

n. 19065/08 Reg. notizie di reato
n. 14446/12 RG GIP



TRIBUNALE DI TORINO
SEZIONE DEI GIUDICI PER LE INDAGINI PRELIMINARI

ORDINANZA DI ARCHIVIAZIONE
(ARTT. 409, 410 comma 2 C.P.P.)

Il giudice, dott. Luisa Ferracane;

vista la richiesta di archiviazione presentata dal P.M., dott. A. Padalino, in relazione al procedimento a margine indicato a carico di C C e E G, in atti compiutamente generalizzati, in relazione ai reati di cui agli artt. 590, 610 e 613 c.p., commessi in Torino tra il 21 novembre ed il 5 dicembre 2006, in danno di E D ;

visto l'atto di opposizione depositato ex art.410 c.p.p. dalla persona offesa; sentiti, all'udienza camerale del 13 novembre 2012, il difensore dell'opponente, Avv. Francesco DASSANO del foro di Torino, e delle parti opposte, Avv. Fulvio GIANARIA e Avv. Simone VALLESE del foro di Torino;

OSSERVA

Il fatto

Il 21 novembre 2006 D B rimase vittima di un infortunio sul lavoro consistente nello schiacciamento della mano destra. Elitrasportato con urgenza presso l'Ospedale Maria Vittoria di Torino, ove vi è un reparto di chirurgia ricostruttiva della mano, vi giunse con diagnosi di "grave fracasso della mano destra con avulsioni multiple, fratture multiple e devascularizzazione con sguantamento completo ed esposizione di radio, ulna e carpo" (v. pag. 22 cartella clinica in atti).

Sin dall'ingresso in Pronto Soccorso, il Bl cosciente, lucido ed orientato (v. cartella clinica e relazione di consulenza tecnica del P.M., a firma della Dott.ssa Manzini e del Dott. Busca, in atti), dichiarò di essere Testimone di Geova ed espresse dunque categorico dissenso alla trasfusione di sangue ed emoderivati (v. pag. 22, ore 15,42., e pag. 32 della cartella clinica in atti). Detta volontà fu ribadita dal Bl durante tutta la sua degenza, complessivamente per circa venti volte, anche con dichiarazioni riportate e sottoscritte in cartella clinica, anche successivamente all'intervento effettuato gli il 22 novembre 2006, consistito in un tentativo di reimpianto dell'indice sul carpo (con stabilizzazione del I e del II metacarpo e rimodellamento cutaneo con prelievo cutaneo dalla coscia) e sino alla data 30 novembre 2006, allorché, durante il decorso post operatorio (per cause che sono state giudicate dai CC.TT del P.M. estranee alla condotta dei sanitari - valutazioni che questo giudice condivide, ritenendole convincenti ed in ordine alle quali, peraltro, la difesa dell'opponente nulla osserva), a seguito del progressivo aggravarsi delle sue condizioni, in particolare a causa di una grave anemizzazione, egli fu trasfuso.

Giova sin d'ora evidenziare come non possa esservi alcun dubbio in ordine alla pienezza e validità di ciascuno dei manifestati dissensi del B a ricevere emotrasfusioni; invero, gli stessi sanitari, nel riportare in cartella clinica l'ennesimo rifiuto del

B in data 29 novembre 2009 (dunque appena un giorno prima dell'intervento) alle ore 21,15, scrivono : "... il pz, al momento, nel pieno delle sue facoltà mentali, continua a rifiutare"; analoga annotazione si rinviene ancora in data 30 novembre 2009, per altre due volte (v. cartella clinica in atti).

Le trasfusioni avvennero mentre il B era sedato. Sul punto, il B riferisce in querela che la necessità di una sedazione gli fu rappresentata (da tale dott. F - persona peraltro non iscritta nel registro degli indagati), in quanto finalizzata ad una TAC (il medesimo dott. F gli disse anche che quel giorno la medicazione sarebbe avvenuta, non in stanza, ma, in sala operatoria, luogo vicino alla sala ove sarebbe stata effettuata la TAC).

Dalla scheda rapporto/ valutazione piano di cure si evince che il centro trasfusionale fu allertato, per eventuali richieste di trasfusioni, una prima volta il giorno precedente, ossia il 29 novembre 2006 ed in pari data (ma, verosimilmente si tratta di un mero errore, essendo pacifico che la trasfusione avvenne il 30.11.2006) si legge la successiva annotazione : *"In S.O. trasfuse, previa sedazione 3 sacche di GRC+ 2 sacche di plasma.... Eseguita TAC addominale + toracica..."*.

Nella cartella clinica si legge: *"30.11.2006 h. 12,30 si seda il pz..... viene effettuata medicazione delle ferite ed emotrasfusione"*.

Emerge inoltre dagli atti che sempre il 30.11.2006, alla stessa ora (h. 12:33 è riportato dal fax), la dott.ssa C C ricevette una risposta alla richiesta di parere inoltrata alla locale Procura della Repubblica; tale risposta, a firma della D.ssa Donatella Masia - Sost., comunicava che *"a fronte del pericolo grave ed imminente per la vita segnalato... può fondatamente ritenersi sussistente lo stato di necessità che nel nostro ordinamento giuridico consente di effettuare le cure necessarie a salvaguardare la vita sia pure in presenza di opposizione da parte dell'interessato (che non è titolare del diritto di libera disposizione del proprio corpo se questa determina atti contrastanti con la salute, integrità e vita dello stesso."*

Le condizioni cliniche generali del B migliorarono progressivamente dopo le trasfusioni (gli fu tuttavia, infine, amputata la mano - presso altra struttura sanitaria ove si recò dopo essere stato dimesso, su sua richiesta, dall'Ospedale Maria Vittoria - perché il tentativo di reimpianto fallì).

Le fasi del procedimento

Un anno e mezzo dopo - precisamente in data 6 agosto 2008, D B presentò querela in relazione ai reati di cui agli artt. 590 c.p., 610 e 613 c.p.; in tale atto egli esponeva che alcune persone aventi maggiori conoscenze delle sue lo avevano esortato ad approfondire l'aspetto della correttezza degli interventi e delle terapie praticate e che dunque si era rivolto al Dott. SARTESCHI Lelio Mario ed al prof. BAIMA BOLLONE i quali avevano redatto le consulenze tecniche di parte che allegò alla querela.

A seguito del deposito della querela, il P.M., previa iscrizione di C C e B G nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., dispose il sequestro e comunque l'acquisizione di tutta la documentazione medica in atti e conferì incarico di consulenza tecnica all'esito della quale, ma solo in data 18 luglio 2012, depositava motivata richiesta di archiviazione nella quale in sostanza, premessa l'insussistenza (per le ragioni indicate dai CC.TT.) e comunque l'improcedibilità (per intempestività della querela) del reato di lesioni, osservava la sussistenza nel caso di specie della scriminante dello stato di necessità (già richiamata nel parere inviato dalla stessa Procura all'indagata C il 30.11.2006) e/o, comunque, l'insussistenza del dolo richiesto dalle fattispecie per cui si procede; osservava inoltre il P.m., con particolare riferimento alla fattispecie di cui all'art. 613 c.p. e richiamando le osservazioni formulate dai suoi CC.TT. che : *"l'ipotesi che*

il B1 venne sedato come "pretesto" per poterlo trasfondere ... è meno plausibile rispetto a quella della necessità di effettuare la medicazione ad un paziente poco orientato e scarsamente collaborante

Avverso la richiesta di archiviazione del p.m., la persona offesa D B ha presentato atto di opposizione che, per il numero e la complessità delle argomentazioni svolte, qui ci si limita a richiamare, pur ricordando come l'opponente abbia chiesto la prosecuzione delle indagini (indicandone l'oggetto ed i relativi elementi di prova), incidentalmente sollecitando il giudice (nel caso lo si ritenesse pregiudiziale e dunque necessario ai fini dell'emissione del provvedimento richiesto) a sollevare questione di legittimità costituzione degli artt. 54 c.p. e 5 c.c. nella parte in cui non escludono dall'ambito della scriminante l'ipotesi del dissenso espresso dal paziente al trattamento medico-chirurgico (per ritenuto contrasto con gli artt. 32, 13, 2, 19, nonché 10 Cost., in rapporto all'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e 11 Cost. in rapporto all'art. 3 della Carta di Nizza); in relazione alla questione di legittimità costituzionale, è stata poi depositata memoria integrativa.

All'esito dell'udienza del 13 novembre 2012 (rinviata la prima udienza del 24 ottobre 2012 su richiesta della difesa degli indagati - motivata dalla necessità di esaminare più approfonditamente la corposa memoria depositata dalla difesa del B -), le parti presenti, dopo articolata discussione, hanno concluso come indicato a verbale.

Alcune premesse

Innanzitutto, il campo deve essere sgombrato dalla questione relativa alla sussistenza del reato di lesioni. Sul punto, anche richiamandosi le convincenti e dunque condivise osservazioni formulate dai consulenti tecnici del p.m. (peraltro non contestate - se non in termini assolutamente generici - dalla difesa dell'opponente) basti rilevare come :

il decorso post operatorio del B1, in particolare la progressiva anemizzazione che condusse alla trasfusione, non possa essere imputata a condotte colpose dei medici e chirurghi che intervennero; - certamente ebbe un esito fausto la trasfusione in relazione al concreto ed imminente pericolo di vita del B1 (che effettivamente sussisteva); - non possano, infine, essere individuate condotte colpose degli indagati in relazione alla definitiva amputazione della mano subita dal B1 che è da imputarsi prevalentemente, come ben evidenziato dai Consulenti del P.M., alla decisione dello stesso B1 di non essere (tempestivamente) trasfuso. Peraltro, all'evidenza, tale reato non sarebbe comunque procedibile stante l' intempestività della querela ben argomentata e motivata dal p.m. nella sua richiesta di archiviazione (che, pertanto, sul punto si richiama).

Ciò premesso, la questione - all'evidenza di notevole spessore, poiché coinvolgente una varietà di profili (innanzitutto quello costituzionale) su cui occorre soffermarsi e che richiede un'opera di concatenazione di tutte le problematiche coinvolte, riguarda, innanzitutto, il quesito relativo al fatto che abbia o meno rilevanza penale, sotto il profilo delle fattispecie di violenza privata e di quella di cui all'art. 613 c.p., la condotta del medico che sottoponga il paziente, innanzi ad un espresso e (come visto) valido dissenso dello stesso, a trattamenti sanitari (nella specie, consistiti nelle ripetute trasfusioni di sangue effettuate contro la volontà del B1 eseguiti nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* e conclusisi con esito fausto. Ci si dovrà poi chiedere se tali reati (laddove ritenuti sussistenti) possano essere scriminati dallo stato di necessità dovuto all'imminente e grave pericolo di vita del paziente non collaborante, per poi (infine) esaminare le circostanze del caso concreto al fine di valutare la loro sussumibilità entro una specifica disposizione di legge e la colpevolezza degli indagati.

Si tratta di problematiche antiche, mai univocamente risolte, anche perché coinvolgenti una gamma di questioni ad esse intimamente correlate, quali il fondamento giuridico e di

legittimazione della attività medico-chirurgica ed il valore che, nel sistema, occorre riconoscere al consenso del paziente, alla luce dei principi che, fra le altre, le fonti di rango costituzionale, legislativo e deontologico dettano al riguardo, prendendo in considerazione il bene della salute come diritto della persona.

Sul punto, le disposizioni dettate dal codice penale del 1930, precostituzionale e contrassegnato com'è dalla peculiare visione derivante dall'assetto politico-istituzionale dell'epoca, si rivelano sì insufficienti a coprire il fenomeno in tutta la sua complessità e dunque inadeguate rispetto all'esigenza di fornire una risposta alle esigenze di tutela del singolo individuo, paziente che, benché in ciò confortato dal chiaro disposto costituzionale, si trovi "costretto" a subire o comunque a tollerare un trattamento sanitario rispetto al quale aveva espresso un libero e valido rifiuto, ma - ed in questo senso si anticipano parte delle conclusioni cui è pervenuta la scrivente - tali lacune non possono essere colmate dal sollecitato intervento della Corte Costituzionale, che sarebbe ad un tempo superfluo rispetto al richiamato art. 54 c.p., stante la lettura - costituzionalmente orientata - che se ne darà, e comunque non rilevante nella fattispecie di cui ci si occupa (per quanto si dirà più approfonditamente in ordine alla impossibilità di ravvisare, in questo come in altri casi analoghi, il delitto di cui all'art. 610 c.p. per come attualmente concepito), ma da auspicabili interventi di un legislatore che prenda atto dei dettami costituzionali in materia, e che dunque regoli, nel modo che riterrà ma finalmente con chiarezza, quali conseguenze debbano avere le condotte sanitarie cd. arbitrarie (peraltro deve sottolinearsi che il presidio penale, nella platea dei possibili rimedi astrattamente ipotizzabili, non è che la *extrema ratio* e potrebbero invece profilarsi meccanismi sanzionatori alternativi operanti, ad esempio, sul terreno civilistico-risarcitorio o anche amministrativo-disciplinare).

Il ruolo della Costituzione in materia, l'invocata scriminante dello stato di necessità - sua irrilevanza (irrilevanza del divieto degli atti di disposizione del proprio corpo sancito dall'art. 5 c.c.)

Per quanto problematica possa essere la decisione finale della complessa vicenda in esame, su di una cosa non vi può più essere alcun dubbio: da un punto costituzionale il diritto alla vita non attiene ad un valore statico, alla vita come il contrario della morte, ma ad un valore dinamico: la vita che ciascuno, liberamente, sceglie di vivere o di non vivere; dunque, come lucidamente e limpidamente affermato da recente giurisprudenza di merito (Corte d'Appello di Milano, Sez. I Civile, n. 2359 del 19 agosto 2011), "*non esiste nel nostro ordinamento giuridico nessun bene vita, inteso come un'entità esterna all'uomo che possa imporsi... anche contro ed a dispetto della volontà dell'uomo, ma esiste invece il bene di vivere da uomo libero, con la propria identità...*"; coerentemente, sul fronte opposto dell'analisi che ci riguarda, non si rinviene traccia costituzionale (e non potrebbe essere diversamente) che imponga un obbligo di curarsi o che assegni un diritto del medico a curare chi tali cure rifiuti, poiché non può immaginarsi un "bene vita" come entità esterna all'individuo e che all'individuo possa essere imposto contro la sua volontà (cfr. comb. disp. artt. 2, 13 e 32 Cost.).

Dunque, la norma - immediatamente precettiva - di cui all'art. 32 Cost., che sancisce innanzitutto il diritto fondamentale alla salute, costituisce sì, per ciò stesso, anche fonte di legittimazione dell'attività medica e dei trattamenti sanitari, ma, tenuto conto della dinamicità che deve attribuirsi al valore della vita (nei termini sopra indicati), sancisce altresì il diritto di libertà assoluto del paziente di rifiutare le cure e, dunque, i limiti dell'attività medica stessa; con la conseguenza che laddove il singolo-individuo-paziente rifiuti il trattamento sanitario viene meno, al contempo, sia il titolo giuridico di legittimazione dell'attività medica, che, da un punto di vista penalistico, la posizione di garanzia e l'obbligo di agire che ne discende ex art. 40 c.p. in capo al medico.

Ma si dirà di più; il sanitario che si trovi innanzi ad un esplicito e libero (dunque valido) dissenso, non solo non “deve” procedere nei trattamenti e nelle cure rifiutate (essendo con tale rifiuto venuto meno l’obbligo impostogli dalla legge) ma, neanche, “può” farlo invocando la “facoltà” che si assuma possa essergli concessa da uno stato di necessità ex art. 54 c.p.. Se ciò fosse vero, si farebbe prevalere sul dettato costituzionale - fonte sovraordinata - una norma ordinaria, quale quella in esame, quindi di rango inferiore.

La verità è che in casi del genere e dunque in quello di cui si tratta, la disposizione che regola lo stato di necessità (che, laddove operante, scriminerebbe, giustificandole, le eventuali condotte costituenti reato) non può in radice essere invocata, non essendo, all’evidenza, riferibile a tutte quelle ipotesi nelle quali il pericolo è conosciuto ed accettato da chi lo subisce (nel senso che costui si rifiuta di essere sottoposto al trattamento medico o chirurgico ritenuto salvifico).

La scriminante di cui all’art. 54 c.p., insomma, è del tutto inconferente in casi del genere caratterizzati da un espresso, chiaro, libero e valido dissenso, poiché è un istituto giuridico non pensato per risolvere tali ipotesi e che prescinde totalmente dal profilo del consenso di chi del soccorso di necessità dovrebbe giovare (nel nostro caso, il paziente). Nel nostro ordinamento, dunque, una volta richiamati gli esposti principi costituzionali - enunciati nel comb. disp. di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost., come appena interpretati - non trova dimora una causa di esclusione dell’antigiuridicità che si fondi sulla pretesa necessità di salvare chi si opponga (con i requisiti più volte indicati) al trattamento salvifico (mentre, la medesima norma può essere applicata allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare il proprio consenso o dissenso, in tal caso sussistendo le condizioni dello stato di necessità di cui all’art. 54 cod. pen.)

Questo è il motivo per cui, una lettura costituzionalmente orientata del citato art. 54 c.p. (nei limiti peraltro in cui ciò rilevi nel caso di specie, come si vedrà oltre) non solo è possibile ma è addirittura imposta dalle conclusioni a cui conduce.

Analogo discorso deve essere fatto in relazione al disposto di cui all’art. 5 c.c. che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica (o siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume).

L’analisi di tale disposizione è necessaria poiché, come anticipato nel primo paragrafo della presente trattazione (quello relativo al fatto), proprio al disposto di tale norma si riferiva il parere all’epoca trasmesso dalla locale Procura della Repubblica agli indagati; il p.m., invero, rinveniva il fondamento dell’operatività della esimente dello stato di necessità proprio nel divieto previsto dall’art. 5 c.c. di compiere atti di disposizione del proprio corpo.

Ebbene, è tuttavia noto come tale norma, precostituzionale, sia nata per colmare la lacuna (o considerata tale) nell’ordinamento concemente gli atti di disposizione relativi alla propria integrità fisica e posti in essere a vantaggio di terzi soggetti; il caso da cui il legislatore prese spunto aveva ad oggetto una cessione a titolo oneroso. La volontà di utilizzare la norma quale fonte fondamentale in tema di disponibilità del diritto alla integrità fisica deve dunque fare i conti con la palese inadeguatezza dei suoi contenuti rispetto ai valori di libertà che emergono dalla Costituzione. La dottrina ha variamente e costantemente rilevato, pertanto, come attualmente il punto di partenza non possa che essere l’estremo opposto rispetto a quanto emerge dall’art. 5 c.c.: la libera disponibilità del proprio corpo; l’unica via di sopravvivenza della disposizione pare dunque inevitabilmente legata ad un netto ridimensionamento della sua portata che torni ad abbracciare solo gli atti negoziali ad effetti obbligatori. In questo senso è corretto affermare che “la logica del divieto risiede nell’esigenza di impedire che il corpo umano possa formare oggetto di diritti altrui” (così, B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001).

Una logica di questo tipo, peraltro, risponde perfettamente alla tendenza che, di recente, si è andata affermando sia in campo europeo che internazionale, grazie a scelte normative univoche ed omogenee che si sono espresse in questo senso.

L'analisi della giurisprudenza di legittimità, in particolare la Sentenza della Cassazione Penale, a Sezioni Unite, n. 2437 del 18 dicembre 2008 – in particolare l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 610 c.p. – riflessi sulla valutazione della sussistenza di tale reato nel caso di specie

Parte dei principi appena espressi, l'aggancio con le relative fonti, costituzionali e legislative, la nota e notevole evoluzione giurisprudenziale in materia, nonché, per quel che rileva in particolare in questa sede, la disamina delle conseguenze di rilievo penale che da una condotta medica cd. arbitraria discendono o possono discendere ed in quali termini e limiti, quindi, se tali condotte possano essere sussunte entro le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 610 e/o 613 c.p. per cui si procede, sono argomenti ben esaminati nella nota e recente sentenza della Cassazione Penale, a Sezione Unite, n. 2437 del 18 dicembre 2008, che da ultimo si è occupata di tali questioni e che pertanto, per comodità e chiarezza espositiva, si ritiene utile riportare per estratti, condividendosene integralmente le motivazioni :

*“...La questione da esaminare riguarda il quesito se abbia o meno rilevanza penale, sotto il profilo delle fattispecie di.. violenza privata, la condotta del medico che sottoponga il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* e conclusosi con esito fausto...”*

...

3. – La prima sentenza che si è soffermata ex professo sul tema del trattamento medico-chirurgico e del consenso informato del paziente, è stata la nota sentenza Massimo (Cass., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, Massimo), oggetto di diffusi rilievi, prevalentemente critici, svolti da larga parte della dottrina. nella sentenza della Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, P.G. in proc. Volterrani, nella quale si afferma il principio secondo il quale in tema di attività medico-chirurgica (in mancanza di attuazione della delega di cui all'art. 3 della legge 28 marzo 2001, n. 145, con la quale è stata ratificata la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina), deve ritenersi che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorchè l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte. In tale ultima ipotesi – ha puntualizzato la sentenza – qualora il medico effettui ugualmente il trattamento rifiutato, potrà profilarsi a suo carico il reato di violenza privata ma non – nel caso in cui il trattamento comporti lesioni chirurgiche ed il paziente muoia – il diverso e più grave reato di omicidio preterintenzionale, non potendosi ritenere che le lesioni chirurgiche, strumentali all'intervento terapeutico, possano rientrare nella previsione di cui all'art. 582 cod. pen. Infatti, l'attività strumentale posta in essere dal chirurgo – quale l'incisione della cute – è priva di una propria autonomia funzionale, rappresentando null'altro che "un passaggio obbligato verso il raggiungimento dell'obiettivo principale dell'intervento, quello di liberare il paziente dal male che lo affligge".

.....La giurisprudenza più recente sembra abbandonare le posizioni più estreme – fra quelle sin qui passate in rassegna – per collocarsi in linea con i principi codificati nelle

massime, per così dire, intermedie. Così, nella sentenza della Sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, Caneschi, si ribadisce il principio secondo cui "l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento"; derivandone da ciò che la mancanza o la invalidità del consenso "determinano la arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e, quindi, 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". □ Più articolato, anche se non perviene ad approdi sostanzialmente innovativi, si presenta il percorso motivazionale che caratterizza la sentenza della Sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, p.c. in proc. Huscer,

.... Dunque, il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, è vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato. Il medico, infatti, di regola e al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado per le sue condizioni di prestare il proprio consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. In questa prospettiva, il consenso, per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere informato, cioè espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e la puntualizzazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto la facoltà, non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche quella terminale. Tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione (per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico-malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte, che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve sempre essere rispettata dal sanitario.

.....

Dopo una analitica ricapitolazione del contrasto giurisprudenziale sul tema, il supremo Collegio si sofferma sulla tradizionale questione del fondamento della liceità del trattamento medico-chirurgico, ravvisandolo, come ritenuto da questo giudice in premessa, nello stesso art. 32 Cost..

La sentenza, quindi, dedica una approfondita analisi alla cd. libertà di curarsi discendente dall'art. 32, co. II, Cost. ed al conseguente principio, nei termini sopra esposti, del consenso informato del paziente:

“

5. – Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall'art. 32, secondo comma, Cost. e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefettibile che "giustifica" il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole – salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere – della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinvia base precettiva, e, per

così dire, "costitutiva", negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale. Sul punto, basterà richiamare una recentissima pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008), nella quale la tematica del consenso informato è stata scandagliata ex professo, offrendosi dell'istituto del consenso al trattamento medico un quadro definitorio dettagliato e del tutto sintonico con gli approdi cui era già pervenuta, come si è fatto cenno, la giurisprudenza di questa Corte. Il Giudice delle leggi ha infatti avuto modo di puntualizzare che il "consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"". D'altra parte, ha osservato la Corte, anche numerose fonti internazionali prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti sanitari. Così, "l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, premesso che gli Stati aderenti "riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione", dispone che "tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore"". A sua volta, ha rammentato ancora la Corte, "l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che "un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato"; □ l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che "ogni individuo ha il diritto alla propria integrità fisica e psichica" e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, "il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge"". "La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico – ha ancora precisato la Corte – si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge". La circostanza, dunque, che il consenso informato trovi il suo fondamento direttamente nella Costituzione, e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32 della Carta, pone in risalto – secondo il Giudice delle leggi – la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: "quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione. Discende da ciò – ha concluso la Corte – che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale". □

6. – I principi enunciati dalla Corte costituzionale, scolpiti, alla luce della pluralità di fonti che concorrono a rafforzarne gli enunciati, rappresentano, dunque, la ineludibile base precettiva sulla quale poter configurare la legittimità del trattamento sanitario in genere e della attività medico-chirurgica in specie: con l'ovvia conseguenza che, ove manchi o sia viziato il consenso "informato" del paziente, e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità, il trattamento sanitario risulterebbe eo ipso invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare. Ed è proprio in quest'ultima prospettiva che assume uno specifico risalto la normativa – non poco evolutasi nel corso del tempo – elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica; giacchè da essa, per un verso, si chiarisce la portata del "circuitto informativo" che deve collegare fra loro medico e paziente, in vista di un risultato che – riguardando diritti fondamentali – non può non essere condiviso; e, dall'altro lato, è destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono il "prescrizionale" per il medico, e la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale. A seguito, infatti, della Convenzione di Oviedo, anche il codice deontologico, approvato dal Consiglio Nazionale della Federazione Italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri il 3 ottobre 1998, ha proceduto ad una revisione del concetto di consenso informato, elaborando una definizione dello stesso più in linea con i parametri interpretativi suggeriti dalla stessa Convenzione. L'art. 30 del nuovo codice, infatti, ha previsto che il medico debba fornire al paziente "la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate". Dietro esplicita richiesta del paziente, inoltre, il medico dovrà fornire tutte le ulteriori informazioni che gli siano richieste. L'art. 32 ha a sua volta stabilito che il medico non debba intraprendere alcuna attività diagnostica o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente; con l'ulteriore necessità della forma scritta per la manifestazione di tale consenso nell'ipotesi in cui la prestazione da eseguire comporti possibili rischi per l'integrità fisica del soggetto. L'art. 34 ha infine stabilito che il "medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona". Da simili principi, profondamente innovativi rispetto a quelli enunciati nel precedente codice del 1995, si è tratto, quindi, il convincimento che fosse ormai superata la configurazione della attività del medico come promanante da soggetto detentore di una "potestà" di curare, dovendosi invece inquadrare il rapporto medico-paziente (al di fuori di qualsiasi visione paternalistica) nel contesto di quella che è stata definita come una sorta di "alleanza terapeutica"; in sintonia, d'altra parte con una più moderna concezione della salute, che trascende dalla sfera della mera dimensione fisica dell'individuo per ricomprendere anche la sua sfera psichica.

Simili risultati sono stati poi ribaditi anche nel successivo codice deontologico, approvato dalla medesima Federazione il 16 dicembre 2006, ed il cui art. 35 conferma, appunto, che il "medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente", aggiungendo – quale ulteriore conferma del principio della rilevanza della volontà del paziente come limite ultimo dell'esercizio della attività medica – che "in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona".

...".

Venendo al punto della rilevanza penale della condotta in esame, le Sezioni Unite osservano come da tale principio (di autodeterminazione ex art. 32 co. II Cost.) non discenda però automaticamente anche la conseguenza della responsabilità penale del medico che sia intervenuto in mancanza di un valido consenso del paziente. Una tale conseguenza presupporrebbe, infatti, come risolto in senso affermativo il quesito circa la riconducibilità del trattamento chirurgico eseguito *lege artis* ma senza il consenso del paziente allo schema normativo delle vigenti incriminazioni in tema di violenza privata (e di lesioni personali, ma l'aspetto verrà tralasciato in questa sede in quanto, come visto, non pertinente). La Corte aveva invero già ricordato come debbano evitarsi "torsioni ermeneutiche" spinte fino "ai limiti estremi della compatibilità con il principio di tassatività che deve presiedere alla costruzione ed alla configurazione delle fattispecie penali", pur se motivate dalla comprensibile intenzione di non lasciare senza effettiva tutela condotte considerate "dannose" da chi è stato sottoposto al trattamento sanitario (e non necessariamente in ragione dell'esito infausto dello stesso).

In particolare:

"...l'ipotesi controversa, sulla quale occorre soffermarsi, riguarda invece il caso in cui, anche se "in assenza" di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, il risultato dello stesso abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente. E ciò perché, non necessariamente il mancato rispetto delle regole di deontologia medica e degli stessi principi affermati in tema di consenso informato dalla Corte costituzionale e dalla stessa giurisprudenza di legittimità determinano la automatica applicabilità delle fattispecie penali che, "tradizionalmente", sono state evocate a tale riguardo. Occorre, infatti, verificare se quelle fattispecie, pur nell'ambito – e nei limiti – di un percorso ermeneutico che adegui la peculiarità del caso alla struttura delle norme (certo "pensate" per altri fini), siano o meno suscettibili di "attrarre" nella propria sfera precettiva il "fatto" di cui qui si tratta, senza debordare dai confini entro i quali è consentita l'interpretazione nel campo del diritto penale sostanziale.

7. – *In tale cornice, occorre, dunque, preliminarmente esaminare se – con riferimento alla particolare vicenda che qui rileva – il mutamento del tipo di intervento operatorio, effettuato (in ipotesi) senza che tale variatio fosse stata in precedenza assentita dal paziente, malgrado il relativo esito fausto, integri o meno il delitto di violenza privata Al riguardo, non può non rilevarsi come gli orientamenti giurisprudenziali che si sono espressi a favore di tale impostazione hanno scarsamente approfondito il tema, mettendo piuttosto in luce il fatto che l'assenza del consenso comprometterebbe, non il valore della integrità fisica in sé, quanto, piuttosto, quello della libera formazione del volere: con la conseguenza di ritenere per questa via praticabile la soluzione della violenza privata, non tanto sulla base di argomentati rilievi circa la conformità del "fatto" al tipo normativo, quanto per la ritenuta "ontologica" incompatibilità che è dato ravvisare tra l'attività medico-chirurgica e il reato di lesioni volontarie. □ Assai più articolata è, invece, la posizione della dottrina. A proposito, infatti, del problema della sottoposizione del paziente ad un intervento chirurgico diverso da quello che questi aveva in precedenza autorizzato – paziente che dunque versa in stato di completa incoscienza per effetto della anestesia totale praticatagli – si è osservato che, a differenza di quanto stabiliva l'art. 154 del codice Zanardelli (e sulla base del quale era stata elaborata una antica e autorevole dottrina), nell'art. 610 del codice vigente la violenza non sarebbe più posta in rapporto con una perturbazione dell'altrui libera formazione del volere, ma con un comportamento concreto – di azione, di tolleranza o di omissione – non voluto dal soggetto passivo. Considerato, quindi, che la "violenza" non richiederebbe alcuna mediazione intellettuale da parte di chi la subisce e che essa è concepibile anche nei confronti di un soggetto incapace di dissentire o consentire –*

come, appunto, il soggetto anestetizzato – si afferma che il chirurgo, nell'eseguire un intervento diverso da quello consentito, esplicherebbe una energia fisica sul corpo del paziente, per tale via tenendo una condotta "violenta", integrante una vis assoluta, perchè il paziente, per le condizioni nelle quali si trova, non può opporre alcuna resistenza. **Tale tesi non può essere condivisa.** Al riguardo, va infatti rammentato, anzitutto, che la giurisprudenza di questa Corte ha più volte avuto modo di puntualizzare che, ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima, o di violenza impropria, che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione (v. in tal senso, Cass., Sez. V, 18 dicembre 2002, n. 5407/03, De Bortolo; Sez. V, 17 giugno 2002, n. 30175, P.G. in proc. Rossello; Sez. V, 16 maggio 2002, n. 24175, P.G. in proc. Cardilli). D'altra parte, versandosi, nella specie, in una ipotesi di violenza personale "diretta", deve convenirsi con quanti ritengono che la nota caratterizzante tale forma di violenza vada ravvisata nella idea della aggressione "fisica"; vale a dire nella lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l'integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo. **Il che sembra rendere del tutto impraticabile l'ipotesi che siffatti requisiti possano ritenersi soddisfatti nella specifica ipotesi che qui interessa.** La violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di "qualcosa" di diverso dal "fatto" in cui si esprime la violenza. Ma poichè, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poichè l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di "tollerare" l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di "costrizione a tollerare" rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 cod. pen. D'altra parte, anche il requisito della "costrizione" presenta, con riferimento alla ipotesi del paziente anestetizzato che abbia acconsentito ad altro intervento chirurgico ed alla relativa anestesia, elementi di intrinseca problematicità, che vanno ben a di là della questione, dibattuta in dottrina, se i delitti contro la libertà della persona possano essere commessi nei confronti di un soggetto che versi in stato di incoscienza. Il concetto di costrizione, postula, infatti, il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta dell'agente e per conseguenza di essa è indotta a fare, tollerare od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà. Nei confronti del paziente anestetizzato pieno iure, perchè nel quadro di un concordato intervento terapeutico, il chirurgo che si discosti da quell'intervento e ne pratichi un altro potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di "incapacitazione" del paziente, ma non certo di "costrizione" della sua volontà, proprio perchè, nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell'essere umano, "verso" (e, dunque, per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva. Va inoltre considerato – come la difesa dell'imputato ha puntualmente messo in luce nella memoria difensiva – che la non riconducibilità nel perimetro applicativo dell'art. 610 cod. pen., della condotta del chirurgo che "approfitti" della condizione di anestetizzato del paziente per mutare il tipo di intervento chirurgico concordato, si desume, univocamente, anche dalle precise scelte legislative operate in riferimento alla fattispecie, strutturalmente "omologa", dettata dall'art. 609-bis cod. pen. In essa, infatti, il legislatore ha ritenuto di introdurre una espressa equiparazione normativa

tra l'ipotesi di costringimento, con violenza o minaccia, a subire atti sessuali, e l'ipotesi del compimento dell'atto sessuale "abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa": eventualità, quest'ultima, che certamente si realizza anche nell'ipotesi in cui la vittima sia – come nel caso di paziente anestetizzato – in condizioni di totale incoscienza. Ciò sta dunque a significare che lo stesso legislatore, nel dettare la disciplina relativa ad altra ipotesi di violenza personale, ha dovuto dettare una apposita disposizione per equiparare condotte evidentemente fra loro non sovrapponibili, così da escludere che l'appropriamento della condizione di incapacità, possa, naturalisticamente e giuridicamente, equivalere ad un fatto di per sé integrante violenza. Per altro verso, una ulteriore conferma della impraticabilità della tesi che ritiene configurabile, nella specie, il delitto di violenza privata, può desumersi pure dalle prospettive coltivate al riguardo de iure condendo. E' significativo, infatti, che nella bozza di articolato presentata il 25 ottobre 1991 dalla Commissione istituita dal Ministro della Giustizia con decreto dell'8 febbraio 1988 per la predisposizione di un disegno di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale (cosiddetta Commissione Pagliaro) si sia avvertita la necessità di prevedere, all' art. 70, comma 1, n. 4), una specifica disposizione, nel capo relativo ai reati contro la libertà morale (ma in piena autonomia – ed è proprio questo l'aspetto che qui rileva – dal delitto di violenza privata, previsto nel punto n. 1) - destinata a porre come direttiva la previsione, quale delitto, della "attività medica o chirurgica su persona non consenziente, consistente nel compimento di un'attività medica o chirurgica, anche sperimentale, su una persona senza il consenso dell'avente diritto (e sussistente se il fatto non costituisce un reato più grave). Escludere la punibilità – prevedeva ancora la ipotesi di norma di delega – quando il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona". L'esistenza, quindi, di un "vuoto normativo" da colmare era stata sin da quell'epoca lucidamente avvertita.....

.....

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

Dunque, a Sezioni Unite, la Cassazione ritiene non configurabile, già a livello di tipicità del fatto, il delitto di violenza privata (e, a ben vedere, neanche quello di cui all'art. 613 c.p. di cui ci occuperemo di qui a breve) nel caso di trattamento medico eseguito "in assenza" del consenso prescritto; ciò in quanto non può affermarsi che il chirurgo, compiendo un determinato atto operatorio non preventivamente consentito sul paziente anestetizzato, compia nei suoi confronti una "violenza". Invero, qualunque sia il paradigma di violenza che si adotti (la Corte in questo caso abbraccia l'impostazione più restrittiva, peraltro condivisa da autorevole dottrina, secondo la quale violenza è solo l'aggressione fisica), il problema però è se possa affermarsi che il chirurgo, compiendo un determinato atto operatorio non previamente consentito sul paziente anestetizzato, compia nei suoi confronti una "violenza" con l'effetto di "costringerlo a tollerare" l'intervento medesimo.

Anche assumendo – ma questo giudice non lo ritiene condivisibile (poiché spoglia del tutto l'atto dal suo connotato imprescindibile di violenza) - che l'operazione in sé possa

essere considerata come un atto di "violenza", in quanto concreta un intervento sul corpo del paziente e possiede pertanto una sua intrinseca valenza di *vis physica*, il problema è, come rileva la Cassazione, che nello schema dell'art. 610 c.p. «la violenza [...] è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di "qualcosa" di diverso dal "fatto" in cui si esprime la violenza».

Questo giudice condivide in pieno tale impostazione.

Ciò posto, non può però sottacersi come il caso in esame sia sostanzialmente diverso, riguardando un'ipotesi di vero e proprio rifiuto alla trasfusione, espresso dal B ripetutamente e liberamente, sempre nel pieno possesso delle sue capacità e fino al momento della sedazione, dunque valido.

Rispetto a simili eventualità, parrebbe ad una prima lettura della sentenza in esame che la Suprema Corte abbia inteso sostenere la configurabilità del delitto di violenza privata.

Invero, sul punto la sentenza afferma:

"....Ferma restando, dunque, la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili "contro" la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell'altrui volere..."

Ma, a ben vedere, a tale affermazione segue un unico argomento veramente pertinente, quello cioè secondo il quale nel caso di specie a difettare è **altresì** l'estremo della "costrizione". Tale, ulteriore, argomento utilizzato per escludere la rilevanza penale della condotta all'attenzione della Corte sembra in effetti postulare un reale contrasto di volontà tra l'autore e la vittima, nei termini dunque di un autentico dissenso di quest'ultima all'esecuzione dell'atto operatorio. Non basterebbe dunque, per affermare che il paziente sia stato «costretto a tollerare» un intervento, provare che l'intervento sia stato effettuato senza il suo consenso, perché il contrasto di volontà in tal caso è solo potenziale, o al più presunto (nella misura in cui al momento del fatto potesse affermarsi che il paziente non avrebbe ragionevolmente consentito ove avesse avuto la possibilità di esprimersi) ma certamente non reale al momento del compimento del fatto, quando il paziente versa in stato di incoscienza senza aver avuto la possibilità di esprimersi in precedenza.

Ebbene, pur ammettendo che tale argomento calzi perfettamente al caso di specie, caratterizzandosi da un reale - e non solo presunto o supposto - dissenso del B alla trasfusione alla quale, infine, fu sottoposto, e che dunque è stato costretto a tollerare, non può non rilevarsi come le principali motivazioni poste dalla Suprema Corte a fondamento dell'esclusione della configurabilità del delitto di cui all'art. 610 c.p. siano quelle altre già sopra evidenziate, relative alla necessità di individuazione di una condotta "violenta" del sanitario che abbia tale caratteristica (di atto violento) e che costituisca un momento ontologicamente diverso da quello finale della realizzazione dell'evento (che si realizza con il "tollerare" il trattamento).

Tali argomenti risultano perfettamente sovrapponibili anche all'ipotesi, che qui rileva, di un vero e proprio rifiuto al trattamento, anche in tal caso dovendosi ricercare una condotta caratterizzata da violenza che si distingua dall'evento finale costituito dall'aver, con tale condotta, costretto la vittima a tollerare il trattamento rifiutato. Anche nel fatto alla nostra attenzione, dunque, l'evento consistito nell'aver subito la trasfusione dovrebbe essere "qualcosa" di diverso dal "fatto" in cui si esprime la violenza. Ma poichè, nella specie, la violenza sul B sarebbe consistita nella trasfusione stessa e poichè l'evento di coazione risiederebbe proprio nel fatto di aver tollerato la trasfusione stessa, se

ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di "costrizione a tollerare" rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 cod. pen. Potrebbe certo dirsi che la condotta dei medici qualificabile in termini di "violenza" sia consistita, non nell'atto della trasfusione in sé ma, nella contenzione farmacologica ottenuta attraverso l'avvenuta sedazione del B| ma sappiamo come tale condotta (l'aver cioè sedato il E prima di trasfonderlo) non sia stata caratterizzata da violenza, bensì, tutt'al più e stando all'ipotesi ricostruttiva contenuta nella denuncia della p.o. e dunque sostenuta dalla sua difesa, con l'inganno consistito nell'aver prospettato la sedazione come necessaria ai fine dell'effettuazione di una TAC. Tale condotta (la quale, laddove provata potrebbe configurare il diverso reato di cui all'art. 613 c.p., sia pure mediante il richiamo al disposto di cui all'art. 579 cpv. c.p. che disciplina alcune ipotesi di invalidità del consenso, tra le quali spicca quella in cui esso sia stato carpito con l'inganno), dunque, non potrebbe integrare l'elemento oggettivo del delitto di violenza privata, il quale, come visto, presuppone un momento coattivo. Del resto, la stessa Cassazione, nella sentenza in esame, ha ben chiarito come non possa ricondursi nel perimetro applicativo dell'art. 610 cod. pen., la condotta del chirurgo che "approfitti" della condizione di anestetizzato del paziente. Ciò, osserva la Corte con logica che questo giudice condivide in pieno, si desume, univocamente, anche dalle precise scelte legislative operate in riferimento alla fattispecie, strutturalmente "omologa", dettata dall'art. 609-bis cod. pen. In essa, infatti, il legislatore ha ritenuto di introdurre una espressa equiparazione normativa tra l'ipotesi di costringimento, con violenza o minaccia, a subire atti sessuali, e l'ipotesi del compimento dell'atto sessuale "abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa" o "traendo in inganno" la p.o. (ma solo per l'eventualità che l'inganno sia dipeso dall'essersi il colpevole sostituito ad altra persona). Lo stesso legislatore, dunque, nel dettare la disciplina relativa ad altra ipotesi di violenza personale, ha dovuto dettare una apposita disposizione per equiparare condotte evidentemente fra loro non sovrapponibili, così da escludere che l'approfittamento, possa, naturalisticamente e giuridicamente, equivalere ad un fatto di per sé integrante violenza.

Da tali argomenti deriva, in conclusione, che anche nel caso all'attenzione di questo giudice, il delitto di cui all'art. 610 c.p. deve essere escluso, non sussistendo nella condotta posta in essere dai sanitari dell'Ospedale Maria Vittoria gli estremi del fatto tipico del reato di violenza privata, in ordine al quale, dunque, non deve neanche valutarsi se sussistesse (ma a tale domanda è stata comunque data risposta negativa, come visto in premessa) la scriminante dello stato di necessità (reale o putativo; peraltro tale ultima eventualità dovrebbe comunque essere respinta dalla circostanza che nel caso di specie l'errore dei sanitari ebbe ad oggetto, non alcuno degli elementi di fatto su cui si fonda la scriminante in parola, bensì la giuridica operatività della stessa).

I delitti di violenza privata e stato d'incapacità procurato (mediante inganno) al di là dei problematici confini della loro tipicità - La valutazione (comunque) della punibilità degli indagati

Anche laddove non volessero condividersi le conclusioni cui questo giudice è pervenuto in punto di sussistenza (che si è esclusa) degli elementi oggettivi del reato di violenza privata (e quindi anche al di là della questione inerente i confini della tipicità di tale fattispecie delittuosa), deve comunque rilevarsi - anche in relazione al reato di cui all'art. 613 c.p., configurabile in virtù del richiamo di tale norma all'art. 579 co. II, n. 3, c.p. , sub specie nei confronti di persona il cui consenso sia stato dal colpevole carpito con l'inganno - che deve escludersi la concreta punibilità degli indagati in ordine a tali reati a cagione del determinante intervento nella dinamica dei fatti (come ricostruiti nel primo paragrafo) della risposta ricevuta dalla locale Procura della Repubblica.

Invero, come noto, in data 30 novembre 2006, alle ore 12, 30 circa, in orario perfettamente coincidente con la sedazione del E cui seguì la sottoposizione dello stesso a plurime emotrasfusioni, l'indagata C ricevette una risposta ad parere dalla stessa precedentemente richiesto alla locale Procura della Repubblica.

Con tale risposta, l'Autorità Giudiziaria, nella persona del P.M., D.ssa Donatella Masia – Sost., comunicò che : *“ a fronte del pericolo grave ed imminente per la vita segnalato... può fondatamente ritenersi sussistente lo stato di necessità che nel nostro ordinamento giuridico consente di effettuare le cure necessarie a salvaguardare la vita sia pure in presenza di opposizione da parte dell'interessato (che non è titolare del diritto di libera disposizione del proprio corpo se questa determina atti contrastanti con la salute, integrità e vita dello stesso).”*

Solo dopo aver ricevuto tale parere, i medici intervennero nel modo che sappiamo, sedando (verosimilmente con l'inganno) il E e trasfondendolo contro la sua volontà.

Ebbene, l'importanza che tale circostanza assume nell'economia del fatto è indiscutibile, né da un punto di vista giuridico si tratta di circostanza priva di rilevanza, poiché se è vero (come è vero) che i medici procedettero (con la sedazione e la trasfusione) solo dopo aver ricevuto il parere della Procura sul punto, essendosi fino a quel momento astenuti, così rimettendosi al volere del paziente nonostante il suo progressivo e costante peggioramento, se ne deve dedurre che essi intervennero solo quando, alla luce del tenore della risposta ricevuta, acquisirono l'erronea certezza soggettiva della liceità della loro condotta e forse, anzi, di “dover” agire al fine di salvare la vita al E

Tale atteggiamento psicologico, in quanto determinato dalle indicazioni provenienti dalla Procura, esclude la colpevolezza degli indagati in ossequio al principio sancito dall'art. 5 c.p., come modificato a seguito del noto intervento della Corte Costituzionale, secondo il quale non può ritenersi “rimproverabile” chi versi nell'inevitabile ignoranza (alla quale è equiparato l'errore) della legge penale.

Invero, i limiti della inevitabilità, e quindi della non colpevolezza, dell'ignoranza della legge penale, che scusa l'autore dell'illecito, debbono essere innanzitutto individuati in relazione allo specifico soggetto agente; nel senso che mentre per il cittadino comune è sufficiente l'ordinaria diligenza nell'assolvimento di un dovere di informazione di tipo generico, attraverso la corretta utilizzazione dei normali mezzi di informazione, di indagine e di ricerca dei quali disponga, tale obbligo è particolarmente rigoroso per tutti coloro che svolgono professionalmente, come nel caso di specie, una determinata attività. Ma, ciò premesso, non può non rilevarsi come senz'altro debba essere riconosciuta l'inevitabilità dell'errore se, come in questo caso, sia intervenuto un comportamento positivo degli organi istituzionalmente preposti, dal quale l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza dell'interpretazione normativa e, conseguentemente, della liceità del comportamento tenuto (cfr. SSUU, n. 8154 del 10/6/1994, P.G. in proc. Calzetta Rv. 197885, Sez. 5, n. 41476 del 25/9/2003, Izzo, Rv. 227042, Sez. 3, n. 172 del 06/11/2007, Picconi, Rv. 238600).

Ed è proprio quest'ultimo il caso alla nostra attenzione, in cui la particolare qualifica degli indagati si è però scontrata con una maggiore qualifica della fonte interpellata.

In casi analoghi (per la competenza dei soggetti agenti) la giurisprudenza ha ritenuto che debba essere escluso l'elemento psicologico del reato quando la condotta dell'agente riveli una volontà contraria alla violazione di legge e l'agente abbia assolto all'onere della prova di aver fatto tutto il possibile per uniformarsi (in tal senso, Sez. 3^a, n. 31134 del 29/5/2008, Marino, Rv. 240823).

Alla luce di tali precedenti, ritiene questo giudice di dover concludere nel senso dell'esclusione della colpevolezza degli indagati, avendo questi, con ciò adempiendo allo stringente dovere di informazione sugli stessi gravante, fatto tutto il possibile per

richiedere alle autorità competenti i chiarimenti necessari e per informarsi (se infatti da un lato non si può invocare l'inerzia o la tolleranza di comportamenti contrari alla legge da parte di pubbliche autorità, dall'altro lato l'affidamento del consociato in una interpretazione della norma può essere rilevante se fondato su comportamenti positivi e prese di posizione esplicite da parte di autorità cui sia riconosciuta una competenza istituzionale ad interpretare particolari settori dell'ordinamento).

Conclusioni

A ragione di un dissenso pieno, libero e dunque valido più volte espresso dal E i medici intervenuti non avevano più il dovere, né il diritto, né la facoltà di intervenire, semplicemente perché non avevano più il "dovere" giuridico di intervenire, "perso" con la perdita della posizione di garanzia che l'ordinamento attribuisce sì loro, ma solo nei limiti del più volte citato art. 32 della Cost. (disposizione costituzionale che, da un lato, costituisce norma di legittimazione del trattamento sanitario ma che, d'altro canto, sancisce il diritto di libertà assoluto del paziente di rifiutare le cure, con il conseguenziale venire meno, in tale ipotesi, del titolo giuridico di legittimazione del trattamento sanitario); essi, neanche, potevano agire, così come fatto, in virtù di un invocato stato di necessità, poiché, pur esistente un effettivo e concreto pericolo di vita del E non esiste nel nostro ordinamento un soccorso di necessità coattivo, che vada cioè oltre, superandola, la contraria volontà del paziente e che dunque facoltizzi i terzi (anche se medici) a salvare con trattamenti rifiutati (e non importa per quali motivi) chi non voglia essere salvato in quel modo (evidentemente, resta fermo l'obbligo per i sanitari di apprestare tutte quelle altre eventuali misure - diverse da quella rifiutata - suggerite da standard scientifici riconosciuti ed atte a garantire una cura adeguata o, in alternativa, un adeguato e dignitoso accudimento della persona, rimanendo ciò nei loro obblighi di assistenza sanitaria).

Se tutto ciò è vero, è tuttavia altresì chiaro e non può e non deve essere negato (perché ciò equivarrebbe a negare la vera sostanza delle cose), come nel caso di specie (ed in ogni altro caso analogo), il movente, ovvero ciò che ha spinto, a mò di fine ultimo, i sanitari ad intervenire con il disvoluto trattamento sanitario, è stata l'intenzione di salvare il B da una morte fondatamente ritenuta imminente; l'atteggiamento soggettivo degli indagati era dunque certamente caratterizzato da un intento terapeutico e non certo di mera (ovvero fine a sé stessa) coazione dell'altrui libertà; essi, con questo fine ultimo, in ciò confortati dalle erronee, quanto decisive, indicazioni provenienti dalla Procura della Repubblica, versarono nell'erroneo, quanto inevitabile, convincimento di dover intervenire e, dunque di poter sottoporre il E alle trasfusioni che gli avrebbero (così come peraltro è stato) salvato la vita. La circostanza non è di poco conto, poiché se è vero, come correttamente evidenziato dalla difesa dell'opponente, che, da un punto di vista della configurabilità del fatto tipico dei reati in esame (artt. 610 e 613 c.p. - fattispecie a dolo generico), non rileva il movente dell'agente, è altresì innegabile che questa loro intima, sebbene erronea, convinzione di dover agire, a scopo terapeutico, chiaramente maturata solo in seguito alla ricezione dell'autorevole parere richiesto (poiché, infatti, fino ad un momento prima, essi si erano astenuti - e per diversi giorni - dall'intervenire) non è irrilevante sul piano penalistico ma, anzi, richiama ed impone (in quanto sussistenti e provate in atti tutte le condizioni richieste) l'applicazione della disposizione di cui all'art. 5 c.p., come corretta dalla sent. n. 364 del 24 marzo 1988 della Corte Costituzionale.

Alla luce delle considerazioni esposte, gli approfondimenti istruttori indicati dall'opponente e, prima ancora, la prospettata questione di legittimità costituzione dell'art. 54 c.p. (che si ritiene comunque manifestamente infondata), sono del tutto ininfluenti ai fini di una diversa decisione, poiché, anche laddove tali attività dessero

l'esito auspicato dall'opponente (in particolare, laddove emergesse la prova dell'inganno utilizzato dagli indagati al fine di sedare e poi trasfondere il E , ciò tuttavia non toglie che gli indagati versassero, a cagione di un errore inevitabile sulla legge penale, nella certezza soggettiva di agire per cause che esimono dalla responsabilità penale.

E' tuttavia convinzione di chi scrive che debbano essere evidenziate le carenze dell'attuale sistema perché solo l'introduzione di una fattispecie dedicata al caso del trattamento medico arbitrario può trovare una sistemazione pienamente soddisfacente alle questioni affrontate in questa sede , questioni che non possono risolversi, come pure tante volte affermato da autorevole dottrina, semplicemente "rabberciando" le fattispecie incriminatrici esistenti, tutte chiaramente inadeguate a trattare il trattamento sanitario arbitrario; il quale, peraltro, laddove introdotto nel sistema della penalità, colmerebbe finalmente quel vuoto che troppo spesso, e non a torto, viene invocato al fine di giustificare (invocando come nel caso di specie cause di giustificazione - esistenti o solo ritenute tali -) condotte che sono e rimangono gravemente lesive della libertà morale del paziente (anche aldilà del presidio penale posto - rectius, non posto - a sua tutela)

Deve, in conclusione, anche se per motivi diversi da quelli prospettati, accogliersi la richiesta del p.m.

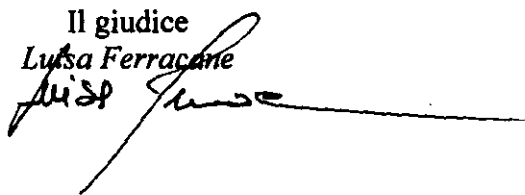
P.Q.M.

visti gli artt. 409 e ss. c.p.p.,

dispone l'archiviazione del procedimento e ordina la restituzione degli atti al pubblico ministero.

Autorizza il rilascio di copia degli atti del procedimento agli aventi diritto.

Torino, 15 gennaio 2013

Il giudice
Luisa Ferracane


DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Torino, il 16/01/2013

IL CANCELLIERE

dr.ssa Emanuela MONTALENTI