente valere per un paziente che rifiuti anticipatamente un determinato trattamento di sostegno vitale, con una determinazione pensata anche per l'immediato futuro nel quale egli non sarà più in grado di reiterare tale rifiuto. Il problema si pone, del resto, a proposito dei testimoni di Geova che, prestando il consenso ad un'operazione chirurgica, esprimano un netto rifiuto ad essere sottoposti alle emotrasfusioni che si dovessero rendere necessarie durante l'operazione, e dunque quando il paziente medesimo sarà incosciente per effetto dell'anestesia; e si è posto, altresì, in relazione al rifiuto di alimentarsi da parte di detenuti in sciopero della fame, essendosi sostenuto che si sarebbe comunque dovuto procedere all'alimentazione forzata, una volta che lo scioperante fosse caduto in stato d'incoscienza per effetto della prolungata inedia. Simili soluzioni finiscono nei fatti per vanificare il diritto fondamentale del paziente a rifiutare il trattamento medico: essendo pressoché sempre prospettabile un obnubilamento delle facoltà psichiche del paziente in prossimità della morte e una sua conseguente impossibilità di reiterare il dissenso.

Censurabile, infine, è come il Tribunale si sia arrestato a metà strada, non traendo le naturali conseguenze dalle proprie stesse premesse. Una volta, infatti, che si riconosca l'esistenza, a livello costituzionale, di un diritto

fondamentale a rifiutare un trattamento medico indesiderato, non si vede perché tale diritto dovrebbe risultare condizionato ad una legge ordinaria che ne assicuri la concreta attuazione. La tutela di un diritto fondamentale, in un ordinamento costituzionale, prescinde dalle determinazioni della maggioranza, e se necessario prevale su queste stesse determinazioni; e in ogni ordinamento costituzionale è compito della magistratura assicurare la tutela dei diritti fondamentali, anche in assenza di una legge che si faccia carico di una tale tutela. Nel caso di specie, il ricorrente aveva per l'appunto chiesto al giudice una pronuncia di accertamento della lesione in atto del proprio diritto fondamentale; pronuncia dalla quale non poteva che discendere l'ordine di cessare tale lesione, rivolto ai medici che stavano proseguendo il trattamento di sostegno respiratorio nonostante il dissenso del paziente.

Ciò, purtroppo, non è avvenuto nel caso Welby: di fronte al sostanziale *non liquet* pronunciato dalla magistratura romana, il dott. Mario Riccio, anestesista dell'Ospedale Maggiore di Cremona e medico della Consulta Bioetica di Milano, assunto da Piergiorgio Welby come nuovo sanitario, ha preso l'iniziativa procedendo alla sedazione del paziente e al distacco del respiratore. Avendo la perizia autoptica accertato che il sedativo utilizzato dal dott. Riccio non ha accelerato la morte, essendo questa avvenuta per arresto cardiocircolatorio da insufficienza respiratoria, la Procura di Roma ha chiesto l'archiviazione del caso rispetto alle ipotesi delittuose di omicidio del consenziente e di omicidio colposo.

Nella richiesta di archiviazione il PM rileva che nel nostro ordinamento giuridico è riconosciuto al paziente il diritto di autodeterminazione e cioè il diritto di scegliere autonomamente se effettuare o meno un determinato trattamento sanitario (artt. 13 e 32 Cost.); che tale diritto è affermato in convenzioni internazionali, recepite nel nostro ordinamento (convenzione di Oviedo), ed è ribadito dal Codice di deontologia medica; che nessun addebito è ascrivibile al medico che, in caso di impossibilità fisica del paziente, abbia agito per dare effettività al diritto del paziente che già aveva espresso la volontà di interrompere la ventilazione meccanica; che il comportamento del medico non è, parimenti, penalmente censurabile per non aver, dopo il distacco, reimpiantato la ventilazione, in quanto non sussiste a carico del medico un obbligo di mantenere in vita il paziente, quando - ovviamente - le cure sono palesemente inutili.

Il GIP si è mostrato, tuttavia, di contrario avviso, imponendo al PM di formulare l'imputazione nei confronti del dott. Riccio per omicidio del consenziente⁹⁸.

Nell'ordinanza di rigetto della richiesta di archiviazione, il Tribunale ha affermato che l'incontestabile esistenza di un principio alla libertà di cura sancito dall'art. 32 Cost. comporta conseguentemente che di esso "debba essere data attuazione anche in assenza di una specifica normativa, con il solo limite degli altri diritti costituzionalmente

⁹⁸ Trib. Roma, 9-6-2007, in *www.penalebicocca.it*.

garantiti. Tra essi deve essere ovviamente compreso il diritto alla vita” che “nella sua sacralità, inviolabilità e indisponibilità costituisce il limite per tutti gli altri diritti”, non potendo essere riconosciuta all’art. 32 Cost. “un’estensione tale da superare il limite insuperabile del diritto alla vita”. Sussiste, secondo il Tribunale, il reato di cui all’art. 579 c.p., con riferimento sia all’elemento oggettivo della condotta, sia a quello soggettivo del dolo, rilevando a tal proposito che era stato lo stesso Riccio, incurante della decisione del Giudice civile, a farsi avanti per interrompere la terapia di Welby, senza essere il suo medico curante e sulla base di un rapporto professionale “del tutto superficiale”.

Il GIP ha quindi mostrato di aderire a quell’orientamento della dottrina giuridica, secondo cui il diritto fondamentale di non essere sottoposti a trattamenti sanitari contro la propria volontà troverebbe in ogni modo un limite nelle superiori esigenze di salvaguardia della vita umana, concepita come il valore supremo nel nostro ordinamento. A ciascuno, secondo questa prospettiva, spetterebbe in altre parole la libertà di rifiutare ogni trattamento medico, a meno che non si tratti di un trattamento c.d. di sostegno vitale, ossia di un trattamento necessario per la propria stessa sopravvivenza; giacché, in tal caso, le istanze di tutela della vita prevarrebbero, e il trattamento in questione potrebbe essere imposto al paziente anche in assenza di una

specifica norma di legge autorizzatrice, operando in ogni caso la generale norma scriminante di cui all'art. 54 c.p.⁹⁹.

Tuttavia, non può non registrarsi il sempre più massiccio consenso che riscuote - a livello interno e internazionale - l'opinione opposta, secondo cui il diritto fondamentale a rifiutare il trattamento medico vale di regola anche con riferimento a trattamenti di sostegno vitale, i quali non potranno dunque essere imposti con la forza ad un soggetto dissenziente.

La questione è stata del resto ampiamente tematizzata in relazione al rifiuto opposto dai testimoni di Geova a trattamenti emotrasfusionali; e la conclusione che si è raggiunta è quella della necessità di rispettare la volontà contraria del paziente, anche quando il rifiuto del trattamento esponga quest'ultimo ad una morte certa¹⁰⁰. La medesima conclusione è stata raggiunta, peraltro, in tema di sciopero della fame nelle carceri - ove si è per lo più negato che l'amministrazione carceraria abbia il potere di procedere all'alimentazione forzata degli scioperanti, persino in presenza d'imminente pericolo di morte¹⁰¹.

Tornando al caso Welby, esso si è recentemente concluso con l'assoluzione del dott. Mario Riccio da parte del Tribunale di Roma.

⁹⁹ In questo senso EUSEBI, *Sul mancato consenso*, p. 736.

¹⁰⁰ P. Roma, 3-4-1997, in *Cass. Pen.*, 1998, con nota contraria di IADECOLA, *La responsabilità penale del medico in posizione di garanzia*, cit., p. 953 e seg.; per un'ampia trattazione in dottrina v. BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2001, p. 509 e seg.

¹⁰¹ Trib. Padova, 2-12-1982, in *Foro it.*, 1983, p. 238 e seg., con nota di FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, p. 235 e seg.

La sentenza in questione contiene una lunga ricostruzione dell'intera vicenda processuale. In disaccordo con la pronuncia emessa dal Giudice civile, il Tribunale afferma in primo luogo che “quando si riconosce l'esistenza di un diritto costituzionale, quale quello all'autodeterminazione individuale e consapevole in materia di trattamento sanitario, non è poi consentito lasciarlo senza tutela, rilevandone la sua concreta inattuabilità sulla scorta dell'esistenza di disposizioni normative di fonte gerarchica inferiore a contenuto contrario”, quali gli artt. 5 c.c., 579 e 580 c.p., o addirittura gli artt. 35 e 37 del Codice di deontologia medica.

Ulteriori critiche vengono poi mosse nei confronti dell'ordinanza di rigetto della richiesta di archiviazione: in particolare, non è rilevante il fatto che il dottor Riccio non fosse l'abituale medico curante di Welby, prescindendo l'esistenza del rapporto tra medico e paziente dalla durata del rapporto stesso e dall'esistenza di una cura in corso, sempre che sia chiaro l'oggetto della richiesta del paziente ed esso consista in una prestazione di carattere medico (essendo peraltro tutta da dimostrare la “superficialità” del dottor Riccio, atteso lo scrupolo con cui ha agito).

Il Tribunale prende comunque le mosse da un dato di fondamentale importanza e comune alla riflessione di entrambi i giudici e dei PM intervenuti nella vicenda, costituito dal riconoscimento dell'esistenza di un diritto della persona a rifiutare o interrompere le cure mediche, discendente dal principio

enunciato dal secondo comma dell'art. 32 Cost., secondo il quale “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”.

L'affermazione nella Costituzione del principio che sancisce l'esclusione della coazione in tema di trattamenti sanitari (e quindi della necessità del consenso del malato) ha come necessaria conseguenza il riconoscimento della facoltà di rifiutare le cure o di interromperle, che, a sua volta, non vuole significare implicito riconoscimento di un diritto al suicidio, bensì soltanto inesistenza di un obbligo a curarsi a carico del soggetto. “Il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.”, confermato peraltro nell'ordinamento interno dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cassazione, e a livello internazionale dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La prima prevede, all'art. 5, che “un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero ed informato. Questa persona riceve un'informazione adeguata in merito allo scopo e alla natura dell'intervento nonché alle sue conseguenze e ai suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente

ritirare il proprio consenso”¹⁰². Di tale convenzione, sia pure non ancora in vigore nel nostro ordinamento per non essere stata perfezionata la relativa procedura internazionale di notificazione della ratifica, non può non tenersi conto, anche oggi, almeno come criterio di interpretazione per il giudice. Difatti, all’accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all’interno dello Stato, può assegnarsi una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell’interpretazione di norme interne al fine di dare a queste ultime una lettura il più possibile ad esso conforme. E ciò per due ordini di motivi: il primo, perché la Convenzione è stata sottoscritta dall’Italia e ratificata con legge dello Stato (l. 23.3.2001, n° 145); il secondo, perché essa enuncia principi conformi alla nostra Costituzione, rappresentando una chiara esemplificazione di quest’ultima.

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, invece, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero ed informato del paziente all’atto medico vada considerato non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all’integrità della persona. L’art. 3, rubricato appunto “Diritto all’integrità

¹⁰² Si legge nel rapporto esplicativo alla detta Convenzione, emanato dal Consiglio d’Europa nel gennaio 1997, in relazione all’art. 5: “Questo articolo tratta del consenso e consacra sul piano internazionale una regola già ben definita, cioè che nessun intervento può essere imposto a chiunque senza il suo consenso. La persona deve dunque poter dare liberamente o rifiutare il suo consenso ad ogni intervento sulla propria persona”. Sul punto v. BILANCETTI, *La responsabilità*, op. cit., p. 365.

della persona”, al secondo comma afferma che “Nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge...”.

La sentenza si sofferma poi sui requisiti necessari del consenso, che deve essere innanzitutto personale, ovvero promanare dallo stesso titolare del diritto alla vita, non potendo esercitare tale diritto per conto del malato il rappresentante legale del minore o dell’infermo di mente, o i familiari dell’interessato. Altro requisito del consenso o del dissenso è che per essere valido deve essere “consapevole ovvero informato, incidendo esso su diritti essenziali dell’individuo. Quest’ultimo, infatti, ne può disporre solo se pienamente consapevole della sua condizione psico-fisica, delle prospettive evolutive della sua condizione e delle conseguenze che possono scaturire dalle sue scelte”, perché altrimenti la sua volontà sarebbe viziata da elementi di conoscenza distorti o mancanti, e quindi non sarebbe libera. Inoltre, il rifiuto deve essere “autentico ovvero non apparente, non condizionato da motivi irrazionali, ad esempio la paura, deve essere effettivamente attribuibile alla volontà del soggetto e quindi non frutto di costrizione o di suggestione di alcun tipo esercitata da terzi”, nonché strettamente collegato a concrete situazioni personali del malato, ad esempio la sofferenza causata dal male o l’incurabilità della malattia, e non legato a superstizioni, pregiudizi o altro. E’ necessario, inoltre, che il rifiuto sia reale, ovvero compiutamente e chiaramente espresso e non semplicemente

desumibile dalle condizioni di sofferenza o dalla gravità della malattia. Altro importante requisito è costituito dall'attualità, “non essendo sufficiente che la persona abbia espresso in precedenza la sua volontà in tal senso, in quanto, attesi l'essenzialità dei diritti sui quali è destinato ad incidere ed il collegamento di tali decisioni a condizioni, anche interiori, mutevoli, il rifiuto di una terapia salvavita può essere revocato in qualsiasi momento e quindi deve persistere nel momento in cui il medico si accinge ad attuare la volontà del malato”.

Passando poi alla valutazione della condotta dell'imputato, a giudizio del Tribunale essa integra certamente l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente.

Né vale a tal riguardo sostenere che, invece, il medico si limitava a non proseguire la terapia in ottemperanza della volontà espressa dal paziente, ponendo in essere una condotta semplicemente omissiva, poiché tale interpretazione, che giunge alle stesse conclusioni circa la liceità della condotta seppure per una strada diversa e con qualificazione diversa del relativo proscioglimento, appare essere il risultato di una costruzione giuridica che finisce per forzare la realtà dei fatti. “E', invece, ravvisabile nell'atto del distacco del respiratore una innegabile condotta interventista, che non può essere assimilata, e non solo dal punto di vista naturalistico, alla condotta, essa sì, omissiva del medico che si limiti a non iniziare una terapia non voluta dal paziente”.

Del reato sussiste anche l'elemento psicologico, poiché il dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente ed il fatto che egli abbia adempiuto alla volontà del paziente non esclude di per sé la volontarietà della sua azione direttamente causativa del decesso di quest'ultimo.

Peraltro, nel caso concreto appare sussistere anche la scriminante di cui all'art. 51 c.p.¹⁰³.

Il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio, "con la conseguenza che, se il medico, in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p. La fonte del dovere per il medico, quindi, risiederebbe in prima istanza nella stessa norma costituzionale (art. 32) che è fonte di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminante nell'ipotesi sopra delineata è giustificata dalla

¹⁰³ Giungono a conclusioni analoghe SANTOSUOSSO, *Eutanasia*, op. cit., p. 40; DONINI, *Il caso Welby*, op. cit., p. 920.

necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne il suo esercizio”.

In conclusione, si può affermare che l’anestesista ha agito in presenza di un dovere giuridico che scrimina l’illiceità della condotta causativa della morte di Welby, e che egli ha posto in essere tale condotta dopo aver verificato la presenza di tutte le condizioni che legittimano l’esercizio del diritto da parte della vittima di sottrarsi ad un trattamento sanitario non voluto.

Il Tribunale aggiunge peraltro che quando l’ottemperanza alla richiesta d’interruzione della terapia del paziente deve consistere in una condotta positiva, come avvenuto nel caso in esame attraverso il distacco del paziente dal respiratore artificiale, sembra assai forzato il ricorso a categorie giuridiche come quella dell’omissione mediante commissione per qualificare la condotta del medico. E’, infatti, innegabile che quest’ultimo, nel caso del distacco dal respiratore, è chiamato a porre in essere una condotta positiva per poter consentire l’attuazione della volontà del paziente che porterà alla sua morte; e dal punto di vista eziologico la condotta del medico, seppure scriminata, e quindi non rilevante penalmente, concorre alla causazione del decesso del malato.

In effetti, se è omissiva la condotta di chi interrompe le cure staccando il respiratore, risulta difficile qualificare come omissiva la condotta contraria, quella di chi si rifiuta di staccare il respiratore. Anzi, sembra più logico ritenere che il medico che non ottempera omette, mentre chi ottempera agisce, sia pur scriminato. “La

verità è che in queste ipotesi la qualifica come omissiva discende dal fatto che si vuole giustificare la liceità dicendo che non c'è più posizione di garanzia e quindi quando non si è garanti si può legittimamente omettere, mentre commettere non lo può nessuno, né il garante, né un terzo”¹⁰⁴.

Prima della pronuncia ultima del Tribunale, all'accoglimento della richiesta di Welby di disconnessione del respiratore sembrava opporsi proprio il dubbio che, nel caso di specie, si fosse semplicemente in presenza di rifiuto di un trattamento medico. La richiesta di Welby sarebbe stata, piuttosto, quella di essere aiutato a morire attraverso delle condotte attive: lo spegnimento del respiratore, da un lato; e la somministrazione di farmaci sedativi, dall'altro.

A tal proposito, parte della dottrina sottolineava come, quanto al primo profilo, benché lo spegnimento del respiratore fosse indubbiamente una condotta naturalisticamente attiva, la questione cruciale atteneva al significato giuridico di quest'atto, che - per quanto riguarda almeno il medico che ha in cura il paziente - è quello di determinare l'interruzione del trattamento che egli stesso, a suo tempo, aveva iniziato. “Il respiratore ben può essere riguardato, in effetti, come il braccio meccanico, come la *longa manus* del medico che pratica un trattamento di assistenza respiratoria ad un paziente non più in grado di respirare da sé: anziché essere effettuata manualmente a mezzo di un pallone di gomma, la ventilazione è praticata attraverso una macchina che regola il

¹⁰⁴ DONINI, op. ult. cit., p. 907. “Non dobbiamo temere, infatti, di qualificare come attivo il distacco dal respiratore. Esso resta un'ottemperanza al legittimo rifiuto di terapie e tanto basta a scriminarlo”.

ritmo respiratorio. Ma pur sempre di un trattamento medico si tratta, sia pure attuato attraverso un mezzo meccanico; per cui la sua interruzione dovrà essere riguardata come omissione dell'ulteriore trattamento. E ciò anche se tale omissione debba attuarsi attraverso una condotta naturalisticamente attiva, come la pressione di un pulsante o la rotazione di una manopola”¹⁰⁵.

Quanto poi alla richiesta di sedativi per lenire le sofferenze associate alla morte per soffocamento, va tenuto presente che la somministrazione di terapie palliative costituisce un preciso dovere a carico del medico nei confronti del paziente morente, persino nell'ipotesi in cui tali terapie possano produrre quale effetto collaterale l'anticipazione della morte.

Un'ultima considerazione della sentenza riguarda gli effetti dell'interpretazione del principio di autodeterminazione in tema di trattamento sanitario ivi accolta sulla categoria concettuale del cosiddetto accanimento terapeutico, che appare acquisire una connotazione di tipo residuale. In altre parole, se viene riconosciuta efficacia giuridica alla volontà dell'individuo sulle cure mediche cui sottoporsi, l'insistenza terapeutica in questo caso deve essere qualificata dal punto di vista giuridico come mera violazione della volontà consapevolmente espressa dal paziente, indipendentemente dal fatto che il trattamento sanitario si sostanzi o meno in una situazione definibile come accanimento terapeutico. D'altra parte, la terapia cui la persona intende

¹⁰⁵ VIGANO', *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *DPP*, 2007, p. 7.

sottrarsi non necessariamente deve consistere in una situazione estrema di accanimento terapeutico perché egli possa esercitare il diritto di farla cessare. Pertanto l'accanimento terapeutico, come categoria giuridica, assumerebbe un contenuto residuale, nel senso che in esso potrebbe rientrare tutto ciò che è insistenza terapeutica al di fuori del caso di consapevole rifiuto espresso dal destinatario delle cure (come appunto è avvenuto nel caso di Welby).

3.3 L'attualità del consenso e il c.d. testamento biologico

Altra questione particolarmente delicata, in tema di eutanasia passiva, concerne l'accertamento della libertà e della validità del consenso, che investe sia l'effettiva capacità di intendere e volere dell'interessato, sia la sua piena consapevolezza come presupposto del potere di autodeterminazione. Anche ammettendo la sussistenza di questi requisiti, tuttavia, risulta incerto il contenuto dei doveri del medico rispetto a chi, avendo consapevolmente ed espressamente rifiutato le cure, sia pervenuto ad una fase d'incoscienza che priva di attualità il precedente rifiuto.

Secondo parte della dottrina, il medico avrebbe l'obbligo di procedere in ogni caso agli interventi necessari e urgenti, non rinviabili senza grave rischio per l'interessato, in forza di una presumibilità del consenso fondata sull'*id quod plerumque accidit* e sulla normale ricorrenza dell'istinto di conservazione; tale soluzione da un lato appare la più garantista, poiché fornisce al medico un parametro oggettivo sottratto alla libera disponibilità di qualunque soggetto diverso dal diretto interessato, dall'altro risulta conforme al principio personalistico e al principio del consenso, in quanto la volontà del soggetto, anche se dedotta per obiettiva presunzione, continua a restare il cardine della liceità dei trattamenti sanitari. In altre parole, dinanzi ad ogni malato incosciente il medico deve ritenere che il precedente rifiuto delle cure ha

perduto validità e, nel conseguente dubbio, egli deve intervenire (*in dubio pro vita*): onde il diritto di lasciarsi morire soccombe dinanzi alla doverosità del trattamento medico.

Tale impostazione appare quindi contraddittoria, giacché contemporaneamente afferma il diritto del malato di rifiutare le cure e il dovere del medico di curarlo non appena questi non sia più in grado di opporre un espresso rifiuto. Né è vero che essa fornisce al medico una precisa direttiva di condotta, salvo ad ammettere che la possibilità di ricostruire e presumere il consenso, nonostante una precedente manifestazione di volontà contraria da parte dell'interessato, si traduce in realtà in un'assoluta irrilevanza del consenso stesso: diviene allora inutile ogni riferimento ad un consenso presunto, dovendosi più propriamente affermare un obbligo per il medico di ignorare la volontà del paziente.

Sulla base di tali considerazioni, si è posto il problema del valore da riconoscere al cosiddetto testamento biologico (*living will*). Con tale espressione si fa riferimento alla dichiarazione con cui un soggetto, nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, dà disposizioni in merito alle terapie che desidera ricevere e a quelle che intende rifiutare, nel caso in cui si venga a trovare in uno stato di incoscienza o nella condizione di malato terminale.

Se si conviene sulla configurabilità di un diritto di morire, o comunque di un diritto a rifiutare le cure, risultano superati i rilievi che contestano la legittimità del testamento biologico in ragione del carattere indisponibile del suo oggetto.

Contro l'efficacia del testamento in vita viene fatto valere, però, un altro argomento, certamente più consistente e condiviso: il rifiuto delle terapie contenuto nel testamento biologico si riferisce ad una situazione non solo futura, ma anche astratta, per cui, nel momento in cui dovrebbe dispiegare il suo effetto, la dichiarazione risulterebbe inattuale, e lo strumento perderebbe totalmente di efficacia.

Il 28 febbraio 1992, la Consulta di Bioetica italiana ha approvato una “Carta di autodeterminazione”¹⁰⁶, con cui il dichiarante - per il caso che sia in futuro colpito da “una malattia in fase terminale oppure da una malattia o da una lesione traumatica del cervello gravemente invalidante e giudicata irreversibile, allo stato attuale delle migliori conoscenze mediche, oppure da altre malattie gravemente invalidanti e non rimediabili”, tali da determinare una sua incapacità fisica o mentale permanente - così stabilisce: “1) dispongo che le malattie intercorrenti (per esempio infezioni respiratorie ed urinarie, emorragie, disturbi cardiaci o renali) che potrebbero minacciare la mia vita non siano curate attivamente (in particolare con antibiotici, trasfusioni, rianimazione

¹⁰⁶ Il testo della “Carta di autodeterminazione” è riportato in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, p. 171 e seg.

cardiopulmonare, emodialisi), a meno che esse non sembrino causarmi sofferenza; 2) dispongo che, se non fossi più in grado di assumere cibo e bevande, io non venga sottoposto all'idratazione e alla nutrizione artificiale, a meno che questa mancata somministrazione non sembri provocarmi sofferenza; 3) dispongo che, in caso che io soffra gravemente, si provveda ad un opportuno trattamento analgesico, anche se ciò dovesse affrettare la mia fine". La Carta prosegue individuando la persona dell'esecutore, chiamato a rendere operanti le precedenti dichiarazioni: "Poiché sono ben consapevole che le mie disposizioni sopra citate probabilmente non contemplano tutti gli aspetti della situazione che potrà verificarsi, delego il sig. ... ad integrarle prendendo eventuali decisioni necessarie al caso e non chiarite nella presente carta, facendo questo in concerto con i medici. Delego infine il sig. ... a farsi garante del fatto che queste mie volontà vengano scrupolosamente rispettate, ed in caso contrario ad agire legalmente a tutela dei miei interessi".

Come emerge dalla lettura del documento, gli aspetti maggiormente problematici derivano dalla genericità dei presupposti cui è legata l'operatività della dichiarazione e dalla necessità di una valutazione discrezionale in ordine alla loro sussistenza, specie per quanto attiene all'accertamento dello stato di sofferenza. Inoltre, l'individuazione di un soggetto, delegato a precisare e integrare la volontà del malato ormai incapace di esprimere autonome e consapevoli decisioni, in realtà annulla il dichiarato scopo di "liberare, per quanto possibile, i miei familiari e i medici dal peso di difficili decisioni

inerenti alla mia cura”. In realtà, è arduo attribuire valore cogente ad una scelta compiuta in un momento di benessere e destinata ad operare quando, mutate gravemente le condizioni del soggetto, potrebbe prevalere l'istinto di conservazione. Proprio alla luce di tali rilievi, la dottrina dominante esprime una valutazione negativa nei confronti di siffatte dichiarazioni, giudicandole inadeguate nel loro tentativo di affermare, a futura memoria, il diritto di rifiutare le cure e di scriminare così l'opera del sanitario che ad esse decida di attenersi¹⁰⁷.

In ogni caso, non sembra che l'invalidità del testamento in vita possa farsi discendere dall'inefficacia della volontà inattuale in sé considerata, dato che in altri casi l'ordinamento non manca di riconoscere validità alla volontà inattuale del testatore, anche in relazione a disposizioni non patrimoniali. Il problema sta dunque nel significato da attribuirsi all'attualità del consenso: essa è un requisito logico e non meramente cronologico-temporale. Ragionando in modo diverso, peraltro, si arriverebbe a risultati paradossali, riconoscendo rilievo giuridico solamente alle manifestazioni di volontà concomitanti, menomando l'operatività del consenso scriminante, che non potrebbe giustificare la maggior parte degli interventi chirurgici, giacché in tali ipotesi il consenso è espresso dal paziente prima che abbia inizio l'intervento stesso; cosa peraltro scontata

¹⁰⁷ SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia*, in *RIDPP*, 1995, p. 697 e seg.; MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *RIDPP*, 1988, p. 459; MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, p. 1297; STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. Pen.*, 2000, p. 485.

nei casi in cui il paziente sia sottoposto ad anestesia totale. Ne consegue che, se la volontà inattuale non coincide con la volontà espressa prima, quest'ultima ben può essere attuale, alla condizione che vi sia una corrispondenza tra il fatto voluto e l'avverarsi delle condizioni cui è subordinata tale volontà. “Quando la volontà è condizionata al verificarsi di fatti futuri, il requisito della sua attualità subisce una dilatazione, nel senso che la volontà è attuale dal momento in cui è stata manifestata fino al verificarsi della condizione futura, salvo che non sia intervenuta una sua revoca”¹⁰⁸.

L'irrelevanza attribuita ai testamenti biologici non deriva, dunque, da inderogabili principi giuridici ma dal fatto che, dinanzi a manifestazioni di volontà così dense di conseguenze e insuscettibili di verifica nel momento in cui dovrebbero esplicare i propri effetti, essi nulla dicono in ordine all'effettività e alla permanenza delle ragioni psicologiche che hanno indotto il dichiarante a disporre in ordine alle modalità del proprio decesso. Il problema concerne allora, più che l'astratta valenza giuridica delle carte di autodeterminazione, il loro contenuto, le modalità del loro rilascio e i tempi del loro periodico rinnovo affinché possano produrre effetto.

La validità del testamento biologico può essere dunque ammessa, ma in subordine ad alcune condizioni, in assenza delle quali torna ad operare la generale presunzione *in dubio pro vita*. Innanzitutto, è necessario che la

¹⁰⁸ GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, op. cit., p. 108.

dichiarazione del soggetto sia formulata con espresso riferimento alla situazione futura per la quale è destinata a valere, individuata in modo determinato. Naturalmente, la dichiarazione ha maggiori probabilità di risultare determinata ove si riferisca, più che a singole patologie, alle terapie o agli effetti della malattia (grado di invalidità o livello di presumibili sofferenze) in relazione ai quali opera la rinuncia alle cure. In secondo luogo, la validità del testamento biologico è condizionata alla mancanza di una sua revoca, che può essere anche tacita, ovvero desumibile ragionevolmente da comportamenti incompatibili con la dichiarazione di volontà precedentemente espressa.

Il testamento biologico (conosciuto anche con l'espressione *advance directives*, ovvero direttive anticipate di trattamento) è senza dubbio compatibile con il nostro ordinamento costituzionale, in quanto valorizza il rispetto dei convincimenti personali. Il problema è semmai quello di evitare un'applicazione indiscriminata di tale strumento, che potrebbe aumentare se si aderisse all'opzione del valore vincolante di questi documenti.

Risulta pertanto pienamente condivisibile la posizione assunta dalla Convenzione di Oviedo che, all'art. 9, afferma: "Saranno prese in considerazione le volontà precedentemente espresse nei confronti dell'intervento medico da parte del paziente che, al momento

dell'intervento, non è in grado di esprimere la propria volontà"¹⁰⁹. Nella stessa direzione si muove anche l'art. 34, comma 2, del Codice di deontologia medica: "Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso".

In sintonia con tali disposizioni, il Comitato Nazionale di Bioetica ha espresso nel 2003 un parere in merito alle "Dichiarazioni anticipate di trattamento". Il documento, oltre a richiedere che le dichiarazioni di volontà possiedano determinati requisiti, al fine di tutelare sia il diretto interessato sia il personale sanitario, ritiene opportuno che "la legge obblighi il medico a prendere in considerazione le dichiarazioni anticipate, escludendone espressamente il carattere vincolante, ma imponendogli, sia che le attui sia che non le attui, di esplicitare formalmente in cartella clinica le ragioni della sua decisione"¹¹⁰.

¹⁰⁹ Esprime preoccupazione per la genericità della formulazione SAPIENZA, *La convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. dir. intern.*, 1998. Tale formulazione, infatti, "non precisa in che forma questi auspici debbano essere stati espressi e in che modo e fino a che punto se ne terrà conto".

¹¹⁰ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 8.12.2003, in www.lucacoscioni.it.

3.3.1 Eutanasia passiva rispetto ai soggetti in stato di incoscienza e direttive anticipate di trattamento

La problematica concernente le cc.dd. direttive anticipate di trattamento assume poi notevole importanza se si prende atto dei dilemmi posti dai casi, frequenti nella prassi, in cui il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà - non espressa neanche in precedenza - per perdita irreversibile della coscienza.

La questione centrale riguarda, anche in questo caso, i confini dell'obbligo di curare del sanitario, tanto più che oggi gli strumenti di rianimazione consentono di mantenere funzioni vitali anche in presenza di danni cerebrali che eliminano la coscienza e persino nel caso di distruzione dell'intero encefalo. Per un verso, occorre evitare la terribile situazione dell'accanimento terapeutico; per l'altro, è necessario garantire le residue speranze di vita del malato.

Premessa necessaria per l'approfondimento del tema è l'individuazione del momento della morte. Com'è noto, nel nostro ordinamento si assume il criterio della morte cerebrale totale, introdotto dall'art. 1 della legge 29.12.1993, n. 578 (Norme per l'accertamento e la certificazione di morte).

Sulla base di tale normativa la morte deve essere identificata con la cessazione definitiva ed irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo, della corteccia cerebrale, che presiede all'attività cosciente, e del tronco cerebrale, sede

del sistema nervoso centrale. Questa presa di posizione del legislatore italiano recepisce le conclusioni del Comitato Nazionale di Bioetica¹¹¹, e appare in sintonia anche con la concezione personalistica, ove si consideri che il sistema nervoso centrale è il centro propulsore e coordinatore di tutte le più elementari manifestazioni che caratterizzano l'essere umano.

Di conseguenza, una volta accertata la morte alla stregua della disciplina vigente, il medico deve cessare ogni attività terapeutica, pena l'applicazione degli artt. 410-413 c.p.¹¹². Viceversa, se non si verifica lo stato di morte cerebrale irreversibile, permane da parte del sanitario l'obbligo di mantenimento in vita del paziente¹¹³.

Controverso è il tema della legittimità della sospensione delle cure mediante il distacco di macchine che tengono in vita pazienti affetti da malattie giunte ad uno stadio terminale e incapaci, per lo stato di incoscienza in cui si trovano, di prestare il proprio consenso.

La giurisprudenza italiana si è trovata ad affrontare questo problema nella vicenda relativa al distacco delle macchine che tenevano in vita la moglie da parte di Ezio Forzatti, condannato dalla Corte d'Assise di Monza il 20.6.2000 per omicidio e assolto “perché il fatto non sussiste” davanti alla Corte d'Appello di Milano il 24.4.2002.

¹¹¹ COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Definizione ed accertamento della morte dell'uomo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1991, p. 1279 e seg.

¹¹² Vilipendio di cadavere; Distruzione, soppressione o sottrazione di cadavere; Occultamento di cadavere; Uso illegittimo di cadavere.

¹¹³ Con una precisazione: la condizione clinica del coma (che prevede diversi gradi e differenti possibilità di recupero) non può essere ricondotta al concetto di morte cerebrale.

In primo grado la Corte ha sostenuto che “la principale obiezione alla legalizzazione delle forme di eutanasia è costituita dall’insussistenza del diritto alla morte, affermando la nostra Costituzione esclusivamente il diritto alla vita”¹¹⁴.

La Corte d’Assise di Appello di Milano, invece, pur riaffermando il “principio dell’intangibilità della vita umana”, non ha preso in considerazione, come nel grado precedente, il tema dell’eutanasia, ma ha focalizzato l’attenzione sull’accertamento del nesso di causalità tra la condotta di Forzatti e la morte della moglie. La Corte ha concluso che era stato commesso un reato impossibile, *ex art. 49 cpv. c.p.*, per insussistenza dell’oggetto, poiché non era possibile stabilire con assoluta certezza che la paziente fosse viva nel momento in cui l’imputato aveva proceduto con l’estubazione¹¹⁵.

A questo punto è necessario fare riferimento ad un quadro clinico particolare, denominato stato vegetativo permanente (SVP). La perdita della coscienza è completa ed irreversibile, ma si conservano le funzioni biologiche fondamentali (respirazione, circolazione, termoregolazione, attività gastrointestinale e renale); inoltre, sono presenti i riflessi del tronco encefalico e talvolta il movimento spontaneo della deglutizione, anche se la motilità volontaria è del tutto assente. Per i soggetti in stato vegetativo

¹¹⁴ Ass. Monza, 20.6.2000, *op. cit.*, p. 1343 e seg.

¹¹⁵ Ass. Appello Milano, 21.6.2002, Forzatti, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1354 e seg.

permanente è possibile attuare solo il mantenimento in vita mediante nutrizione e idratazione artificiale, per via parenterale o tramite sonda gastrica, con assistenza infermieristica.

Le problematiche che solleva lo SVP sono molteplici e complesse, come dimostrano anche le tragiche vicende oggetto di pronunce giurisprudenziali. Con riferimento alla situazione italiana si segnala il caso di Eluana Englaro, che all'età di vent'anni, nel 1992, è rimasta vittima di un incidente stradale in seguito al quale ha riportato un trauma cranio-encefalico che l'ha portata ad uno stato vegetativo post-traumatico irreversibile. In seguito a prognosi medica di recupero negativa il padre della ragazza, Beppino Englaro, ha presentato, in qualità di tutore, tenuto ad avere la cura dell'interdetta, in base all'art. 357 c.c., un'istanza di autorizzazione al Tribunale di Lecco per chiedere l'interruzione dell'alimentazione artificiale e di tutte le medicine che protraevano la sopravvivenza, a livello meramente fisico, di Eluana. Con decreto dell'1.3.1999 il Tribunale di Lecco ha dichiarato inammissibile l'istanza, rilevando un “profondo contrasto della richiesta con i principi fondamentali dell'ordinamento vigente, rispetto ai quali ogni forma di eutanasia appare non altro che un inaccettabile tentativo di giustificazione della tendenza della comunità...a trascurare i diritti dei suoi membri più deboli” e la necessità di tutelare il diritto alla vita, il primo fra i diritti inviolabili dell'uomo, desumibile dell'art. 2 Cost.; il 14 marzo il sig. Englaro ha presentato ricorso per reclamo *ex art.*

739 c.p.c. alla Corte d'Appello di Milano, sottolineando la situazione contraria alla dignità umana in cui si trovava la figlia e ribadendo la sua facoltà, in qualità di tutore, di rifiutare i trattamenti medici, ritenendo che, in caso contrario, sarebbe stato violato il principio di uguaglianza, *ex art. 3 Cost.* La Corte d'Appello di Milano, con decreto del 31.12.1999, non ha accolto la richiesta, “considerato il dibattito ancora aperto in ambito medico e giuridico in ordine alla qualificazione del trattamento”, non prendendo, pertanto, una posizione netta sulla qualifica delle cure somministrate ad Eluana come trattamenti medici - rifiutabili dal tutore - o mezzi di sostentamento - non sospendibili se non per richiesta del diretto interessato¹¹⁶. In seguito, nel 2002, è stato presentato un nuovo ricorso al Tribunale di Lecco, che l'ha rigettato, ribadendo la tutela che il nostro ordinamento giuridico conferisce alla vita come diritto inviolabile; sarebbe stata “una contraddizione in termini o, comunque, una conseguenza contraria alla logica, prima ancora che al diritto, assegnare al tutore... la potestà di compiere atti che implichino di necessità...la morte del soggetto tutelando”. Inoltre il Tribunale, richiamando la precedente decisione della Corte d'Appello di Milano, ha sottolineato la perdurante incertezza relativa alla qualificazione della nutrizione e idratazione artificiali come trattamenti medici o mezzi di sostentamento in vita¹¹⁷.

¹¹⁶ Corte d'Appello di Milano, 31.12.1999, B. E., in *Foro It.*, 2000, p. 2022 e seg.

¹¹⁷ Trib. Lecco, 15.7.2003, decreto, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2004, p. 85 e seg.

Infine, anche la Corte d'Appello di Milano, adita nuovamente, ha rigettato il reclamo presentato dal padre di Eluana, in quanto ha ritenuto di dover “escludere l'ipotesi della utilizzabilità diretta del principio di autodeterminazione con riferimento al paziente in SVP date le caratteristiche cliniche del medesimo”. La Corte ha auspicato che il legislatore “individui e predisponga gli strumenti adeguati per l'efficace protezione della persona e il rispetto del suo diritto di autodeterminazione, prevedendo una verifica rigorosa da parte dell'Autorità giudiziaria della sussistenza di manifestazioni di direttive anticipate”, al fine di risolvere problemi come quello in esame¹¹⁸.

¹¹⁸ Corte d'Appello di Milano, 17.10.2003, B. E., in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2004, p. 89 e seg.

IV CONCLUSIONI

Da quanto detto nei capitoli precedenti in tema di consenso e di trattamento medico arbitrario, è possibile conclusivamente affermare che:

- Il trattamento chirurgico eseguito in conformità alle regole dell'arte, ma in assenza di consenso del paziente, non integra il paradigma delittuoso di alcuna norma posta a tutela della libertà individuale;
- Pressoché ogni intervento chirurgico integra, invece, sotto il profilo oggettivo, il paradigma delittuoso delle lesioni personali, integrato da qualsiasi condotta che cagioni una malattia: e ciò anche qualora s'intenda la malattia come processo che determina un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo, e anche laddove tale menomazione, apprezzata come tale dal soggetto, sia meramente transitoria ed oggettivamente funzionale ad un complessivo miglioramento della salute del paziente;
- Ogni trattamento chirurgico richiede, pertanto, una specifica giustificazione, fornita normalmente dal consenso informato del paziente, salvo eccezionali ipotesi di urgenza terapeutica in cui l'intervento appaia necessario per evitare un immediato pericolo di vita o di grave danno alla salute del paziente, e salve le ipotesi di trattamento obbligatorio *ex lege*;

- In difetto di idonea giustificazione, le lesioni personali prodotte dal trattamento chirurgico devono essere attribuite a titolo di dolo al chirurgo, salvo che questi abbia erroneamente supposto che il paziente abbia prestato valido consenso, potendo nel qual caso residuare una responsabilità a titolo di colpa ove l'erroneo convincimento sia attribuibile a colpa del medico *ex art. 59, 4° comma, c.p.*;
- Nell'ipotesi in cui al trattamento chirurgico eseguito in assenza di idonea giustificazione consegua la morte del paziente, una responsabilità del chirurgo a titolo di omicidio preterintenzionale dovrà escludersi, in diretta applicazione del principio di colpevolezza di cui all'art. 27, 1° comma, Cost., laddove non sia possibile muovergli alcun addebito a titolo di colpa, per avere egli agito in conformità alle regole dell'arte medica.

Va segnalata, a questo proposito, una recente sentenza del Tribunale di Torino che, seguendo un *iter* interpretativo analogo a quello della famosa sentenza *Massimo*, ha affermato che la mancanza del consenso rende illecito l'intervento chirurgico ed in caso di esito infausto è integrato il delitto di lesioni dolose¹¹⁹. Il Tribunale ha quindi ignorato l'ultimo approdo della Corte in materia, la sentenza *Volterrani* del 2002, che ribaltando il precedente orientamento rigoristico era giunta ad affermare che “la volontà del soggetto

¹¹⁹ Trib. Torino, 3.7.2006, Muti, in *Cass. pen.*, 2007.

interessato, in ambito giuridico e penalistico in particolare, svolge un ruolo decisivo soltanto quando sia eventualmente espressa in forma negativa”.

Il caso posto all'attenzione del Tribunale di Torino riguardava una paziente che nel corso di alcuni anni aveva sviluppato in più occasioni delle cisti benigne al seno, che le erano sempre state asportate con interventi microchirurgici riusciti. La proliferazione delle cisti aveva però indotto il ginecologo a ritenere che vi fosse un aumentato rischio di sviluppare un cancro al seno e che forse, per eliminare in via preventiva questo rischio, era opportuno intervenire chirurgicamente con l'asportazione totale delle ghiandole mammarie. La paziente veniva perciò inviata presso un chirurgo plastico con specializzazione oncologica, il quale senza svolgere ulteriori accertamenti diagnostici e facendo proprio il parere clinico espresso dal ginecologo, aveva anch'egli manifestato la convinzione che, per evitare una possibile neoplasia, una soluzione opportuna fosse quella di praticare la mastectomia sottocutanea totale bilaterale, ovvero l'asportazione chirurgica di tutte le ghiandole mammarie e di parte del tessuto di entrambe le mammelle, con inserimento di protesi.

L'operazione, purtroppo, aveva avuto degli effetti collaterali infausti, tanto da costringere la paziente, che accusò per circa due anni dolorosi e continui fastidi al seno, a rivolgersi ad altro chirurgo al fine di valutare la possibilità di un nuovo intervento.

Le conclusioni dei periti medici sono state nel senso di escludere che la paziente avesse effettivamente un particolare rischio oncologico e che, in ogni caso, l'intervento praticato, da un lato, non godeva dei favori della miglior scienza medica e, dall'altro, non eliminava la possibilità residua di uno sviluppo neoplastico nella rimanente parte di seno non asportata. L'intervento perciò appariva, agli occhi degli esperti, non giustificato da alcuna concreta esigenza terapeutica.

La paziente si è lamentata poi nel processo di non essere stata adeguatamente informata dei rischi d'insuccesso che la delicata operazione comportava, e di essersi determinata a farla solo perché le era stato assicurato dal chirurgo che con l'asportazione delle ghiandole mammarie si sarebbe eliminato del tutto il rischio di sviluppare il cancro al seno.

Vi era stato, quindi, un duplice errore diagnostico: il primo di considerare che la donna fosse un soggetto ad alto rischio di sviluppo del tumore al seno; il secondo di ritenere che l'intervento di mastectomia sottocutanea totale bilaterale fosse consigliabile perché avrebbe eliminato in maniera risolutiva questo rischio.

Ci siamo ampiamente soffermati sulla necessità dell'esistenza di un valido consenso del paziente per escludere l'illiceità penale dell'intervento medico-chirurgico. Le posizioni della dottrina sono molteplici: c'è chi richiama la scriminante dell'art. 50 c.p., con una lettura costituzionalmente

orientata dell'art. 5 c.c.¹²⁰; c'è chi invece fa perno sull'esercizio di un diritto ai sensi dell'art. 51 c.p.¹²¹. La giurisprudenza più recente della suprema Corte, preso atto dei limiti delle scriminanti codificate, ha finito per trovare il fondamento della liceità dell'attività medico-chirurgica nell'intrinseca utilità e vantaggiosità sociale della stessa, parlando di autolegittimazione del trattamento sanitario, sicché esso è in sé lecito ed esente da rimprovero di rilevanza penale, e non necessita di cause di giustificazione che debbano riscattarne l'antigiuridicità, trattandosi di condotte che non integrano alcun fatto tipico: in tale ottica il consenso del paziente assume la veste di presupposto di liceità, o come afferma la giurisprudenza di "pre-requisito"¹²². Ad ogni modo, tutti sono concordi nell'affermare che il medico, prima di intervenire, ha l'obbligo giuridico di acquisire il consenso del paziente, il quale a tal fine deve essere adeguatamente informato.

Corollario di questa affermazione è che la condotta del medico eseguita in assenza del consenso del paziente o con un consenso invalido perché non adeguatamente informato (o proveniente da persona non legittimata a prestarlo), sconfina nel campo del penalmente rilevante, che vuol dire offesa

¹²⁰ DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, 2004, p. 341 e seg.; BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2001, p. 205 e seg.

¹²¹ MANTOVANI, *Esercizio del diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, 1992, p. 644.

¹²² Cass., 9 marzo 2001, Barese, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 517 e seg.; Cass., 11 luglio 2001, Firenzani, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2041 e seg.

del bene giuridico della vita o dell'integrità fisica, oppure lesione del bene della libertà morale.

Tornando alla sentenza del Tribunale piemontese, non è dubitabile che l'ambito di offesa abbia investito entrambi i beni giuridici sottesi, in quanto l'intervento chirurgico non doveva essere praticato e comportò un peggioramento della salute della paziente. È inoltre evidente che un consenso era stato prestato dalla donna, ma si trattava di consenso invalido, perché fondato su un'erronea informazione ricevuta dai sanitari, che l'avevano indotta a ritenere di avere un concreto pericolo di sviluppare un tumore al seno.

Il punto dolente sta, tuttavia, nella qualificazione giuridica della responsabilità del chirurgo. Questi è stato condannato per lesioni dolose, anche se la sentenza appare scarna nel motivare la scelta dell'imputazione.

Al contrario, dalla lettura della motivazione si desume che alla base della condotta dell'imputato vi era stato un evidente comportamento colposo, in forza di grave negligenza, per essersi il chirurgo adagiato sulle considerazioni cliniche fatte dal ginecologo, senza ulteriori accertamenti diagnostici che supportassero quella valutazione d'aumento del rischio tumore, e a causa di grave imperizia, per aver ritenuto che l'intervento di mastectomia fosse consigliabile, al fine di eliminare o ridurre al minimo il suddetto rischio che si considerava pericolosamente aumentato. Sbagliando

il chirurgo la diagnosi e la scelta terapeutica, egli ha male informato la paziente, la quale fu perciò indotta a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato. L'imputato ha agito, pertanto, in difetto di un valido consenso, raccolto sulla base di un proprio errore professionale. La fattispecie così ricostruita porta a ritenere applicabile la disciplina dell'art. 59, 4° comma, c.p., vale a dire la condotta posta in essere in presenza di una scriminante putativa, ritenuta esistente per errore colpevole dell'agente. Il chirurgo riteneva di aver acquisito il valido consenso della paziente, che invece era privo di effetti scriminanti, perché fondato su informazioni sanitarie errate. L'imputato avrebbe dovuto perciò rispondere di lesioni colpose, e non invece di lesioni dolose come statuito dal Tribunale di Torino.

In effetti, un caso per molti versi analogo a questo è stato affrontato dalla suprema Corte, la quale, nella sentenza *Firenzani*, ha ritenuto che risponde del reato di lesioni personali colpose il sanitario che, in assenza di un valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, dell'esistenza del consenso.

Si sarebbe potuto giungere, al contrario, alle conclusioni prese dal giudice piemontese, se si fosse provato (e poi adeguatamente motivato in sentenza) che il chirurgo avesse fornito alla paziente le informazioni errate sulla propria salute con dolo, cioè con la piena consapevolezza che quella diagnosi di

aumento del rischio tumorale non fosse corrispondente a verità, e ciò nonostante avesse comunque consigliato l'ignara paziente di farsi operare. Un caso del genere appare difficilmente ipotizzabile, ma non è certo del tutto inimmaginabile, se si pensa, ad esempio, all'interesse economico che un chirurgo potrebbe avere nel fare operare una paziente facoltosa in una clinica privata.

In ogni caso, a parte questa decisione del giudice di merito, allo stato attuale della giurisprudenza di legittimità il trattamento medico arbitrario risulta privo di rilevanza penale. Sarebbe perciò quanto mai opportuno un nuovo orientamento interpretativo della Cassazione che realizzasse un equilibrato bilanciamento dei valori e degli interessi in gioco, da un lato senza creare aree di ingiustificato privilegio per quanti esercitano la professione medico-chirurgica, dall'altro ponendo dei correttivi alle prassi giurisprudenziali più intransigenti.

Se si aderisce alle conclusioni con cui si è aperto questo discorso, non si può non evidenziare come esse possano comportare il rischio di un uso strumentale della doglianza di difetto di consenso informato da parte di pazienti animati da intenzioni ricattatorie nei confronti del medico, com'è stato peraltro correttamente rilevato¹²³; allo stesso tempo, tuttavia, le suddette

¹²³ VIGANO', *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *RIDPP*, 2004, p. 190.

conclusioni renderebbero possibile un'adeguata tutela della salute del paziente nei confronti di arbitrarie iniziative del sanitario.

Ovviamente, resta la possibilità di immaginare una soluzione legislativa *ad hoc*, mediante l'introduzione di una norma incriminatrice del trattamento medico arbitrario, che preveda un regime sanzionatorio corrispondente all'offensività di una condotta lesiva ad un tempo della salute e della libertà del paziente, in una parola del diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute. Una siffatta innovazione ovvierebbe alla già considerata lacuna di tutela dell'odierno apparato repressivo, e segnatamente dell'art. 610 c.p. In effetti, la predisposizione di un'apposita fattispecie che sanzioni il trattamento sanitario indesiderato dal paziente risponderebbe ad una concezione della libertà del trattamento medico, che non abbraccia la sola libertà di curarsi, ma anche la libertà dal trattamento medico stesso.

Al fine di colpire anche le ipotesi in cui il trattamento avviene in modo clandestino, ovvero all'insaputa del malato, ancorché nel suo interesse, tale norma dovrebbe essere strutturata intorno ai requisiti negativi dell'assenza di un valido consenso e della mancanza di una situazione di urgenza terapeutica: eppure, i problemi maggiori sono dati proprio dall'accertamento di tali requisiti. Sarebbe necessario precisare, infatti, quando il consenso può dirsi validamente prestato, qual è lo *standard* minimo d'informazione che deve essere preventivamente fornita al paziente, quali i requisiti di capacità

che devono essere riscontrati nel paziente perché la sua volontà possa dirsi cogente per il medico, quando il consenso del paziente può essere sostituito da quello del suo legale rappresentante, quali situazioni possono definirsi di urgenza terapeutica.

Per quanto riguarda le proposte di riforma avanzate nel nostro ordinamento, la Commissione Grosso ha mantenuto una posizione negativa in ordine all'introduzione di una nuova scriminante generale dell'esercizio dell'attività terapeutica e degli interventi chirurgici, prevista, invece, dallo schema di legge-delega Pagliaro del 1992. L'art. 16, n. 5, prevede, infatti, come causa di giustificazione tipica "l'attività terapeutica, sempre che: a) vi sia il consenso dell'avente diritto o, in caso di impossibilità a consentire, il suo consenso presumibile e la urgente necessità del trattamento; b) il vantaggio alla salute sia verosimilmente superiore al rischio; c) siano osservate le regole della migliore scienza ed esperienza."¹²⁴.

Degno di nota appare inoltre l'art. 70 del progetto di riforma Pagliaro, il quale prevedeva un autonomo delitto contro la libertà morale dell'individuo, in caso di "attività medica o chirurgica su persona non consenziente", procedibile a querela e non punibile qualora il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona.

¹²⁴ Entrambi i progetti di riforma sono consultabili sul sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it

Venendo alla questione specifica dell'eutanasia, i sostenitori della tesi contraria, in relazione alla richiesta di Welby, avevano paventato una surrettizia legalizzazione della stessa, tramite il riconoscimento di un vero e proprio “diritto a morire”.

Queste preoccupazioni erano in realtà infondate, e lo sono tutt'oggi alla luce della sentenza del Tribunale di Roma che ha prosciolto il dott. Riccio: per comprenderlo, è sufficiente riflettere sulle categorie consolidate nel dibattito internazionale in tema di eutanasia.

Il primo punto da tenere presente è che con l'espressione eutanasia non si indica affatto un fenomeno unitario, bensì una pluralità di situazioni eterogenee, ciascuna meritevole di separata considerazione, e comunque non affrontabile sulla base di principi unitari. Una prima distinzione è quella tra eutanasia attiva e passiva: distinzione che corre lungo la linea di demarcazione tra azione ed omissione, e che si traduce, nella materia in esame, in quella tra “uccidere” e “lasciar morire”. La seconda distinzione, trasversale alla prima, è quella tra eutanasia volontaria (o consensuale) e non volontaria (o non consensuale), secondo che il soggetto passivo abbia, o non abbia, espresso un consenso alla condotta eutanasi. Ora, la quasi totalità degli ordinamenti contemporanei (con le rilevanti eccezioni, in particolare, del Belgio e dell'Olanda) considera penalmente rilevante ogni forma di eutanasia attiva, ricondotta alla fattispecie generale dell'omicidio o al più, ricorrendone gli

specifici presupposti, alle fattispecie privilegiate di omicidio del consenziente o di istigazione/aiuto al suicidio. La somministrazione per via orale di un cocktail letale di farmaci produttiva della morte di un paziente su richiesta di costui continuerebbe verosimilmente ad essere considerata, nella gran parte dei Paesi occidentali, come un caso di illecita eutanasia attiva consensuale, caratterizzato dalla commissione di una condotta attiva. Ed il recente caso *Pretty*, deciso dalla *House of Lords* britannica e poi dalla Corte europea di Strasburgo, ha confermato l'inesistenza, anche a livello sovranazionale, di un vero e proprio diritto a morire, inteso come diritto dell'individuo ad ottenere di essere aiutato da terzi a porre fine alla propria esistenza attraverso una condotta attiva diretta a tale scopo.

Completamente diversa è la soluzione prevalente a livello internazionale per le ipotesi di eutanasia passiva. I casi di eutanasia passiva consensuale, anzitutto, sono le ipotesi in cui si omette di intervenire su un paziente che consapevolmente rifiuta un trattamento medico di sostegno vitale, esercitando quello che pressoché tutti gli ordinamenti riconoscono essere un suo diritto fondamentale. Del tutto ovvia, allora, la conclusione nel senso della liceità di una simile condotta omissiva: conclusione che non discende, però, da un problematico e discutibile riconoscimento di un vero e proprio “diritto a morire” (né da un altrettanto problematico “diritto al suicidio”), ma che è naturale conseguenza dello stesso diritto a rifiutare un qualsiasi trattamento

medico, anche se di sostegno vitale¹²⁵. Come, per l'appunto, nel caso di Piergiorgio Welby, con la conseguenza che, in sostanza, nessuna reazione a catena sarebbe stata innescata da una decisione giudiziale autorizzativa dell'interruzione del trattamento di sostegno respiratorio che teneva in vita Welby. Gli altri casi di aiuto a morire che verosimilmente si presenteranno nel prossimo futuro, invece, dovranno essere ridiscussi, sulla base delle specificità delle situazioni cliniche di volta in volta coinvolte, le quali necessariamente implicheranno il riferimento a principi giuridici diversi e su misura rispetto a tali specificità.

Quanto al caso Welby, la sentenza di assoluzione del Tribunale di Roma è giunta in realtà a conclusioni parzialmente diverse. Anche sulla base di tale decisione, è possibile affermare che:

- In primo luogo, l'incriminazione dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) segna il divieto di principio della cosiddetta eutanasia attiva, anche consensuale: cioè di comportamenti attivi idonei e diretti ad accelerare la morte, ancorché effettuati su richiesta o col consenso dell'interessato;
- Il limite ai poteri-doveri di cura, segnato dalla volontà dell'interessato, apre la strada ad una valutazione di liceità della c.d. eutanasia passiva

¹²⁵ Così CORBELLINI, *Vivere e morire tra etica, economia e diritto*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 1139. “Considero improprio parlare di un diritto di morire; ma credo che sia del tutto appropriato parlare – e si tratta di una cosa alquanto diversa – di un diritto a decidere come morire. Nella letteratura medica il termine eutanasia è, negli ultimi anni, quasi scomparso, mentre c'è un'espressione, molto più articolata, che è *end of life decision making*, cioè “decisioni nella fase terminale della vita”.

consensuale, cioè dell'omissione di un trattamento terapeutico adeguato e necessario per il mantenimento in vita. Il dovere di cura non è indipendente dalla volontà dell'interessato; l'omissione di interventi che non siano doverosi non fonda alcuna responsabilità per omissione, secondo il criterio affermato dall'art. 40 cpv. c.p.;

- Nei casi in cui il rifiuto di una terapia in atto comporta il dovere di farla cessare, è lecito, perchè scriminato *ex art. 51 c.p.*, un intervento che, secondo quanto affermato dal Tribunale di Roma, potrebbe rientrare nella definizione di eutanasia attiva consensuale.

Questa formulazione può risultare sgradevole, essendo l'eutanasia attiva percepita come *vulnus* al precetto "non uccidere". E' forse per questo che molti giuristi hanno cercato di ricondurre il problema dell'interruzione di cure salvavita nel paradigma dell'omissione (e quindi dell'eutanasia passiva), e che i giudici italiani hanno cercato di evitare di decidere, come nel caso Welby.

A ben vedere, tuttavia, l'interruzione di trattamenti rifiutati non sarebbe l'unica eccezione al divieto di eutanasia attiva. E' da tempo ammessa la liceità della terapia del dolore anche in casi in cui possa provocare effetti negativi rispetto alle possibilità o alla durata della sopravvivenza. La legittimità di una cura volta ad alleviare le sofferenze, piuttosto che a prolungare la vita del paziente a qualsiasi costo, può essere fondata sui doveri curativi e terapeutici propri dell'attività sanitaria, ove in tal senso sia la volontà dell'interessato. E ciò

anche in presenza di una positiva previsione di possibili (o probabili) effetti di acceleramento della morte.

Tutti gli sforzi di argomentare sulla volontà, secondo gli schemi della teoria del doppio effetto¹²⁶, non valgono ad oscurare che la valutazione di liceità viene riferita a scelte terapeutiche, di terapia del dolore, che si sanno idonee ad abbreviare, probabilmente, i tempi di vita. I criteri generalmente ritenuti validi per il diritto penale condurrebbero, sul piano oggettivo, ad affermare la causalità, e sul piano soggettivo ad affermare il dolo eventuale, o quanto meno la colpa con previsione. Il riconoscimento, corretto, della liceità di terapie del dolore per i malati terminali che le richiedano, copre anche taluni casi che rientrano teoricamente nel campo dell'eutanasia attiva. E il criterio della liceità sta, ancora una volta, nei doveri di cura relativi a malati gravemente sofferenti.

Il riconoscimento delle eccezioni sta sullo sfondo del riconoscimento del divieto di principio, chiaramente leggibile nel diritto vigente. Si tratta, allora, di individuare correttamente e chiaramente i confini, cioè di ricostruire i doveri giuridici del medico nei diversi casi. Si tratta, anche, di mettere a fuoco il

¹²⁶ In base a tale teoria, in presenza di determinate circostanze, diviene consentita un'azione produttiva di due effetti, di cui quello positivo è previsto e voluto e quello negativo è previsto ma non voluto. Sul punto v. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia*, in *RIDPP*, 1995, p. 705 e seg., secondo cui la teoria del doppio effetto “risulta estranea sia alla teoria scientifica della causalità che a quella penalistica della colpevolezza”. Inoltre “è evidente che la configurabilità del reato di omicidio è subordinata non ad un animus malvagio ma alla semplice coscienza e volontà del fatto; coscienza e volontà che, nella situazione in esame, vengono integrate anche dal dolo eventuale, consistente proprio nell'accettazione del rischio, da parte del medico, che le sostanze analgesiche somministrate al malato siano in grado di abbreviarne la vita”. Sulla base di queste considerazioni, l'autore ritiene che non abbia neppure senso parlare di eutanasia indiretta, “sussistendo solo un trattamento sanitario correttamente ispirato alla prevalenza della qualità della vita che si spegne rispetto ad un suo possibile prolungamento fonte di intollerabili sofferenze”.

problema dell'obiezione di coscienza, che non può non essere riconosciuta al medico, qualora il dovere giuridico gli imponga una condotta attiva da lui seriamente riconosciuta come contraria alla propria coscienza.

Certo, non si possono sottovalutare i rischi connessi ad una eventuale legalizzazione dell'eutanasia attiva consensuale. Innanzitutto, l'indebolimento dell'impegno a fornire un'adeguata assistenza sanitaria ai morenti. E' in effetti difficile immaginare una politica sociale che preveda costi economici onerosi in una duplice direzione: da un lato, l'attuazione di una legge che consenta l'eutanasia con rigorose garanzie procedurali fondate su complessi accertamenti; dall'altro, un necessario rafforzamento delle strutture destinate alla cura della fase terminale della vita.

In secondo luogo, vi è anche l'eventualità che le scelte dei soggetti più deboli possano essere influenzate da pressioni e coercizioni da parte dei familiari o della società, al fine di liberarsi dei costi umani ed economici degli infermi¹²⁷.

Per evitare questi rischi, senza quindi arrivare a legalizzare l'eutanasia attiva, anche consensuale, sarebbe preferibile qualificare in termini di eutanasia passiva i casi (come quello di Welby) di distacco dalla macchina che tiene in vita il paziente, ritenendo lecito il comportamento del medico che si limita a rispettare il diritto del malato di rifiutare le cure. Così ragionando, risulterebbe

¹²⁷ In questo senso EUSEBI, in *Vivere e morire*, op. cit., p. 1150 e seg.; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *RIDPP*, 1997, p. 124 e seg.; CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Reati contro la persona*, Torino, 2006, p. 140 e seg.

anche superfluo il ricorso alla scriminante dell'esercizio del dovere.

Senz'altro opportuno apparirebbe comunque un intervento inteso ad esplicitare la legittimità dell'eutanasia passiva consensuale. Del resto, è questa una prospettiva di riforma che dovrebbe raccogliere ampi consensi, anche in considerazione del fatto che, stante l'odierna tendenza alla medicalizzazione e alla ospedalizzazione della morte, la laconicità della legislazione vigente può essere intesa dal medico come delega di un potere di scelta esercitabile anche contro la volontà del paziente. Ora, tale esigenza di chiarificazione legislativa si potrebbe validamente soddisfare attraverso la creazione di un'apposita disposizione che imponga al medico di interrompere il trattamento terapeutico nel caso di espressa e consapevole richiesta del paziente. Tale norma eliminerebbe possibili e residui dubbi interpretativi, con il vantaggio di assicurare la necessaria effettività al diritto di lasciarsi morire. Un'analoga soluzione, del resto, potrebbe prospettarsi al fine di esplicitare la liceità della terapia del dolore, anche quando determina un accorciamento della vita del paziente. Com'è evidente, però, la delicatezza della materia risiede soprattutto nel difficile bilanciamento tra il dovere di lenire i dolori e l'effetto di accorciamento della vita: un aspetto, questo, che non sembra risolvibile attraverso un astratto parametro di valutazione. Preferibile sembra, pertanto, la configurazione della scriminante in questione attorno ad un requisito, quello per l'appunto della proporzione, come noto, espressamente stabilito in altre scriminanti, che

imponga al giudice di effettuare le necessarie valutazioni di fatto, anche alla luce dei progressi della scienza medica.

Una volta affermata a livello legislativo la doverosità di una siffatta condotta, meno problematica potrebbe risultare ad un tempo la liceità della medesima condotta tenuta da persona diversa dal medico, quale può essere un parente del paziente. Tuttavia, non possono essere ignorati i rischi connessi alla scelta di lasciare l'attuazione del diritto di lasciarsi morire all'arbitrio di terzi che non siano tecnicamente competenti a verificare il consenso del malato. Rimane, in ogni caso, una duplice esigenza: che il soggetto che esegue a richiesta del paziente e ne attua doverosamente la volontà sia comunque un garante, e che il controllo sulla validità e attualità del consenso/dissenso non sia affidata all'ambito familiare¹²⁸.

Quanto all'eutanasia attiva consensuale, anche nella prospettiva di un intervento minimale che muova dall'idea della sua illiceità, non pare possa farsi a meno di una revisione della fattispecie dell'omicidio del consenziente. Come si è visto, infatti, tale norma risulta di difficile applicazione pratica per via del disposto dell'art. 579, comma 3, n. 2, c.p., là dove stabilisce l'invalidità del consenso del soggetto passivo quando è prestato da persona inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica. Ferma restando l'esigenza di una disposizione finalizzata ad assicurare la capacità del soggetto che

¹²⁸ Così DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 915.

acconsente alla propria uccisione, in luogo dell'odierno riferimento all'infermità di mente e alla deficienza psichica, preferibile sembra il riferimento all'assenza, nel soggetto passivo, di disturbi psichici tali da escludere che la volontà manifestata corrisponda al suo intimo volere. A parte ciò, e proprio allo scopo di predisporre una disciplina specifica del fenomeno eutanasi, adeguato rilievo andrebbe riconosciuto alla situazione di chi agisce altresì allo scopo puramente altruistico di evitare al soggetto passivo, malato terminale, un'agonia dolorosa. A tal fine, particolarmente opportuna sembra la creazione di un'autonoma fattispecie incriminatrice, speciale rispetto all'omicidio del consenziente e caratterizzata da un trattamento sanzionatorio meno severo, che contempra i motivi di pietà e descriva con precisione i presupposti fattuali: uso di mezzi indolori, grave stato di prostrazione e sofferenza, irreversibilità del processo letale e prossimità della morte.

Queste condizioni, infine, andrebbero tenute presenti allo scopo di introdurre, per il caso di eutanasi attiva non consensuale, un'apposita circostanza attenuante dell'omicidio doloso. Invero, il fatto che tale ipotesi di eutanasi sia inevitabilmente destinata a rimanere nell'area dell'illiceità penale non significa che la sua disciplina attuale non possa essere opportunamente modificata.

Assai più difficili sono, invece, le ipotesi di eutanasi passiva non consensuale, caratterizzati pure dall'omissione *ab initio*, ovvero

dall'interruzione, di trattamenti di sostegno vitale nei confronti di pazienti che non siano in grado di esprimere un chiaro ed attuale rifiuto dei trattamenti medesimi: ipotesi, queste, tra le quali si iscrive l'altro notissimo caso italiano di Eluana Englaro, la giovane in stato vegetativo permanente il cui padre sta da tempo chiedendo l'autorizzazione giudiziale all'interruzione dei trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale, che ne assicurano tuttora la sopravvivenza. Anche qui, va registrato un consenso internazionale sempre più ampio nel senso della liceità, a date condizioni, dell'interruzione di tali trattamenti; ma è evidente che il problema è decisamente più complesso di quanto non sia per il caso di Piergiorgio Welby, la liceità dell'interruzione del trattamento non potendo in queste situazioni essere pianamente dedotta dalla necessità di rispettare l'esercizio di un diritto fondamentale da parte del paziente stesso.

Ad ogni modo, il caso di Eluana Englaro sembra aver trovato un punto di svolta con una recentissima sentenza della Cassazione che, in accoglimento delle ripetute richieste del padre della ragazza, ha scritto una pagina di storia sui diritti della persona, ponendo in una posizione centrale il “rispetto della persona umana” guidata dal “fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni”¹²⁹. Trattandosi di diritti fondamentali, di rango costituzionale e sovranazionale, rilevata la lacuna legislativa, la Corte ha giudicato “secondo principi”, e ha affrontato in termini

¹²⁹ Cass. Civ., sez. I, 16.10.2007, in www.penalebicocca.it

generali il problema della libertà del soggetto in ordine alle cure e al suo destino di vita, con una pronuncia innovativa e foriera di grandi aperture. La sentenza è strutturata in due parti, la prima dedicata al consenso informato e ai diritti della persona e la seconda ai diritti del malato incapace.

Il contesto civilistico in cui si muove non sembra di ostacolo a trarre conseguenze anche sul versante penale, tenuto conto delle coordinate costituzionali e dei richiami alle due famose sentenze della Cassazione penale in materia (*Firenzani* e *Volterrani*), nell'ambito di una travagliata questione interpretativa circa la qualificazione giuridica dei casi di violazione del consenso informato nell'ambito dei reati contro la persona. La Corte fa riferimento alle ipotesi di "mancanza di consenso informato" e di "dissenso espresso" del paziente, concentrandosi poi sul rifiuto delle cure da parte del soggetto capace e richiamando la sentenza *Volterrani* che ha ritenuto in astratto la configurabilità del reato di violenza privata nel solo caso di dissenso espresso. Peraltro, la sentenza *Volterrani* ha enunciato una tesi restrittiva in materia: "il medico è legittimato a sottoporre il paziente affidato alle sue cure al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso anche in assenza di un esplicito consenso". La tesi, molto gradita alla classe medica stante il notevole contenzioso in materia, appare oggi messa fortemente in crisi dalla nuova sentenza, in forza della piena riaffermazione dei principi costituzionali e sovranazionali di libertà di autodeterminazione e di dignità del paziente, di necessità di preventivo consenso libero ed informato

per ogni intervento, di diritto all'integrità della persona e di diritto a non subire interventi invasivi indesiderati. Ne consegue, sul piano penalistico, l'illiceità di ogni trattamento, anche se salvifico, eseguito in assenza o contro la volontà del paziente, a prescindere dal diverso e più complesso profilo dello stato di necessità. E ne consegue anche, quindi, la non punibilità del medico che si astenga dall'intervenire rispettando il volere del paziente, pure in caso di morte, e viceversa la punibilità dello stesso quando violi il diverso volere del paziente, anche se per salvargli la vita.

Un ultimo rilievo importante circa la non punibilità. La sentenza conclude per la piena liceità del gesto di "staccare la spina", enunciando il seguente principio di diritto: "Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli *standard* scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche,

sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa”.

Nella logica della Corte, l'astensione dall'attività terapeutica e la sua cessazione appaiono quindi equivalenti, assodata la differenza tra il “diritto di morire” e il diritto di “lasciarsi morire”.

Si è visto che per designare ciò che oltrepassa il limite della terapia legittima e doverosa viene usata la formula dell'accanimento terapeutico.

Quanto ai criteri, oggettivi o soggettivi, di individuazione dell'accanimento, vicende come quella di Welby mostrano chiaramente il possibile conflitto fra punti di vista diversi. Obiettivamente, il trattamento cui il paziente era sottoposto, ovvero l'essere attaccato ad una macchina salvavita, era tutt'altro che futile ed indebito accanimento: era una condizione di

sopravvivenza, anche se indubbiamente dolorosa, unica possibile alternativa ad una morte immediata. Ciò però non basta a chiudere il problema: se i poteri e doveri di cura sono condizionati dal consenso informato del paziente, ciò significa che il discrimine fra terapia doverosa ed accanimento dipende anche dalla valutazione soggettiva dell'avente diritto.

Appunto questo è il senso del rilievo decisivo che l'ordinamento giuridico attribuisce al consenso informato: la volontà dell'avente diritto può concorrere a determinare i doveri di cura, orientandone l'esercizio in uno o altro senso, sia pur entro limiti obiettivamente segnati dall'idea di cura.

Se un paziente nelle medesime condizioni di Welby chiede di fare tutto il possibile per il mantenimento in vita, tale sua volontà fonda ovviamente un corrispondente dovere del medico, sulla base del medesimo principio per cui ha rilievo una volontà diversamente orientata. Vi è un ambito, cioè, in cui *voluntas aegroti suprema lex*.

Ciò non significa che al medico tutto sia permesso purché vi sia il consenso del paziente. Non sempre, non incondizionatamente, la *voluntas aegroti* è legge per il medico. Il rispetto della volontà del paziente segna un limite a ciò che il medico può fare, ma non esonera il medico dalla posizione di garanzia ch'egli ricopra: il medico ha in ogni caso la responsabilità delle scelte terapeutiche, è tenuto ad agire secondo le buone regole dell'arte, e ha il

dovere di non cedere a richieste di praticare terapie tecnicamente insostenibili o interventi che non abbiano nemmeno un significato obiettivo di terapia.

In conclusione, il principio del consenso informato addita come dovere essenziale del medico il dovere di fornire adeguata informazione, soprattutto quando si tratti di scelte a rischio elevato. Il paziente deve essere messo in condizioni di valutare benefici e rischi delle possibili alternative; il medico ha il dovere di fornire l'informazione a ciò necessaria, e può essere chiamato a rispondere delle conseguenze di un'informazione difettosa.

Tuttavia, una concezione assolutizzante del ruolo attribuito al consenso può avere effetti collaterali non irrilevanti anche nelle ipotesi ordinarie in cui quest'ultimo costituisca senza dubbio presupposto necessario dell'intervento medico. Il rischio è che l'espressione formalmente corretta del consenso da parte del paziente venga a costituire, per il medico, una mera forma di garanzia in rapporto ad eventuali esiti avversi dell'intervento; con la conseguenza che la completezza dell'informazione potrebbe servire esclusivamente a rendere consapevole il malato, prima ancora che dei possibili benefici, dei rischi connessi all'atto medico, in modo che sia previamente acquisita la prova dell'accettazione dei medesimi.

Al centro dell'interesse finirebbe per collocarsi non tanto il quesito se la strategia medica della quale si discute sia la più adeguata o corretta, in una parola la migliore, date le condizioni del paziente, bensì la circostanza che il

paziente dichiarare di sapere a quali rischi si espone con un certo tipo di intervento. Il fatto che l'accordo si stringa o meno su una buona scelta terapeutica tenderebbe pericolosamente a configurarsi come qualcosa di pregiuridico, rilevante solo dal punto di vista morale. Secondo tale impostazione, potrebbe sfuggire, o non essere scontato, che per il medico sussiste l'obbligo, da espletarsi sia attraverso l'informazione, sia attraverso la proposta terapeutica, di mettere il malato nelle condizioni di affrontare i suoi problemi nel modo migliore possibile.

Si consideri, peraltro, che in un'epoca come quella attuale di forte specializzazione, il problema concreto per il paziente non sembra essere costituito tanto dal rischio che il medico intraprenda una specifica terapia senza il suo consenso, bensì dalla scarsa disponibilità o abitudine, riscontrabile nel mondo sanitario, a discutere con il malato, e tanto più ad informarlo, di altri approcci terapeutici rispetto a quello che il singolo medico voglia perseguire: approcci che non di rado egli conosce poco e sui quali solo il paziente molto acculturato è in grado di assumere un'informazione autonoma.

Se, da un lato, vi è vasta disponibilità ad informare un impaziente disinformato, ai fini dell'espressione del consenso verso la terapia proposta, dall'altro lato il dialogo con un paziente davvero informato rimane problematico. Né può darsi per scontata la disponibilità a creare una visione d'insieme con riguardo ad una certa patologia e alle opportunità terapeutiche

disponibili in chi non sia in grado di acquisirla autonomamente, anche se proprio la creazione di tale visione d'insieme dovrebbe essere il primo obiettivo della valorizzazione del ruolo del consenso nel rapporto medico-paziente. Il rischio è che “il non istruito, o chi non abbia la fortuna di accedere al presidio sanitario giusto nel momento giusto, finisca per vedersi più facilmente preclusi approcci i quali vadano al di là di determinati standard terapeutici, specie con riguardo a fasi avanzate di malattia; e col rischio che proprio una concezione strettamente contrattualistica del consenso nell'ambito dell'attività terapeutica non faccia che perpetuare il tradizionale paternalismo medico”¹³⁰.

Quale che sia, dunque, la strada consentita dal paziente, eventuali rifiuti di date cure non possono essere un alibi al disimpegno; nel rispetto della libertà e dignità del paziente, il medico ha in ogni caso doveri di sostegno, di assistenza, di cura in senso lato, fino a che persista il rapporto terapeutico. In effetti, anche la richiesta di essere lasciati morire potrebbe venire meno laddove si provveda in modo serio, con un corrispondente impiego di risorse economiche ed umane, al sostegno del malato, sia dal punto di vista delle terapie orientate a lenire le sofferenze, sia dal punto di vista dell'accompagnamento psicologico.

¹³⁰ EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in *La tutela penale della persona*, a cura di Fioravanti, Milano, 2001, p. 126.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006
- AA.VV., *Vivere e morire tra etica, economia e diritto*, in *Questione giustizia*, 2006
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2002
- BARBISAN, *Sacralità della vita e bilanciamenti nella giurisprudenza inglese ed in quella della Corte europea di Strasburgo*, in *Foro It.*, 2003
- BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2001
- CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Reati contro la persona*, Torino, 2006
- CANESTRARI, CIMBALO, PAPPALARDO, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003
- CASSANO, CATULLO, *Eutanasia, giudici e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2003
- CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955
- D'ANACK, *Eutanasia*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007
- DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004
- DASSANO, *Per il medico il dovere di rispettare il no alle cure*, in www.lucacoscioni.it
- DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007
- EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in *La tutela penale della persona*, a cura di Fioravanti, Milano, 2001

- EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006
- EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Archivio penale*, 1985
- EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995
- FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro it.*, 1983
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2006
- FIORAVANTI, *La tutela penale della persona*, Milano, 2001
- FRANCOLINI, *Eutanasia e tutela penale della persona: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. Pen.*, 2005
- FUSARO, *Il consenso dell'avente diritto e le posizioni di garanzia dall'intervento chirurgico all'eutanasia*, in www.penalebicocca.it
- GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *RIDPP*, 1997
- GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *RIDPP*, 2001
- GRISPIGNI, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *RIDPP*, 1914
- GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Scuola positiva*, 1914
- IADECOLA, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. Pen.*, 2003
- IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993
- IADECOLA, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Giust. Pen.*, 1991

- IADECOLA, *La responsabilità penale del medico in posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue "salvavita" rifiutata dal malato)*, in *Cass. Pen.*, 1998
- IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del "caso Welby"*, in *Giur. mer.*, 2007
- IADECOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in *Cass. Pen.*, 2002
- IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. Pen.*, 2002
- LOZZI, *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*, in *RIDPP*, 2003
- MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001
- MANNA, *Reati contro la persona*, Torino, 2007
- MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992
- MANNA, *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Indice Penale*, 2004
- MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *RIDPP*, 1988
- MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006
- MANTOVANI, *Delitti contro la persona*, Padova, 1995
- MANTOVANI, *Esercizio del diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, 1992
- MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1991
- MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974
- MARINUCCI - DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006
- MARRA, *Responsabilità del chirurgo per intervento con diagnosi errata*, in *Cass. Pen.*, 2007

- MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. Pen.*, 2003
- MARZANO, *Assenza del consenso del paziente: rilevanza del mancato consenso o solo dell'esplicito dissenso?*, in *Cass. Pen.*, 2007
- MASSA, *Il consenso informato: luci ed ombre*, in *Questione giustizia*, 1997
- MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. Pen.*, 1993
- NANIA – RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2001
- PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005
- PORZIO, *Eutanasia*, in *Enc. Dir.*, XVI, 1992
- PULITANO', *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in www.penalebicocca.it
- RIZ, *Medico. Responsabilità penale del medico*, in *Enc. Giur.*, XIX, 1990
- SANTOSUOSSO, *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 2007
- SANTOSUOSSO – TURRI, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006
- SAPIENZA, *La convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. dir. intern.*, 1998
- SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007
- SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia*, in *RIDPP*, 1995
- SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2004
- STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1984
- STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. Pen.*, 2000

- STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992
- VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003
- VIGANO', *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007
- VIGANO', *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *RIDPP*, 2004
- VIGANO', *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002
- ZATTI, *Il diritto a scegliersi la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000