

DISSENSO INFORMATO ALLE EMOTRASFUSIONI E TRATTAMENTO SANITARIO COATTO

Nota a [G.I.P. Tivoli, ord. 11 febbraio 2017 \(dep. 17 febbraio 2017\), Giud. Bonagura](#)

di Nicolò Amore

Abstract. *A quasi dieci anni dalla nota sentenza a Sezioni Unite «Giulini», la pronuncia del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Tivoli offre l'occasione per tornare a parlare della rilevanza penale dell'atto medico attuato contro il dissenso del paziente (espresso attraverso un rappresentante, nel caso di specie un amministratore di sostegno); nonché per fare il punto sull'acceso dibattito circa il rifiuto di cure salvavita, i trattamenti sanitari coatti e il rilievo dello stato di necessità (art. 54 c.p.).*

SOMMARIO: 1. Il fatto e la pronuncia. – 2. Il consenso al trattamento medico-chirurgico nel diritto italiano. – 2.1. I requisiti del consenso informato. – 2.1.1. Il valore del rifiuto di cure non più confermabile prestato a mezzo dell'Amministratore di sostegno. – 3. La trasfusione arbitraria nelle Termopili dell'abuso d'ufficio. – 4. Sulla natura unica o plurima della condotta del medico. – 5. Lesioni, violenza privata e mancata esecuzione di un provvedimento del giudice: la decisione del GIP. – 5.1 Qualche notazione critica. – 6. Una postilla sullo stato di necessità. – 7. Conclusioni.

1. Il fatto e la pronuncia.

Una donna, aderente alla congregazione dei Testimoni di Geova, viene ricoverata cosciente all'ospedale di Tivoli a cagione della grave anemia di cui soffre. Ancora in stato di lucidità, presta per scritto il suo dissenso alle emotrasfusioni (il 13 marzo 2013), perdendo coscienza poco dopo. Nondimeno, i medici, per almeno due volte (il 20 ed il 23 marzo 2013), non rispettano tale rifiuto di cure.

In considerazione dello stato d'incapacità della moglie, il marito si attiva per la designazione di un Amministratore di sostegno che tuteli la sua autodeterminazione terapeutica, ottenendone tempestivamente la nomina dal Giudice tutelare (art. 405 c.c.).

Nel frattempo le condizioni della donna peggiorano, portandola in una situazione d'imminente pericolo di vita. Il medico indagato interpella perciò l'Amministratore rappresentandogli la necessità di un'emotrasfusione. In quell'occasione, l'Amministratore conferma per iscritto le volontà già dichiarate dalla donna, negando il consenso al trattamento richiesto e sollevando clinici e struttura

ospedaliera da qualsiasi responsabilità (siamo arrivati al 4 aprile 2013). Ciò nonostante, i medici decidono nuovamente di praticare alla paziente le trasfusioni ritenute necessarie, dandone contestualmente comunicazione alla Procura della Repubblica di Tivoli, attraverso un documento in cui si fa menzione del contatto avuto con l'Amministratore e s'invoca, a propria scusa, lo stato di necessità.

I trattamenti somministrati non basteranno comunque a salvare la vita della donna, che morirà poco dopo.

In seguito agli eventi, il marito sporge denuncia contro i medici dell'Asl di Roma G per lesioni e violenza privata, ma dopo tre anni il Pubblico ministero presso il Tribunale di Tivoli chiede l'archiviazione per l'unico delitto iscritto a carico dell'indagato: l'abuso di ufficio.

Investito della richiesta, il giudice per le indagini preliminari emette un'ordinanza con la quale dispone l'archiviazione del procedimento istruito per il delitto di cui all'art. 323 c.p., ordinando al contempo l'iscrizione del medico responsabile delle trasfusioni per i reati di violenza privata (art. 610 c.p.) e mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388, comma 2 c.p.)¹.

Nelle pagine in cui motiva la sua scelta, il G.i.p. prende posizione su alcuni degli aspetti più controversi in materia di tutela penale dell'autodeterminazione terapeutica, suggerendo soluzioni sulle quali vale la pena soffermarsi anche in ragione degli sviluppi cui potrebbero dar seguito nella prassi.

2. Il consenso al trattamento medico-chirurgico nel diritto italiano.

Prima di affrontare il rebus della qualificazione penale dei trattamenti sanitari arbitrari c.d. «coatti»², è opportuno soffermarsi ad analizzare il ruolo giocato dall'autodeterminazione in ambito terapeutico. Essa, come noto, ha assunto una funzione viepiù determinante nel quadro dell'attività sanitaria odierna, provocando anche nel nostro Paese³ un vero e proprio ribaltamento degli assetti tradizionali.

Per lungo tempo, infatti, il rapporto medico-paziente è stato improntato «in chiave apertamente paternalistica»⁴: al malato era riconosciuta esclusivamente la facoltà di scegliere il clinico cui affidarsi, dopodiché era quest'ultimo, in quanto titolare

¹ Come ricordato dallo stesso G.i.p. del Tribunale di Tivoli, infatti, la Cassazione ha stabilito che «in materia di procedimento di archiviazione, costituisce atto abnorme, in quanto esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari, [...] l'ordine d'imputazione coatta [...] emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione. In tali situazioni, infatti, il giudice per le indagini preliminari deve limitarsi a ordinare le relative iscrizioni nel registro di cui all'articolo 335 del C.p.p. e non tracciare con la sua decisione un percorso che finirebbe con l'espropriare il pubblico ministero del suo diritto-dovere di esercitare l'azione penale» (cfr. [Cass. pen., Sez. Un., n. 4319 del 2014](#), in [www.italgiure.giustizia.it](#); v. da ultimo [Cass. pen., Sez. VI, n. 34881 del 2016](#), in [www.italgiure.giustizia.it](#)).

² In merito alla distinzione tra trattamenti sanitari arbitrari «coatti» e «divergenti» si rinvia a L. CORNACCHIA, [Trattamenti sanitari arbitrari divergenti](#), in *Criminalia*, 2009, 416 ss.

³ Per un'indagine di diritto comparato v. C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2009, 1052 ss.

⁴ C. GRANELLI, *Medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 26.

esclusivo delle conoscenze tecnico-scientifiche, a definire in completa autonomia il percorso terapeutico da seguire, comprensivo dei relativi costi-benefici per l'infermo.

Del rapporto di cura, perciò, il paziente era un mero oggetto, privo di autonomia decisionale e alla mercé delle determinazioni dello specialista.

La Costituzione del '48 prende ampie distanze da questo stato di fatto.

A seguito dell'introduzione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., infatti, il consenso «si configura quale vero e proprio diritto della persona [...]»⁵, sicché il paziente si configura a tutti gli effetti «soggetto» del rapporto di cura, e in quanto tale legittimato a confrontarsi con pari dignità sul trattamento ipotizzato dal terapeuta⁶.

In questo mutato quadro relazionale, l'autodeterminazione del malato assume il ruolo di «fondamento giuridico primario dei poteri-doveri del medico»⁷. Perciò, se il diritto alla tutela della salute individuale è subordinato all'assenso dell'interessato (art. 32 Cost.), la presenza di un'obiettiva esigenza terapeutica non sarà mai sufficiente ad autorizzare, di per sé, l'intervento in garanzia del sanitario⁸. In mancanza del consenso del paziente, infatti, «il medico è obbligato, non già a intervenire, bensì ad astenersi dall'attività»⁹.

In altre parole, per quanto l'attività sanitaria trovi fonte di legittimazione in sé stessa¹⁰, in caso di rifiuto di cure lo specialista, pur restando titolare di una posizione di

⁵ [Corte cost., n. 438 del 2008](#), in [giurcost.org](#). Sulla stessa linea si pongono anche numerose fonti di diritto interno e internazionale in seguito approvate, tra le quali si possono richiamare l'art. 4 della l. n. 458 del 1967, le l. nn. 180, 194 e 833 del 1978, l'art. 5 della l. n. 135 del 1990, l'art. 6 della l. n. 140 del 2004, l'art. 33 della l. n. 219 del 2005 nonché gli artt. 33 e 35 del Cod. deont. med. Sul piano sovranazionale, invece, si segnala l'art. 5 Conv. Oviedo, l'art. 3 della Carta di Nizza e l'art. 8 Cedu (talvolta la Corte di Strasburgo ha garantito al consenso informato la copertura della Convenzione anche ai sensi dell'art. 3, v. [CE dir. uomo, 16 dicembre 2008, Ada Rossi e a. c. Italia](#), in [www.osservatoriocedu.eu](#)).

⁶ Si parla a riguardo di «alleanza terapeutica» (sul punto si veda volendo N. AMORE, *La responsabilità penale del medico (Capitolo XXVIII)*, in AA. VV., *Trattato di diritto e Biodiritto* (a cura di A. CAGNAZZO), Napoli 2017).

⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, 59. In argomento i contributi sono innumerevoli; non potendo citarli tutti in questa sede, sia consentito il rinvio all'importante monografia di F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974, nonché, più di recente, al lavoro di S. CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'aoente diritto*, Bologna 2008.

⁸ L'unica eccezione è rappresentata dal soggetto ricoverato in stato d'incapacità (ad es. perché incosciente) e bisognoso di un trattamento sanitario urgente. In tal caso la liceità dell'attività medica «può ricondursi al più ampio dovere di solidarietà sociale espresso nell'art. 2 Cost. e alla posizione di garante che, specie nelle strutture pubbliche, il medico assume in relazione alla salute del soggetto assistito» (cfr. F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 383).

⁹ G. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 955. D'altra parte, i trattamenti sanitari obbligatori possono essere somministrati nei soli casi previsti dalla legge e nei limiti in cui siano utili tanto alla protezione della salute collettiva, che individuale (si veda sul punto [Corte cost., n. 307 del 1990](#), in [giurcost.org](#); [Corte cost., n. 258 del 1994](#), in [giurcost.org](#); [Corte cost., n. 118 del 1996](#), in [giurcost.org](#)).

¹⁰ La dottrina e la giurisprudenza oggi prevalente, infatti, valorizzando l'art. 32 Cost. ed evidenziando l'incompatibilità logica tra l'asserita «tipicità» della prestazione sanitaria e la sua riconosciuta natura di servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.), reputano ontologicamente «atipica» e giuridicamente «autolegittimata» l'attività medico-chirurgica prestata per finalità terapeutiche (v. *ex multis* A. GARGANI, *Jus*

garanzia nei confronti dell'infermo, non sarà vincolato a intervenire a sua tutela e non potrà, dunque, neppure essere chiamato a rispondere *ex art. 40, cpv. c.p.* al concretizzarsi di eventi avversi¹¹.

2.1. I requisiti del consenso informato.

Ad oggi, il rapporto in astratto tra consenso e prestazione sanitaria non pone particolari problemi, essendo ormai pacifica la sua funzione di «legittimazione e fondamento del trattamento sanitario»¹². Il dilemma, piuttosto, attiene all'identificazione e all'accertamento dei suoi requisiti costitutivi. Un'opera che diviene particolarmente complessa laddove si tratti di un rifiuto di cure, magari espresso in via anticipata e con conseguenze possibilmente fatali per il dichiarante (c.d. rifiuto di cure salvavita).

Come noto, in Italia non esiste ancora una legge sul consenso informato. Anche la recente l. n. 24 del 2017¹³ si è dimenticata (casualmente?) di trattarlo¹⁴.

imperfectum? *L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 511 ss.; G. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità*, cit., 953 ss.; A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, 469; M. ROMANO, artt. 1-84, in *Comm. sist. del cod. pen.*, Milano 2004, 528; Cass. pen., Sez. Un., n. 2437 del 2009, con nota, tra gli altri, di G. FIANDACA, *Luci ed ombre nella pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, 306 ss.; F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, 1811 ss.).

¹¹ I concetti di posizione di garanzia e obbligo d'intervento vengono spesso sovrapposti, ma in realtà individuano due momenti distinti del procedimento di ascrizione della responsabilità omissiva: la posizione di garanzia, infatti, circoscrive lo spettro d'interessi che il garante è tenuto a salvaguardare (v. artt. 14 e 25 della l. n. 833 del 1978); l'obbligo di garanzia, invece, evidenzia quelle situazioni in cui diviene concreto il dovere d'intervento sancito in astratto e in via generale dalle norme attributive della posizione di garanzia (sul punto si rinvia ad A. VALLINI, [Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo](#), in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 4).

¹² Cfr. [Cass. civ., Sez. I, n. 21748 del 2007](#) in [www.federalismi.it](#).

¹³ Per un'analisi centrata sui suoi profili penalistici si veda G. M. CALETTI – M. L. MATTHEUDAKIS, [Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 84 e ss.; F. CENTONZE – M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1361 ss.; C. CUPELLI, [La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio](#), in *questa Rivista*, 13 giugno 2017; C. CUPELLI, [Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della Legge Gelli-Bianco](#), in *questa Rivista*, 3 aprile 2017; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 573 ss.; G. DE FRANCESCO, [In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme](#), in [www.lalegislazionepenale.eu](#), 2 maggio 2017; L. RISICATO, [Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario](#), in [www.lalegislazionepenale.eu](#), 5 giugno 2017.

¹⁴ La riforma si è concentrata sui profili attinenti al contenimento della spesa, alla sicurezza delle cure e alla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, nell'ottica di ridurre il contenzioso e di porre un argine al fenomeno della c.d. medicina difensiva. In ragione delle sue evidenti implicazioni, infatti, il tema del consenso è considerato particolarmente sensibile e potenzialmente divisivo, *a fortiori* in un quadro politico che non ha ancora saputo sanare i contrasti ideologici esacerbati dalla nota vicenda Englaro. Si veda, comunque, la proposta di legge «A.C. 1142-A e abbinati» in materia di «consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», approvata recentemente alla Camera sull'onda emotiva di nuovi casi di cronaca

Grava, dunque, ancora sugli interpreti l'ingrato compito d'individuare le caratteristiche atte a qualificare come «informata» la manifestazione di volontà del malato.

La questione è particolarmente delicata: in ambito sanitario, infatti, l'autodeterminazione del paziente non potrà mai essere considerata perfettamente integra, in quanto condizionata dalla notevole «asimmetria di poteri e saperi» tra questi e il terapeuta¹⁵. Inoltre, l'assenso o il rifiuto al trattamento medico-chirurgico costituiscono soltanto il punto di arrivo d'un rapporto dialogico comunque difficilmente documentabile, e certamente non esauribile nel mero modulo da sottoscrivere prima del determinato intervento¹⁶.

Calati in questo ginepraio, dottrina e giurisprudenza hanno cercato di rintracciare delle coordinate utili a distinguere manifestazioni di volontà degne di tutela, da dichiarazioni emotive, superficiali o comunque non attendibili¹⁷. Nello specifico, si è affermato che l'assenso all'atto terapeutico presuppone «un'adeguata informazione del paziente»¹⁸, il quale deve essere edotto sulle modalità operative dell'intervento e sulle sue conseguenze¹⁹. Esso deve essere manifestato espressamente solo quando ha a oggetto un rifiuto di cure²⁰, altrimenti può essere desunto anche per *facta concludentia*, non richiedendosi forme solenni²¹. Soprattutto, esso deve essere «attuale» e «personale».

Si tratta di due espressioni su cui gli addetti ai lavori hanno discusso a lungo, e sulle quali conviene soffermarsi, vista la rilevanza che assumono nel caso in commento.

(per un primo commento sul testo, si rinvia a C. CUPELLI, [Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?](#), in questa Rivista, 13 marzo 2017).

¹⁵ A. GARGANI, *Jus imperfectum?*, cit., 517 (dello stesso avviso anche S. DEL CORSO, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 538, il quale per le medesime ragioni arriva a ritenere solo «formale» la libertà di scelta del malato in questo contesto). In senso critico si veda N. AMORE, *La responsabilità*, cit., ove si sottolinea come ormai questa caratteristica sia propria di tutte le «moderne forme di autodeterminazione "specialistiche" che cadono al di fuori dal settore d'interesse della persona considerata».

¹⁶ Valorizzare la portata del consenso sul piano della responsabilità giuridica appare dunque particolarmente complicato (si veda sul punto L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1091 ss).

¹⁷ Per una rassegna degli orientamenti giurisprudenziali che si sono susseguiti in materia, si rinvia a M. ROSSETTI, [Responsabilità medica ed obbligo d'informare. Quadro di sintesi della giurisprudenza](#), in *cortedicassazione.it*, 30 marzo 2011; A. VALSECCHI, [Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità](#), in questa Rivista, 15 dicembre 2010.

¹⁸ F. GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., 385 ss.

¹⁹ Il contenuto dell'obbligo informativo non è fisso e immutabile, dovendo essere modulato in rapporto alla situazione concreta in cui ci si trova a operare (v. Cass. pen., Sez. IV, n. 17801 del 2014, in [www.italgiure.giustizia.it](#); Cass. pen., Sez. IV, n. 38852 del 2005, in *Dir. giust.*, 2005, 41 ss.; art. 33, comma 2 del Cod. deont. med.), e altresì in relazione al «grado di reale volontà del malato di conoscere, poiché il malato ha anche il diritto di rifiutare le informazioni altrimenti dovutegli» (v. F. MANTOVANI, *Biodiritto*, cit., 60; art. 33, comma 3 del Cod. deont. med.). Per quanto riguarda l'individuazione del soggetto responsabile dell'obbligo informativo, v. F. GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., 390; A. VALSECCHI, *Informazione e acquisizione del consenso del paziente nell'équipe medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 337 ss.).

²⁰ V. Cass. pen., Sez. , n. 38914 del 2015 in [www.neldiritto.it](#).

²¹ Si veda Cass. pen., Sez. V, n. 45801 del 2008, in *Guida dir.*, 2, 2009, 83. La forma scritta (o «altre modalità di pari efficacia documentale») è invero incoraggiata dall'art. 35, comma 3, del Cod. deont. med.

Procedendo con ordine, secondo la dottrina prevalente il requisito d'attualità attiene non tanto al piano temporale, ma logico: sarebbero cioè valide anche le dichiarazioni «ora per allora», se rese in modo informato, inequivoco e con riguardo allo specifico trattamento sanitario di cui si abbisogna²². D'altra parte, diversamente opinando, la necessità di accertare l'attualità cronologica del consenso condurrebbe l'interprete in un vicolo cieco: da un lato, infatti, ogni determinazione espressa in via anticipata dal paziente finirebbe per esser giudicata astratta, indeterminata, e perciò, possibilmente, non seria; dall'altro, si potrebbero prendere in considerazione soltanto le scelte compiute dal malato a ridosso dell'intervento, e quindi, eventualmente, in presenza di un quadro clinico di particolare fragilità, che implicherebbe, secondo alcuni autori²³, una sua minore capacità di rifiutare validamente il trattamento sanitario, in ragione della influenza di pressioni psicologiche difficilmente governabili in quei frangenti. Mettendosi così in discussione, in ultima analisi, «lo stesso diritto di autodeterminazione del paziente che dispone di sé»²⁴, in contrasto col art. 9 della Convenzione di Oviedo²⁵, e più in generale col sistema giuridico nostrano, ove a ben vedere «non è individuabile, neppure in via analogica, una 'regola' destinata a discernere in via generale ed astratta [...] tra atti di autodeterminazione 'inattuali' ma validi, ovvero non validi»²⁶.

Per quanto riguarda invece il requisito di personalità della manifestazione di volontà, l'orientamento prevalente ritiene che la dichiarazione di assenso o di rifiuto di cure, avendo a oggetto un diritto personalissimo, debba essere resa liberamente e direttamente dall'interessato, il quale deve essere capace d'intendere e di volere

²² Purché, naturalmente, non siano state fatte oggetto di revoca, anche tacita. In senso conforme, con alcune precisazioni, v. per tutti F. GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., 381; A. VALLINI, [Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare](#), in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 501, il quale peraltro non manca, realisticamente, di sottolineare come, in assenza di una disciplina legale, sia arduo «definire i criteri cui ispirare l'accertamento di quella attualità "logica" [...] nonché il problema del soggetto a cui spetta compiere una tale, delicatissima valutazione [...]». Poiché poi, in ogni caso, un giudice potrebbe essere chiamato a valutare l'accaduto a posteriori, si pone altresì la questione dei margini di responsabilità civile e penale di un medico che abbia inteso il requisito della "attualità" di un certo rifiuto di cure in un modo poi non condiviso dal giudice medesimo». In giurisprudenza, si veda in particolare Cass. civ., Sez. I, n. 21748 del 2007, cit.

²³ Si veda L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, 526; L. EUSEBI, [Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?](#), in *Criminalia*, 2009, 424.

²⁴ A. GARGANI, *Jus imperfectum?*, cit., 520.

²⁵ «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione» (il testo completo della Convenzione è disponibile [qui](#); in senso conforme v. anche art. 38 Cod. deont. med.). Ad oggi, tuttavia, gli strumenti di ratifica della Convenzione non sono stati ancora depositati e i decreti attuativi previsti dalla legge n. 145 del 2001, di esecuzione e ratifica della Convenzione, non sono ancora stati emanati.

²⁶ A. VALLINI, [Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina](#), in *Dir. pub.*, 2003, 210; sul punto v. anche F. MANTOVANI, [Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro](#), in *Criminalia*, 2009, 335 ss.

conformemente al «principio relativistico dell'età variabile a seconda dell'oggetto dell'atto dispositivo»²⁷.

Il problema, allora, sorge quando il malato non sia più capace di manifestare la propria volontà.

2.1.1. *Il valore del rifiuto di cure non più confermabile prestato a mezzo dell'Amministratore di sostegno.*

Il caso affrontato dal G.i.p. di Tivoli ci pone davanti a un interrogativo che ha riscosso grande interesse, tanto in campo penale che civile. In particolare, si tratta di capire sé e in che termini può esser fatta valere l'autodeterminazione di un paziente che non sia più in grado di manifestarla.

Il giudice non si preoccupa troppo di questo profilo, probabilmente a cagione del tipo di pronuncia che sta rendendo, e dell'avvenuta emanazione di un decreto di nomina *ad hoc* da parte del competente Giudice tutelare, che come si suol dire gli ha tolto le castagne dal fuoco²⁸. Nondimeno, nell'ordinanza il G.i.p. ritiene penalmente rilevante (*ex artt.* 610 e 388, comma 2 c.p.) proprio il mancato rispetto delle dichiarazioni rese dall'Amministratore per conto della malata, perciò in questa sede è opportuno soffermarsi ad analizzare il ruolo che questa figura può assumere con riguardo alle decisioni inerenti alla salute della sua assistita.

Per affrontare la questione, però, una premessa è d'obbligo. Gli artt. 2, 3, 13 e 32 della nostra Costituzione prescrivono chiaramente di dar voce anche alle determinazioni delle persone imprigionate nel loro silenzio²⁹, perché la condizione fisica non deve mai diventare «fattore di disuguaglianza e occasione per violare l'identità, la libertà e la dignità della persona»³⁰. Se ciò è vero, allora l'ordinamento deve farsi carico di individuare degli strumenti validi a rendere effettivo questo diritto, poiché senza un rimedio efficace la titolarità della *facultas* rimane soltanto apparente. Per questa ragione, la nota pronuncia della Corte di Cassazione resa sul caso Englaro ha stabilito che «l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità» impongono di trovare una maniera per «ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica»³¹.

²⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale (parte generale)*, Padova 2015, 250. Ad esempio, è richiesta la maggiore età per il trapianto di organi da vivente (art. 1 l. n. 458 del 1967) e per la donazione del sangue (art. 3, comma 2 l. n. 219 del 2005), mentre per altri trattamenti medici si ritiene sufficiente la capacità naturale (es. operazioni ambulatoriali, etc.).

²⁸ L'Amministratore è stato nominato al precipuo scopo di garantire il rispetto dell'autodeterminazione terapeutica già espressa dall'inferma. In questo modo, conferma indirettamente la possibilità di adoperare l'ADS a questi fini (v. *Infra*).

²⁹ La suggestiva immagine è di P. ZATTI, *Rapporto medico paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 406.

³⁰ A. GORGONI, [Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari](#), in *Eur. dir. priv.*, 2012, 616.

³¹ Cfr. Cass. civ., Sez. I, n. 21748 del 2007, cit.

Di fronte a casi del genere, perciò, l'interprete non può limitarsi a patrocinare soluzioni ermeneutiche volte a permettere in ogni caso interventi «in solidarietà» dello specialista, legittimandolo a disinteressarsi comunque della dignità del malato incosciente³². Piuttosto, dovrà affaticarsi a individuare situazioni e strumenti che consentano di valorizzare la personalità dell'infermo, anche quando egli non sia più capace di farlo.

È in quest'ottica che ci si deve interrogare sulla possibilità dell'Amministrazione di sostegno di rispondere alle domande che queste situazioni pongono al diritto. L'A.d.s. rappresenta un istituto introdotto nel codice civile dalla l. n. 6 del 2004, con la precipua finalità di «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente» (art. 1 l. cit.)³³. In questo senso la sua funzione non si collega soltanto alla gestione dell'assetto patrimoniale della persona, quanto, più comprensivamente, alla realizzazione di tutti quegli interessi prodromici all'estrinsecazione della personalità dell'incapace nella vita privata e sociale. Ciò sarebbe confermato dagli artt. 404, 405, comma 4, 407, comma 2 e 408, comma 1 c.c., i quali attribuiscono all'Amministratore la *cura personae* dell'assistito, comprensiva perciò dei suoi interessi non patrimoniali³⁴.

Non desta quindi particolare scalpore la cospicua ricorrenza nella prassi d'ipotesi in cui questo istituto è stato impiegato allo specifico fine di dare attuazione a diritti personalissimi dell'individuo, come ad esempio quelli connessi alla contrazione di un matrimonio³⁵, oppure al perfezionamento di una procedura di separazione o divorzio³⁶. La giurisprudenza, altresì, ha fatto abbondante ricorso all'Amministratore di sostegno per garantire la tutela della salute del beneficiario non più in grado di provvedervi

³² Anche perché, in questo modo, si preserverebbe una salute intesa in termini puramente obiettivi, ossia come mero stato di assenza di malattie. Una concezione avversata non soltanto dalla nostra Carta costituzionale, ma anche dalla comunità scientifica internazionale, come attestato dal Preambolo della *Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé*: «*La santé est un état de complet bien-être physique, mentale et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité*». Il concetto di salute, perciò, deve essere interpretato avendo riguardo anche della «personalità del singolo individuo, alla luce dei valori culturali, religiosi e familiari e dei profili esperienziali della sua esistenza» (cfr. A. GARGANI, *Jus imperfectum?*, cit., 508; v. anche), di modo tale da valorizzarne «la percezione individuale del proprio stato di salute e del carico di sofferenze che un certo intervento può comportare» (cfr. M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 465; v. anche F. VIGANÒ, sub *Art. 50*, in *Codice penale commentato* (a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI), Padova 2011, 721).

³³ Per approfondimenti sul punto si rinvia, tra i tanti, a G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Commentario Schlessinger-Busnelli*, Milano 2008; P. CENDON, *Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma al codice civile*, in *Giur. it.*, 1988, 121 ss.

³⁴ L'inclusione di questi valori è confermata pure dal tenore letterale dal citato art. 405, comma 4 c.c., in cui si distinguono espressamente i provvedimenti diretti alla «cura della persona interessata» da quelli rivolti alla «conservazione e amministrazione del suo patrimonio».

³⁵ Si pensi al caso affrontato dal Trib. Trieste, 28 settembre 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2738, riguardante la nomina di un parroco ad Amministratore di sostegno di un'oligofrenica, affinché guidasse lei e il suo fidanzato verso il matrimonio, verificandone la consapevolezza e la volontà.

³⁶ Si veda [Trib. Modena, 26 ottobre 2007](#), in *personaedanno.it*.

autonomamente³⁷. Ciò pure in virtù del chiaro disposto di cui all'art. 6 della Convenzione di Oviedo, la quale, pur non essendo stata ancora ratificata, conserva tuttavia «una funzione ausiliaria sul piano interpretativo» della legge nazionale³⁸.

Rebus sic stantibus, ci si è interrogati sulla possibilità di adoperare questo strumento anche per rifiutare i trattamenti che il paziente non più cosciente avrebbe preferito non subire, sopperendo così in qualche modo alla grave lacuna normativa in materia di direttive anticipate di trattamento.

Secondo autorevole dottrina all'interrogativo dovrebbe darsi risposta negativa, perché la funzione c.d. di «cura della persona» non potrebbe in nessun caso assumere una portata siffatta: come evidenziato dall'art. 1 l. n. 6 del 2004, invero, l'Amministrazione di sostegno nascerebbe per soddisfare le esigenze della vita quotidiana, dovendosi perciò recisamente escludere che tra le attribuzioni del gerente possano rientrare anche manifestazioni di un «intento di non cura»³⁹. Se così non fosse, il diritto di assentire come di rifiutare un trattamento sanitario diverrebbe una vera e propria «potestà» del rappresentante, a dispetto della sua indiscutibile natura di diritto personalissimo, come tale di esclusiva pertinenza del malato⁴⁰.

Nondimeno, come si è già avuto modo di osservare, la Costituzione non compie alcuna distinzione tra diritto di assentire e di rifiutare le cure, occupandosi piuttosto di subordinare indissolubilmente l'attività terapeutica al consenso del paziente. L'Amministrazione di sostegno, allora, interviene a rendere effettivo questo diritto, impedendo che la condizione di minorata capacità del paziente sia motivo di ingiusta discriminazione nel godimento dei diritti costituzionali fondamentali, tra i quali certamente rientra il rispetto delle scelte terapeutiche e di fine vita⁴¹.

A ben vedere, perciò, il punto problematico sembra piuttosto attenersi al *quomodo*, ossia ai termini in cui questo diritto personalissimo può costituire oggetto di rappresentanza legale, qualora il titolare non sia, o non sia più, in grado di esercitarlo autonomamente.

A tale proposito, la nota e più volte richiamata sentenza Englaro ha posto dei limiti ben precisi: partendo dall'assunto, incontestabile, che «l'unica volontà, e l'unico

³⁷ Si rinvia, tra i tanti, a Trib. Palermo, 9 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 492; Trib. Bari, 27 dicembre 2006, in G. CASSANO, *L'amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, Dogana 2008, 680.

³⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. I, n. 21748 del 2007, cit.; sul punto v. anche [Corte cost., n. 162 del 2014](#), in [www.giurcost.org](#), ove si arriva a qualificare implicitamente i precetti della Convenzione come «obblighi internazionali».

³⁹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 168 ss. Queste critiche fanno il paio con quelle messe sul tavolo da una parte della giurisprudenza di merito, per escludere che l'Amministratore di sostegno possa essere nominato «ora per allora» (v. per tutti le articolate argomentazioni di Corte App. Firenze, 3 luglio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 436 ss.).

⁴⁰ Si aprirebbe, altrimenti, «la prospettiva che la vita o la morte dei malati, minori o infermi di mente, dipendano dalle diverse etiche ed ideologie dei rappresentanti» (cfr. F. MANTOVANI, *Riflessioni*, cit., 340).

⁴¹ Imprescindibile corollario del diritto di libertà di coscienza e del principio personalista sancito dall'art. 2 Cost., che «comporta l'affermazione del primato dell'uomo come valore etico in sé» (G. DELLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino 1993, 39; sul punto v. anche A. CADOPPI, [Paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario](#), in *Criminalia*, 2011, 235; N. VICECONTE, [Il «vuoto colmato». La decisione sul «casu Piludu» e il diritto di rifiutare le cure](#), in [www.dirittoesalute.org](#), 31 marzo 2017, 15 ss.).

interesse soggettivo, giuridicamente vincolanti per il medico [sono] quelli individuali del paziente»⁴², la Suprema Corte ha stabilito che in casi simili il rappresentante deve decidere «non “al posto” né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace»⁴³. Si tratta del c.d. *substituted judgment*, soluzione che il giudice di legittimità ha tratto anche, e proprio, dal principio di «*cura personae*» enunciato dagli artt. 357 e 452 c.c.

Si cerca, perciò, di scongiurare precisamente il rischio di surrettizie attribuzioni a terzi di potestà giuridiche sulla persona del malato. In questi casi, infatti, il gerente dovrà ricostruire ed esternare la sola volontà presumibile del paziente, la quale potrà condurre a operare anche scelte *contra vitam*, in uno spinoso quanto necessario contemperamento tra il valore della salute⁴⁴, e quello della dignità personale del malato. A due condizioni però: che lo «stato vegetativo sia [...] irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, seppur flebile, recupero», e che il rifiuto di cure manifestato dal rappresentante sia realmente espressivo «della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire [...] l’idea stessa di dignità della persona»⁴⁵.

I rigorosi limiti, anche e soprattutto in termini di condizioni cliniche del gerito, si giustificavano in quel caso in ragione del delicato bilanciamento tra una dignità personale «ipotetica», in quanto mai formalmente esternata da quella paziente, e una condizione di salute obiettiva la quale, per quanto discutibile⁴⁶, verrebbe irrimediabilmente a terminare se la richiesta fosse accolta. Proprio per questo, il precedente giurisprudenziale, che apparentemente sembrerebbe allontanarci dalla possibilità di risolvere in modo consimile il nostro caso, in realtà finisce per regalarci

⁴² A. VALLINI, [Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del «fine vita»](#), in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1152.

⁴³ Cfr. Cass. civ., Sez. I, n. 21748 del 2007, cit. Sul punto si rinvia inoltre alle osservazioni di S. SEMINARA, *La sentenza sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1566 ss. e F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1037 ss.

⁴⁴ Che tuttavia non può, e non deve, diventare un dovere di mantenersi in vita a ogni costo, *in primis* perché si tratterebbe di un’obbligazione sfornita di copertura costituzionale, e *in secundis* perché rievocherebbe un «inquietante obbligo di tenersi in salute ed in vita per servire al meglio allo Stato, agli altri ed alla collettività» (cfr. A. VALLINI, [Rifiuto di cure «salvavita» e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza](#), in *Dir. pen. proc.*, 2008, 73), in una perniciosa riedizione di paradigmi culturali da cui la storia dovrebbe invece averci affrancati.

⁴⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. I, n. 21748 del 2007, cit.

⁴⁶ Basti pensare che in applicazione, addirittura, del criterio oggettivo del c.d. *best interest*, la *House of Lords* nel noto caso [Airedale NHS trust v. Bland](#) (4 febbraio 1993, in [hillsborough.independent.gov.uk](#)) ha ritenuto di decidere a favore dell’interruzione del trattamento, considerando la condizione di stato vegetativo persistente e permanente del paziente «*no more than a living death*». Un esito che, a prescindere dalla regola di giudizio, potrebbe apparire perfino contraddittorio a certa parte della dottrina nostrana, e che concorre anche a mettere in dubbio il tratteggio richiamato al supposto principio dell’*in dubio pro vita*, quantomeno nel suo legame biunivoco con qualsivoglia situazione d’incoscienza sopravvenuta (per un’applicazione più recente del principio del *best interest*, si veda pure la sentenza della *Supreme Court of the United Kingdom* sul caso Charlie Gard (v. [questa pagina web](#)), approvato recentemente anche alla Corte EDU, che ha infine dichiarando inammissibile il ricorso avallando la decisione della Corte Suprema, v. [CE dir. uomo, 27 giugno 2017, Charlie Gard e a. c. Uk](#), in [www.echr.coe.int](#)).

delle coordinate preziose: alla luce di quanto detto, infatti, è pacifico che laddove una dichiarazione espressa vi sia, il diritto di rinunciare alle cure troverà fondamento direttamente in essa, senza neppure bisogno della mediazione di un terzo⁴⁷. D'altra parte, come giustamente osservato, «se la Cassazione ha riconosciuto rilevanza giuridica alla volontà sulla fine della vita ricostruita sulla base di elementi probatori, *a fortiori* deve essere rilevante la dichiarazione anticipata di trattamento che invece è stata formalizzata»⁴⁸, nello specifico mediante dichiarazione scritta rilasciata al medico competente. A ben vedere, in queste ipotesi si esalta ancora di più il ruolo di *nuncius* del rappresentante, che si fa qui vero e proprio veicolo dell'altrui volontà, venendo così meno anche ogni possibile ambiguità collegata al processo di ricostruzione presuntivo della *voluntas aegroti*⁴⁹.

Pare, dunque, potersi affermare che, soprattutto in casi consimili, la nomina dell'Amministratore di sostegno rappresenti una valida soluzione per assicurare al malato la tutela della sua autodeterminazione, a prescindere dal contenuto che essa assuma e anche laddove egli non sia più in grado di esprimerla.

3. La trasfusione arbitraria nelle Termopoli dell'abuso d'ufficio.

Il giudice tiburtino, dopo aver risolto alcune questioni preliminari, principia le sue osservazioni in diritto occupandosi dell'unico reato iscritto a carico dell'indagato: l'abuso d'ufficio.

Come noto, l'art. 323 c.p. disciplina un reato proprio contro la Pubblica amministrazione, ai sensi del quale il pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) o l'incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.) devono aver realizzato intenzionalmente un danno ingiusto o altresì un vantaggio ingiusto per sé o per altri, come conseguenza della dolosa violazione di legge o di regolamento commessa⁵⁰. Tutto ciò «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato».

⁴⁷ Naturalmente a condizione che siano presenti gli altri requisiti precedentemente descritti, non potendo esser ritenuto sufficiente a rifiutare il trattamento, ad esempio, il mero tesserino «niente sangue» rinvenuto su paziente incosciente e in pericolo di vita, poiché non in grado di attestare la serietà e attualità del dissenso (v. [Cass. civ., Sez. III, n. 23676 del 2008](#), in *personaedanno.it*, ove peraltro si indica la possibilità di nominare un rappresentante proprio per confermare in termini più attendibili la rinuncia precedentemente espressa dall'incosciente).

⁴⁸ A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno*, cit., 599 ss.

⁴⁹ Verso le quali si richiamano le vibranti critiche di F. MANTOVANI, *Riflessioni*, cit., 338 ss., segnalando nondimeno come i problemi che l'accertamento dell'autodeterminazione, in taluni frangenti, pone, non possano indurre l'interprete a rispolverare logiche paternalistiche ormai desuete, magari riverniciate con tinte *à la page*. Invero, «se vi è un rischio che i principi siano esposti a declinazioni in concreto discutibili e sleali, l'intervento correttivo da compiere non consiste, evidentemente, in una negazione di quei principi, bensì in un miglior governo di quelle applicazioni» (cfr. A. VALLINI, *Pianificazione delle cure*, cit., 1149).

⁵⁰ Nella quale rientra oggi anche la mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti», stante il chiaro tenore dell'art. 6-bis l. n. 241 del 1990.

Su questa fattispecie molto si è detto⁵¹ e, per vero, molto si è fatto, considerando i numerosi interventi di riforma che l'hanno interessata a partire dagli anni '90. Nondimeno, come ci dimostra la presente applicazione, ognuna di queste riforme non è riuscita a eliminarne il carattere prototipico, rappresentato dalla sua attitudine a colpire «quei comportamenti dei pubblici ufficiali che, pur essendo illegittimi, non rientrerebbero in un titolo specifico di reato»⁵². Si potrebbe parlare di una sorta d'incriminazione *de residuo*, che svolge la funzione di tappa-buchi nella repressione delle illegalità commesse nell'esercizio delle pubbliche attività.

Il G.i.p. confuta l'ipotesi accusatoria concentrandosi direttamente sull'elemento del dolo intenzionale, escludendone la ricorrenza per la ritenuta evidente incompatibilità tra la finalità terapeutica perseguita, e la necessità di avere come «obiettivo immediato e diretto» la realizzazione di un ingiusto profitto o, altresì, di un danno alla paziente⁵³.

La scelta appare sensata e del tutto condivisibile, posto che gli altri snodi problematici della norma, attinenti all'accertamento della qualifica e alla individuazione di una effettiva «violazione di legge o di regolamento», appaiono facilmente risolvibili nel caso di specie⁵⁴.

⁵¹ V. per tutti G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1633 ss.; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, 2008, 235 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna 2012, 244 ss.; M. GAMBARDILLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2013, 2860 ss.; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 della l. 16/7/1997 n. 234 – Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale*, in *Leg. Pen.*, 1997, 741 ss.; F. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra Diritto Penale e Diritto Amministrativo*, Torino 2002; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione* (a cura di F. PALAZZO), Napoli 2011, 729 ss.

⁵² Cfr. [Corte Cost., n. 7 del 1965](#), in www.giurcost.org.

⁵³ Questa ricostruzione del dolo intenzionale trova conferme sia nella giurisprudenza di legittimità (v. *ex multis* Cass. pen., Sez. VI, n. 4073 del 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 544; Cass. pen., Sez. VI, del 2008) che nella dottrina (v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 256 ss.; T. PADOVANI, *Commento*, cit., 748 ss.). Nondimeno, la possibilità di distinguere la «intenzionalità» richiesta dall'art. 323 c.p. dal c.d. dolo diretto non è affatto pacifica (v. per tutti A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 323 ss., e la giurisprudenza ivi richiamata, la quale ammette sovente che l'intenzione di recar danno o trarre profitto non si debba porre quale fine «esclusivo»).

⁵⁴ Invero, la violazione del consenso informato rappresenterebbe una chiara «violazione di legge» anche ai sensi dell'orientamento dottrinale più restrittivo: difatti, escludendo i principi costituzionali dal novero delle norme utilizzabili ai fini dell'accertamento dell'inosservanza, resterebbero comunque infrante le numerose disposizioni di legge già richiamate *Supra*, nt. 5. Per quel che concerne invece l'accertamento della qualifica, il medico del Servizio sanitario nazionale è pacificamente ricompreso tra i soggetti pubblici tanto in giurisprudenza (a seconda dei casi come Pubblico ufficiale, cfr. Cass. pen., Sez. IV, n. 9949 del 2003, oppure come Incaricato di pubblico servizio, cfr. Cass. pen., Sez. III, n. 1913 del 2000), quanto in dottrina (cfr. tra i tanti M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1316 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Dig. Disc. Pen.*, X, Torino, 1995, 510 ss.; A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione* (a cura di F. PALAZZO), Napoli 2011, 729 ss.).

4. Sulla natura unica o plurima della condotta del medico.

Prima di scendere nel vivo dell'analisi della qualificazione penalistica della trasfusione arbitraria-coatta alla stregua di fattispecie che, a prima vista, meglio le si addicono, è necessario puntualizzare un aspetto che risalta dalla ricostruzione in fatto operata dall'ordinanza. Dal testo del provvedimento emergono, infatti, almeno tre trasfusioni diverse, eseguite rispettivamente il 20 marzo, il 23 marzo e, infine, intorno al 4 aprile 2013, a seguito della conferma del dissenso al trattamento operato dall'Amministratore di sostegno nominato nel frattempo dal Giudice tutelare.

Si è, perciò, in presenza di atti terapeutici posti tutti a valle del rifiuto di quel trattamento manifestato dalla paziente il 13 marzo dello stesso anno, e compiuti a un apprezzabile lasso di tempo l'uno dagli altri. Ciò significa, a ben vedere, che qualora questi atti si dovessero ritenere tutti dotati di eguale rilevanza penale, l'indagato si troverebbe a dover rispondere di ben tre episodi di violenza privata in concorso materiale (oltre, stando all'ipotesi accusatoria, del reato di inosservanza dolosa del provvedimento del giudice)⁵⁵.

Si segnala, peraltro, che il rigore del trattamento sanzionatorio difficilmente potrebbe venir attenuato dalla continuazione (art. 81, comma 2 c.p.), essendo arduo sostenere che questi delitti siano stati commessi in base, ad esempio, a un'iniziale deliberazione di programmatico disinteresse delle manifestazioni volontaristiche della paziente, in vista del soddisfacimento di un interesse terapeutico concepito in termini paternalistico-obiettivi. Si deve infatti tenere a mente che il «disegno» di cui all'art. 81, comma 2 c.p. deve essere «criminoso», e non può, quindi, esser ritenuto tale un vago intento di tutelare la salute del paziente da ogni possibile pregiudizio. Inoltre, come precisato dalla giurisprudenza prevalente, questo requisito di matrice psicologica è soddisfatto solamente quando l'autore delle violazioni si sia rappresentato (seppur in termini generici) sin da principio i singoli episodi criminosi poi realizzati⁵⁶.

5. Lesioni, violenza privata e mancata esecuzione di un provvedimento del giudice: la decisione del GIP.

Scartato l'abuso d'ufficio dal mazzo delle soluzioni praticabili, il giudice si trova a fare i conti con le ipotesi prospettate in opposizione alla richiesta di archiviazione: i reati di lesioni personali dolose e di violenza privata.

Il ragionamento sulle due fattispecie parte dal punto fermo segnato dalle Sezioni Unite «Giulini», che hanno enunciato due principi rimasti relativamente stabili: l'evento «malattia» deve essere interpretato in termini funzionali, mentre il concetto di

⁵⁵ La contestualità degli atti criminosi rappresenta infatti *condicio sine qua non* per la loro valutazione unitaria (v. per tutti G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino 2008, 178 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 126 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Milano 2012, 468; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2012, 116 ss.).

⁵⁶ Cfr. *ex multis* [Cass. pen., Sez. I, n. 45908 del 2014](#), in www.italgiure.giustizia.it.

«violenza» deve essere inteso come «aggressione fisica», e consistere in una condotta logicamente distinguibile dall'evento costrittivo che ne consegue.

Più nello specifico, con riferimento al reato di lesioni, le Sezioni Unite hanno precisato che la «malattia» di cui all'art. 582 c.p. non può più essere intesa al modo di «qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non influente sulle condizioni organiche generali»⁵⁷. Difatti, con l'introduzione dell'art. 32 Cost., l'oggetto giuridico del reato in parola deve essere individuato nel bene dinamico della salute e non più in quello statico dell'integrità, la quale peraltro mal si presta a essere adoperata in caso di malattie che abbiano a che fare con la psiche dell'offeso⁵⁸. Si opta dunque a favore della nozione medico legale di malattia, intesa quale «processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo»⁵⁹.

Partendo da questa nozione, per vero non esente da rilievi⁶⁰, il GIP ha buon gioco nell'escludere l'applicabilità dell'art. 582 c.p. al caso di specie. Difatti, sebbene si ritenga ormai unanimemente che la salute non possa più essere concepita in isolamento dal soggetto cui inerisce, il tipo criminoso delineato dall'art. 582 c.p. richiede per il suo perfezionamento un evento prettamente oggettivo. Si potrebbe dire, icasticamente, *sine morbo nulla iniuria*. Le emotrasfusioni praticate alla donna, però, non hanno all'evidenza «alterato *in peius* lo stato di salute della donna o aumentato le sue sofferenze o addirittura accelerato l'esito infausto», conseguentemente il fatto non può essere considerato tipico a questa stregua, a nulla rilevando l'avvenuta (e plurima) violazione del dissenso dell'inferma⁶¹.

Più articolato, invece, il discorso sulla violenza privata.

Qui sono due le acquisizioni fondamentali raggiunte delle citate Sezioni Unite: la prima, riservata a un *obiter dictum*, secondo la quale «il medico che abbia operato *in corpore vili* "contro" la volontà del paziente» compie un atto dalla «sicura» rilevanza penale, anche a prescindere dall'esito fausto o infausto del trattamento; la seconda, invece, raccoglie gli stimoli di autorevole dottrina e definisce il concetto di «violenza» *ex art.* 610 c.p. come «aggressione fisica»⁶², da adoperarsi quale «mezzo destinato a

⁵⁷ Cfr. Relazione al progetto definitivo del codice penale, nonché, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, n. 343 del 1971, in *Giust. pen.*, 1972, 343; Cass. pen., Sez. I, n. 11000 del 1978, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1979, 559.

⁵⁸ Cass. pen., Sez. Un., n. 2437 del 2009, cit.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. Un., n. 2437 del 2009, cit.

⁶⁰ Specie nel campo medico-chirurgico, ove in molti casi l'applicazione di determinati presidi risolve una patologia provocandone un'altra (si pensi all'amputazione del braccio in cancrena). Sul punto v. *Infra*, par. 5.1. e 7.

⁶¹ L'argomentazione del GIP fa il paio con alcune recenti pronunce di legittimità, che hanno ritenuto l'acquisizione del consenso informato del tutto irrilevante anche sotto il profilo dell'accertamento della colpa medica (v. [Cass. pen., Sez. IV, n. 2347 del 2014](#), in www.italgiure.giustizia.it; Cass. pen., Sez. IV, n. 32423 del 2008 in AA.VV., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità* (a cura di F. GIUNTA), Napoli, 2011). Si tratta di un orientamento che ha autorevoli sostenitori anche in dottrina, ma che non può allo stato ritenersi pacifico (v. *Infra*, par. 7).

⁶² Il riferimento va all'opera di F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, I, *L'offesa mediante violenza*, Milano 2002, ove si prende posizione contro la c.d. teoria della coazione, antecedentemente prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, perché dotata di margini applicativi talmente lassi da porla persino in

realizzare [...] “qualcosa” di diverso dal “fatto” in cui si esprime la violenza» stessa, e che la vittima deve essere «costretta» a subire⁶³.

Quindi, fermo restando la «sicura» rilevanza penale del trattamento medico arbitrario c.d. *coatto*, per aversi violenza privata lo specialista deve intervenire sul corpo del paziente esercitando una *vis physica* funzionale a costringerlo a subire qualcosa che non può, però, essere rappresentato dalla condotta violenta stessa. Difatti, i due elementi vengono chiaramente distinti dalla fattispecie incriminatrice, perciò non potrebbe applicarsi l'art. 610 c.p. quando la violenza sulla persona consista «nell'operazione» e «l'evento di coazione» risieda «nel fatto di “tollerare” l'operazione stessa»⁶⁴.

In applicazione di queste coordinate ermeneutiche, il Giudice per le indagini preliminari di Tivoli per prima cosa rileva come le trasfusioni operate dall'indagato siano avvenute «in assenza del prescritto consenso», e anzi contro l'espresso dissenso della paziente prima, e del suo Amministratore poi. Inoltre, il decidente evidenzia come in questo caso l'atto violento sia logicamente e cronologicamente ben distinguibile dall'evento che la paziente è stata costretta a subire, consistendo il primo nell'inserimento dell'ago nel corpo dell'inferma, e il secondo nel trattamento trasfusionale previamente rifiutato, che l'inserimento dell'ago è funzionale a farle tollerare. Conseguentemente, si ipotizza l'avvenuta integrazione dell'art. 610 c.p.

L'ordinanza si conclude ravvisando un'ulteriore ipotesi delittuosa a carico del terapeuta, consistente in particolare nella mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice. L'ultima trasfusione di sangue, infatti, è stata compiuta violando apertamente la dichiarazione dell'Amministratore di sostegno, nominato specificamente per far rispettare la volontà della paziente. Così facendo, l'indagato avrebbe eluso «il provvedimento del giudice tutelare funzionale alla prestazione di quel rifiuto», integrando pertanto il reato disciplinato dall'art. 388, comma 2 c.p.

5.1 Qualche notazione critica.

La pronuncia del giudice tiburtino cerca lodevolmente di dar seguito allo «slogan» della rilevanza penale della condotta sanitaria arbitraria coatta, spesso adoperato dalla giurisprudenza come formula di stile del tutto inessenziale per la risoluzione dei casi sottoposti al suo scrutinio. In molti casi, invero, l'*obiter dictum* sulla criminosità dell'atto medico praticato nonostante il dissenso sembra svolto dall'interprete per esorcizzare le patenti difficoltà di passare dalle parole ai fatti facendo uso dello strumentario repressivo fornito dal vigente codice penale⁶⁵. Il GIP di Tivoli

contrasto con il linguaggio comune, essendo suscettibile di ricomprendere nel concetto di *violentia* persino uno sciopero della fame (ossia la forma di lotta «non violenta» per eccellenza).

⁶³ In senso conforme v. *ex multis* Cass. pen., Sez. V, n. 38914 del 2015, cit.

⁶⁴ Cass. pen. Sez. Un., n. 2437 del 2009, cit.

⁶⁵ Quantomeno laddove alla violazione del consenso non si accompagni anche la commissione di gravi imperizie o condotte temerarie: in queste ipotesi, la Cassazione ha invero dimostrato recentemente una spiccata tendenza a ravvisare in capo ai medici imputati addirittura il delitto di lesioni dolose (si pensi ai

cerca invece una strada per dare sostanza alle indicazioni promananti dal quadro giuridico nazionale e sovranazionale, ormai univoco nel considerare la salute inscindibile dalla sua dimensione soggettiva, e perciò dall'identità del paziente in sé per sé considerato. Nondimeno, il percorso argomentativo con cui mette in pratica questo intento presenta delle criticità in ognuno dei suoi snodi più significativi, attinenti in particolare all'identificazione della specifica norma penale violata dal medico indagato.

Procedendo con ordine, per quel che concerne l'esclusione del reato di lesioni dolose dal caso di specie, come già osservato il decidente prende le mosse da un assunto teorico, quello fissato dalle Sezioni Unite «Giulini», che invero ha evidenziato nel tempo tutta la sua fragilità: la concezione funzionale della «malattia» nel combinato disposto con l'esito «fausto» o «infausto» dell'intervento. A ben vedere, se per «malattia» deve intendersi una menomazione funzionale dell'organismo, molte prestazioni terapeutiche potrebbero essere qualificate come vere e proprie lesioni personali, giacché sono innumerevoli i presidi predisposti dalla scienza sanitaria capaci di produrre conseguenze ben più rilevanti di semplici alterazioni anatomiche nel corpo del paziente (c.d. interventi invasivi). Per questa ragione, la giurisprudenza ha ritenuto opportuno focalizzare l'attenzione sull'esito del trattamento, affermando che qualora esso sia stato condotto nel rispetto delle *leges artis* e abbia avuto un risultato «obiettivamente» positivo, ogni alterazione o menomazione da questo provocata debba considerarsi legittima dal punto di vista penale⁶⁶.

Si compie, perciò, una valutazione ponderale dei costi e benefici del trattamento sulla salute complessiva del malato, in termini però del tutto astratti rispetto alla percezione di sé che egli ha sviluppato e manifestato. I vantaggi offerti da questa opzione ermeneutica sono evidenti: intendere la salute in senso puramente obiettivo, infatti, appare confacente con l'esigenza di assicurare maggiore tassatività al concetto di «malattia» e, conseguentemente, al delitto di lesioni, impedendo che il medico possa essere sottoposto a pena a seconda delle mutevoli valutazioni del singolo paziente, quando l'intervento sia stato praticato conformemente alle regole d'arte e abbia garantito un effettivo miglioramento delle condizioni psicofisiche. Nondimeno, a ben vedere, questi vantaggi sono più apparenti che reali. Anzitutto, «può essere già difficile, sulla

casi «Petretto» e «Guzinska», ove la Corte ha accolto i ricorsi dei Pubblici ministeri, riqualificando in dolose le imputazioni di lesioni colpose ascritte agli imputati dalle corti d'appello; per un'analisi critica di questi e altri casi di trattamenti sanitari arbitrari affrontati dalla giurisprudenza «post-Giulini», si rinvia al lavoro di A. CAPPELLINI, *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1124 ss.).

⁶⁶ Qualora, invece, l'intervento abbia avuto un esito negativo, il medico potrà comunque essere ritenuto esente da responsabilità penali allorché abbia agito «per finalità terapeutiche», ritenute incompatibili con il dolo di lesioni. Così facendo, però, si «trasforma la fattispecie a dolo generico delle lesioni personali dolose in una fattispecie a dolo specifico» (cfr. A. VALSECCHI, *Sulla responsabilità penale*, cit., 7). Invero, in molti casi il tema sembra piuttosto riguardare la non imputabilità dei pregiudizi scaturiti dal trattamento eseguito *leges artis*, perché rientranti nella sfera di rischio consentito dall'ordinamento: la *pars* oggettiva del giudizio di colpevolezza, rappresentata dalla c.d. violazione delle regole di condotta, inerisce infatti al piano della tipicità obiettiva e, perciò, rileva sia in caso d'illecito colposo che doloso (a riguardo si veda tra i tanti F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 124 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 328).

base di criteri clinici oggettivi, arrivare ad una valutazione concorde sui benefici per la salute del paziente di un determinato intervento»⁶⁷. In secondo luogo, ogni trattamento provoca (anche) delle sofferenze, le quali sono tanto maggiori quanto più invasiva e demolitiva è l'operazione medico-chirurgica cui il paziente è stato sottoposto. Infine, l'idea che esista una condizione obiettiva di benessere determinabile attraverso l'enucleazione di un uomo sano-standard appare ormai del tutto implausibile dal punto di vista scientifico⁶⁸, e irricevibile da quello giuridico. Come la prevalente dottrina va ripetendo da tempo, infatti, la «concezione personalistica di salute»⁶⁹ accolta dalla nostra Carta costituzionale, riserva al solo paziente «il bilanciamento tra costi e benefici del trattamento»⁷⁰, rappresentando esso «l'esercizio non comprimibile né fungibile, della percezione di sé e di una libertà che attiene alla propria identità»⁷¹.

Seguendo il filo di questa ricostruzione, e sfruttando le crepe aperte dalla giurisprudenza più recente nel *dictum* delle Sezioni Unite Giulini⁷², il GUP ben avrebbe potuto valutare la possibilità di interpretare l'art. 582 c.p. in termini costituzionalmente più adeguati, esplorando ad esempio la possibilità di dare rilievo all'autodeterminazione del paziente attraverso la teoria c.d. del «*quantum* di divergenza tra intervento assentito ed intervento effettuato»⁷³, oppure, in una diversa prospettiva, di verificare la tipicità della «*intera* serie di conseguenze [immediate] del trattamento chirurgico incidenti, in concreto e in misura *non irrilevante*, sul benessere fisiopsichico della persona»⁷⁴, a prescindere perciò dal «saldo finale» dell'intervento. Per vero, a tacer d'altro⁷⁵, questi tentativi nel caso di specie sarebbero comunque stati destinati a infrangersi sullo scoglio della nozione medico-legale di «malattia»⁷⁶.

Analizzando, invece, il percorso argomentativo seguito per affermare l'integrazione del reato di violenza privata, a destare perplessità non è tanto la base teorica adoperata dal decidente, quanto l'applicazione che ne è stata fatta. Difatti, se si può concordare sul fatto che l'inserimento di un ago nel corpo di un uomo possa rappresentare una condotta «violenta», tuttavia con molta difficoltà si possono cogliere gli estremi per distinguerlo dall'evento che esso è funzionale a far tollerare al paziente

⁶⁷ M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà*, cit., 465.

⁶⁸ V. *Supra*, nt. 32.

⁶⁹ M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà*, cit., 465.

⁷⁰ F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 179.

⁷¹ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso del S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 6.

⁷² V. *ex multis* [Cass. pen., Sez. VI, n. 21799 del 2010](#), pubblicata su *questa Rivista* in allegato ad A. VALSECCHI, [Sulla responsabilità penale](#), cit., ove si qualifica come lesione ogni menomazione che possa reputarsi non necessaria rispetto alle esigenze di cura, in base a un giudizio condotto (anche) sul metro della volontà del paziente, e teso a verificare se egli, qualora fosse stato rettamente informato, avrebbe o meno seguito un percorso terapeutico diverso.

⁷³ M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà*, cit., 465 (v. *Infra*, par. 7).

⁷⁴ F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento*, cit., 180 (v. *Infra*, par. 7).

⁷⁵ A riguardo v. *Infra*, par. 7.

⁷⁶ Un approdo interpretativo che non è stato affondato dalle critiche che gli sono state mosse nel tempo, v. *Infra*, nt. 98.

dissenziente, ossia l'emotrasfusione. Invero, il posizionamento di un accesso venoso periferico rappresenta un passaggio ineludibile del trattamento di reintegrazione della massa ematica, che non può perciò esser limitato alla mera trasmissione del sangue dalla sacca al malato. La distinzione operata, perciò, seppur giustificata e giustificabile, appare empiricamente fragile.

Infine, anche la contestazione al medico del reato di cui all'art. 388, comma 2 c.p. non pare del tutto convincente⁷⁷. Nello specifico, il provvedimento di nomina emesso del Giudice tutelare è rivolto esclusivamente a individuare e delimitare le attribuzioni esercitabili dal gerente designato in vece del beneficiario incapace⁷⁸. Pertanto, una volta che l'Amministratore è stato nominato e ha eseguito le sue mansioni nel rispetto delle prescrizioni contenute nel decreto, il provvedimento del giudice risulta correttamente attuato, a nulla rilevando le condotte del medico o di altri soggetti, che rispetto a esso possono esser ritenuti alla stregua di terzi estranei⁷⁹.

In buona sintesi, perciò, escluso il reato di lesione e scartati quelli di violenza privata e mancata esecuzione dolosa, l'unica via che il decidente poteva percorrere per non accogliere la richiesta di archiviazione presentata dal Pubblico ministero, era forse quella di valorizzare la condotta violenta del medico ai sensi della residuale fattispecie di cui all'art. 581 c.p. Difatti, l'espresso dissenso manifestato della degente rispetto allo specifico trattamento proposto, ha fatto sì che esso sia stato praticato in assenza della sua base di legittimazione (*id est* il consenso informato)⁸⁰, e poichè questo presidio medico è consistito in una vera e propria aggressione al corpo della paziente, ha integrato quei caratteri minimi necessari a qualificarlo come penalmente «violento»⁸¹. Ora, a mente dell'art. 581, comma 2 c.p., ogni comportamento violento integra anzitutto la fattispecie di percosse, la quale non si applica soltanto a condizione che la «violenza» sia

⁷⁷ In argomento si rimanda, per tutti, ad A. ALESSANDRI, *Il problema delle misure coercitive e l'art. 388 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 154 ss.; G. BERSANI, *Il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice fra dottrina ed applicazioni giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 2005, 655 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 431 ss. In giurisprudenza, si veda [Cass. pen., Sez. Un., n. 36692 del 2007](#), in [www.penale.it](#).

⁷⁸ Aventi a oggetto, in questo caso, la tutela dell'autodeterminazione terapeutica della paziente incosciente.

⁷⁹ Si ricorda che questa fattispecie, per l'orientamento prevalente, rappresenta un reato proprio, potendo essere integrata soltanto dallo specifico soggetto destinatario degli obblighi contenuti nel provvedimento giudiziale (v. G. BERSANI, *Il delitto di mancata esecuzione*, cit., 655; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 432).

⁸⁰ Questo a prescindere dalla teoria adoperata dall'interprete per giustificare l'attività sanitaria: difatti, sia che si parli di autolegittimazione (v. *Supra*, nt. 10), che di scriminante *ad hoc* (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003, 317) o di attività non antiggiuridica ai sensi degli artt. 50 (F. VIGANÒ, sub *Art. 50*, cit., 707 ss.) e/o 51 c.p. (F. MANTOVANI, *I trapianti*, cit., 644), in presenza di un espresso dissenso del paziente non v'è chi non ritenga offensivo e obiettivamente illecito il trattamento somministrato.

⁸¹ Non v'è dubbio che il trattamento trasfusionale possa essere qualificato in questi termini, dato che presuppone persino un'effettiva penetrazione della cute e delle tonache della vena, certamente in grado di provocare quel transitorio effetto vasomotorio, possibilmente doloroso, solitamente chiamato in causa per condotte molto meno invasive, quali quelle consistenti in schiaffi ([Cass. pen., Sez. III, n. 43316 del 2014](#), in [www.italgiure.giustizia.it](#)) o strattoni ([Cass. pen., Sez. V, n. 21813 del 2017](#), in [www.italgiure.giustizia.it](#)).

considerata quale elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato⁸² che però, nel caso di specie, non ricorre, lasciandole quindi campo libero⁸³.

Si tratta di una prospettiva, forse, meno accattivante in chiave di «giustizia», ma forse più plausibile in termini strettamente tecnico-giuridici⁸⁴.

6. Una postilla sullo stato di necessità.

Prima di concludere, si ritiene opportuno spendere qualche considerazione sul tratteggio richiamo all'art. 54 c.p.

Legittimato in passato dalla giurisprudenza di legittimità⁸⁵ e di merito⁸⁶, esso è sempre «molto in voga» in ambito medico-chirurgo, e conseguentemente non ha mancato di fare anche qui la sua comparsa.

Come già ricordato, infatti, nella comunicazione inoltrata dal medico alla Procura dopo aver preso contatto col citato amministratore di sostegno, l'indagato per giustificare la sua condotta ha richiamato precipuamente lo stato di necessità. Si tratta di un riferimento alquanto scivoloso, perché rischia di rendere il rifiuto di cure non soltanto un «diritto minore»⁸⁷, ma addirittura un diritto farsa, essendo condizionato *ab*

⁸² Come ad esempio quello di violenza privata (cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. V, n. 4669 del 1995, in CED, rv. 201314).

⁸³ Si ritiene opportuno evidenziare che l'argomento della «finalità terapeutica» perseguita dal medico è destinato a perdere spessore con riferimento a questa fattispecie. A ben vedere, si tratta di un ragionamento che se può forse valere per una norma, l'art. 582 c.p., tutta orientata alle conseguenze, non può però essere decisivo rispetto a quest'ultima, focalizzata invece sul piano della condotta: dal punto di vista soggettivo, infatti, il delitto di percosse richiede esclusivamente che il reo abbia voluto e si sia rappresentato di attingere con «violenza» la sfera fisica del soggetto passivo (v. per tutti [Cass. pen., Sez. V, n. 26821 del 2016](#), in [www.italgiure.giustizia.it](#); [Cass. pen., Sez. V, n. 44954 del 2012](#), in [www.italgiure.giustizia.it](#)), consapevolezza che non può essere scalfita dallo scopo eventualmente perseguito, destinato a cadere a valle di un comportamento che, anche a cagione della sua arbitrarietà, ha già acquistato rilevanza penale.

⁸⁴ E quando le strade tra questi due poli si divaricano, non v'è dubbio che almeno il giudice «deve scegliere il diritto» (Cfr. F. IACOVIELLO, [Tra diritto e giustizia il giudice deve scegliere il diritto](#), in *questa Rivista*, 21 novembre 2014; per una riflessione più articolata sul punto si rinvia per tutti al prezioso scritto di T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, 756 ss., reperibile anche in [questa pagina web](#) o in [questa pagina web](#)).

⁸⁵ Perfino Cass. pen., Sez. Un., n. 2437 del 2009, cit., richiama lo stato di necessità come situazione eccezionale atta a giustificare l'intervento in assenza o contro la *voluntas aegroti* (v. punto 6 delle considerazioni in diritto; in senso conforme si veda *ex multis* Cass. pen., Sez. IV, n. 11335 del 2008, in Aa.Vv., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Napoli 2011; Cass. pen., Sez. IV, n. 35822 del 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 2041).

⁸⁶ Particolarmente significativo il caso commentato da F. VIGANÒ, [Emotrasfusione nonostante il dissenso del paziente Testimone di Geova: assolti i medici per errore inevitabile sulla legge penale](#), in *questa Rivista*, 21 maggio 2013, dov'è addirittura la Procura della Repubblica a rassicurare i medici che l'hanno interpellata sulla liceità dell'emotrasfusione salvavita praticata nonostante il dissenso, proprio in ragione dell'art. 54 c.p. La scelta dell'organo inquirente sarà oggetto di pesanti censure da parte del G.i.p. del competente Tribunale, il quale tuttavia non potrà che ravvisare a favore dei medici gli estremi della scusante di cui all'art. 5 c.p.

⁸⁷ Come osservato da A. GARGANI, *Jus imperfectum?*, cit., 516, infatti, «in sé considerata, la libertà di autodeterminazione terapeutica assume la consistenza di un diritto 'in vitro', che può essere, cioè, esaminato

externo dalla «clausola risolutiva», per così dire, dello stato di salute obiettivo del suo titolare, che in buona sintesi finisce per far venir meno la *facultas* esattamente nel momento in cui potrebbe essere esercitata. Col risultato paradossale, peraltro, di rendere il medico irresponsabile sia laddove intervenga arbitrariamente a tutela della salute del paziente, perché coperto dall'art. 54 c.p.; sia laddove si astenga, perché liberato dal diritto del malato di rifiutare le cure⁸⁸.

Fortunatamente, gli argomenti per avversare una simile ricostruzione abbondano, e sono stati evidenziati dalla giurisprudenza più recente, oltretutto dalla dottrina prevalente. Tra questi, il GIP sceglie forse quello più evidente: per un elementare (quanto trascurato!) principio di gerarchia delle fonti «l'art. 32 comma 2 Cost. rende inapplicabile l'art. 54 c.p. a tutte le ipotesi – come quella in esame – in cui il pericolo in caso di omesso trattamento [...] è conosciuto ed espressamente accettato da chi lo subisce».

Un'affermazione limpida e cristallina, del tutto condivisibile. Nondimeno, da un punto di vista logico, asserire che una disposizione non si applica per gerarchia, corrobora implicitamente l'idea per la quale in assenza della norma superiore essa potrebbe invece applicarsi.

Così, però, non è.

Anzitutto, lo stato di necessità disciplina un conflitto tra beni giuridici appartenenti a titolari diversi, mentre in questi casi gli interessi in conflitto («autodeterminazione» e «salute oggettiva») pertengono al medesimo individuo, ossia al malato. In secondo luogo, questa fattispecie facoltizza e non obbliga un intervento che per il medico, invece, è sempre doveroso, a condizione però che sia (per l'appunto!) assentito o comunque giustificabile in chiave solidale (artt. 2 e 32 Cost.)⁸⁹. Inoltre, proprio sulla base di queste notazioni, non si vede come in ipotesi consimili possano essere soddisfatti i prerequisiti della «costrizione», non potendo difatti definirsi tale chi «in assenza di un dovere di soccorso, intervenga in favore del terzo contro la sua volontà»⁹⁰, o altresì quello della «proporzione» tra bene aggredito e salvaguardato: l'art. 32 Cost., invero, pone proprio l'autodeterminazione quale limite alla somministrazione di trattamenti terapeutici qualsivoglia (anche salvavita), indi per cui l'applicazione dell'esimente in questi casi finirebbe per «sovertire gerarchie di valori altrove stabilite, rappresentando anzi quelle gerarchie un presupposto ed una condizione di operatività

e misurato, solo se 'isolato' dalla molteplicità di fattori interagenti che, dando luogo a una notevole forza d'attrito, tendono a condizionare e a ridurre ai minimi termini gli spazi di effettivo esercizio del diritto stesso».

⁸⁸ «La scelta, peranto, si gioca esclusivamente e terribilmente sul piano etico rispetto al quale è la coscienza del singolo a dover rispondere» (M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 380).

⁸⁹ V. *Supra*, par. 2.

⁹⁰ cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 178. In senso conforme si veda, tra i tanti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 262, il quale acutamente osserva come l'applicazione di questa disposizione potrebbe anche comportare «la possibile condanna del medico ad un equo indennizzo»; A. VALLINI, *Il diritto di rifiutare le cure*, cit., 498.

dell'art. 54 c.p.»⁹¹. Non si dimentichi, infine, che l'intervento in stato di necessità postula la realizzazione di un comportamento che l'ordinamento valuta comunque offensivo e ingiusto, suscettibile perciò di essere legittimamente respinto (art. 52 c.p.), e che ai sensi dell'art. 33 della l. n. 833 del 1978 i c.d. TSO devono essere previsti da una legge che li regoli in modo «espresso», cosa che evidentemente la fattispecie a contenuto generale dell'art. 54 c.p. non fa e non può fare.

Insomma, da qualunque angolo la si guardi, in questo frangente lo stato di necessità pare proprio non trovare spazi.

7. Conclusioni.

Tirando le fila del discorso svolto sino ad ora, si ritiene che le non poche asperità del percorso ermeneutico tracciato dal giudice tiburtino siano attribuibili in prevalenza alle fattispecie incriminatrici del codice Rocco, palesemente inadeguate a tutelare l'autodeterminazione terapeutica. D'altra parte, come visto, i reati contro la persona sono stati formulati in un periodo in cui si valorizzava esclusivamente l'interesse pubblico a una popolazione fisicamente integra⁹², e il rapporto di cura era improntato su basi fortemente paternalistiche. Adesso, invece, si proclama la salute quale diritto individuale del cittadino, che diviene l'unico titolare a esprimere le proprie, insindacabili valutazioni sul suo stato psicofisico. In questo senso, si ritiene che il concetto di salute non possa più misurarsi in astratto, ma soltanto in stretta aderenza all'idea di sé che l'individuo conserva. Eppure, persino in un caso limite come quello sottoposto all'esame del giudice tiburtino, che non stressa sino in fondo le problematiche poste da ipotesi consimili al vigente quadro repressivo⁹³, si fa fatica ad assicurare tutela penale alla libertà e dignità del malato.

⁹¹ A. VALLINI, *Rifiuto di cure «salva-vita»*, cit., 81. Sul punto si veda anche G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 266, il quale osserva più in generale come la funzione di «rimedio estremo contro situazioni di grave pericolo non fronteggiabile attraverso le 'vie legali'» renda questa scriminante «radicalmente incompatibile con tutte le ipotesi in cui risultino legalmente predeterminati i modi e le forme attraverso i quali determinati interessi debbono trovare la propria legittima composizione» (tanto attraverso «specifiche norme di legge», quanto sulla base «dei principi generali dell'ordinamento giuridico», cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 262; v. anche F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, 1057).

⁹² Si pensi anche all'art. 5 c.c., il cui rapporto con le scriminanti di cui agli artt. 50 e 51 c.p. è stato in passato oggetto di vivace dibattito proprio in riferimento all'attività medica (invero, con il problema dell'assenso o del rifiuto ai trattamenti terapeutici l'art. 5 c.c. non ha nulla a che vedere, occupandosi invece di atti di disposizione di natura negoziale, funzionali a interessi di terzi: cfr. D. PULITANÒ – E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 333; v. inoltre F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, 86; F. VIGANÒ, sub *Art. 50*, cit. 707).

⁹³ Trattasi infatti di atto medico eseguito su un paziente che aveva espressamente, informatamente e chiaramente manifestato il proprio dissenso al trattamento. Ci si allontana, perciò, dagli interventi eseguiti (non «contro» ma) in «assenza» del consenso, ove «la contrapposizione tra scelte terapeutiche del sanitario e diritto di autodeterminazione del paziente» risulta maggiormente «sfumata», e perciò di ancor più problematica rilevanza penale (M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà*, cit., 456).

È perciò d'obbligo interrogarsi sulle possibili soluzioni praticabili per garantire un equilibrato contemperamento tra l'esigenza di protezione della salute soggettiva della persona, e il buon andamento dell'attività sanitaria, spesso frustrato da disposizioni e ricostruzioni che inducono al difensivismo⁹⁴.

In tal senso, chi scrive ritiene di poterne indicare due, operanti su piani differenti.

De iure condito, sono note le soluzioni già indicate dalla dottrina, così come i relativi limiti. In particolare, coloro che ritengono di poter impiegare con successo il delitto di cui all'art. 610 c.p.⁹⁵, non riescono, come visto, a fornire convincenti argomentazioni atte a motivare la tipicità dei trattamenti sanitari arbitrari c.d. divergenti, e altresì, sovente, scontano la difficoltà di distinguere nei casi concreti la condotta violenta dall'evento che essa è funzionale a far tollerare.

Dall'altro lato, gli orientamenti che hanno tentato di valorizzare un concetto meno oggettivo di salute nel prisma del delitto di lesioni personali, non sono comunque riusciti a persuadere la giurisprudenza, forse anche a causa di alcuni (inevitabili, visto il quadro normativo) limiti di fondo che sono emersi nel dibattito che ne è seguito. In particolare, la proposta di ritenere già tipiche le conseguenze dirette e immediate dell'intervento chirurgico, quando incidenti «in misura *non irrilevante*»⁹⁶ sul benessere psicofisico del paziente, offre una ricostruzione poco convincente dell'attività medico-chirurgica come attività obiettivamente lesiva ma scriminata dal consenso del malato⁹⁷,

⁹⁴ Per avere contezza delle ragioni e delle dimensioni empiriche del fenomeno, si rinvia a R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1107 ss.; C. GRANELLI, *Medicina difensiva*, cit., 23 ss. Non manca, ad ogni modo, chi ritenga il problema ampiamente sovrastimato, almeno nella sua correlazione con le cause penali: v. C. BRUSCO, [Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica](#), in questa *Rivista*, 14 luglio 2016.

⁹⁵ Si veda, tra i tanti, A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario"*, cit., 470 ss.; G. MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2008, 1957.

⁹⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento*, cit., 180.

⁹⁷ Questo sia in ragione delle richiamate argomentazioni e indici normativi (v. *Supra*, nt. 10) a sostegno della teoria della autolegittimazione dell'attività medica, sia perché il meccanismo di giustificazione previsto dall'art. 50 c.p. appare sostanzialmente inconciliabile col settore sanitario, essendo incentrato sull'«interesse mancante e [la] conseguente indifferenza dell'ordinamento giuridico, mentre la liceità dell'attività medico-chirurgica si fonda sull'utilità sociale della stessa e, quindi, sul conseguente giudizio giuridico di prevalenza dell'interesse da essa espresso» (cfr. F. MANTOVANI, *Manuale*, cit., 277; *contra* F. VIGANÒ, sub *Art. 50*, cit., 673, il quale ritiene che anche in questo caso «il fondamento della scriminante deve essere individuato nel bilanciamento tra tali interessi, e non già in una supposta *carenza d'interesse* dell'ordinamento alla tutela del bene alla cui lesione il titolare abbia consentito: anche i beni di natura strettamente individuale, infatti, conservano sempre agli occhi dell'ordinamento una loro dignità di tutela "oggettiva", che può di volta in volta *prevalere* o *soccombere* di fronte all'opposta istanza di tutela dell'autodeterminazione individuale»).

e altresì del concetto di «malattia»⁹⁸ e del dolo di lesione nei predetti casi⁹⁹. La teoria del *quantum* di divergenza¹⁰⁰, invece, dà rilievo a elementi del tutto *praeter legem*, e non fornisce criteri precisi per localizzare in modo sufficientemente prevedibile il punto a partire dal quale diventa penalmente rilevante la difformità tra le conseguenze dell'intervento assentito dal paziente e quello effettivamente realizzato dallo specialista¹⁰¹.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si potrebbe allora pensare di recuperare un'altra proposta interpretativa, che invero non ha riscosso particolare seguito, ma che a conti fatti rappresenta forse l'unico modo per garantire adeguata tutela a un'autodeterminazione tanto omaggiata quanto (in concreto) trascurata. Si fa riferimento a quella dottrina che ritiene possibile adoperare il consenso informato come criterio discretivo delle norme cautelari applicabili all'intervento medico-chirurgico¹⁰². La teoria si basa sulla condivisibile «idea [...] che il trattamento medico è una scommessa sul corpo del paziente, e deve dunque essere – nei limiti del possibile – una scommessa

⁹⁸ In aperta polemica con la c.d. concezione medico-legale, facendo leva anche sull'intitolazione del Capo I («Delitti contro la vita e l'incolumità individuale»), si è infatti sostenuto che il bene giuridico tutelato dal delitto di lesioni fosse l'integrità fisica (*rectius* il diritto a non subire intrusioni indesiderate nella propria sfera corporea), e che conseguentemente dovessero considerarsi tipiche a questa stregua pure le azioni che avessero cagionato «anche solo nell'immediato un'alterazione, soggettivamente percepita, del precedente equilibrio fisiopsichico del paziente» (cfr. F. VIGANÒ, sub Art. 50, cit., 703; si pone in una prospettiva in parte assimilabile F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1966, 645). Tuttavia, questa teoria, che persegue l'evidente (ed encomiabile) scopo di garantire una maggiore tutela all'autodeterminazione del paziente, sembra presupporre «per un verso, un giudizio della prestazione medica che pecca di formalismo ed astrattezza, invertendo metodologicamente la valutazione del mezzo con quella del fine della stessa, e, d'altro canto, opera un vistoso *misunderstanding* del significato, intrinsecamente lesivo e negativo, immanente alla nozione di lesione personale» (A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario"*, cit., 459). In effetti, interpretata in tal modo, la nozione di «malattia» finisce per smarrire ogni collegamento con la sua base empirico-scientifica di riferimento, e così pure la sua stessa capacità denotativa, provocando la «scomparsa di ogni distinzione concettuale tra lesioni e percosse» (S. DEL CORSO, *Il consenso*, cit., 544).

⁹⁹ Sul punto vale la pena richiamare le illuminanti parole di M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso*, cit., 379, il quale afferma che considerare atomisticamente ogni singola conseguenza dell'intervento terapeutico come obiettivamente dannosa, renderebbe impossibile l'accertamento del dolo anche nella sua forma eventuale, poiché «l'agire del sanitario è improntato alla tutela della salute del paziente, il che esclude il requisito dell'accettazione del fatto. Ravvisare gli estremi del dolo eventuale significa o svilire la componente volontaristica del dolo in favore di ben noti orientamenti presuntivi che fondano essenzialmente il dolo sul momento strutturale rappresentativo [...], oppure ipotizzare un agire estremo del medico del tipo di quello prospettato nella motivazione della sentenza Barese, nel quale l'azione è supportata da una rappresentazione dei costi (certi) dell'intervento, che sopravanzano ampiamente i benefici (eventuali) dello stesso».

¹⁰⁰ Proposta come visto da M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà*, cit., 465.

¹⁰¹ Con l'effetto collaterale, peraltro, di far dipendere ancora una volta la tutela della salute personalisticamente intesa, da valutazioni di stampo marcatamente oggettivo: per acquistare rilevanza penale, infatti, le conseguenze non assentite devono in ogni caso esser ritenute obiettivamente «più gravose» di quelle consentite.

¹⁰² Ciò è utile *a fortiori* laddove la c.d. «migliore scienza ed esperienza» disponibile sia difficile da individuare, perché i protocolli operativi predisposti per il contrasto della determinata patologia rimangono aperti a un certo numero di possibilità diverse, oppure sono di tipo sperimentale, e perciò più suscettibili di altri a possibili smentite e revisioni.

che si fa in due. Considerata la posta in gioco, il medico non può permettersi di ponderare unilateralmente una simile alea, solo perché depositario di una superiore competenza tecnica¹⁰³. Per tale ragione, una volta che il terapeuta ha individuato le ipotesi operative scientificamente fondate e adeguate al trattamento della patologia del paziente, quest'ultimo, debitamente informato e guidato dal professionista, potrebbe operare quella selezione delle regole di condotta da applicarsi, che altrimenti rimarrebbe nella responsabilità del solo medico. Ciò, come anticipato, permetterebbe di collocare il consenso informato tra le norme cautelari rilevanti affinché un intervento terapeutico sia considerato eseguito a regola d'arte, di modo tale che le eventuali conseguenze pregiudizievoli derivate dal trattamento terapeutico potranno considerarsi atipiche, soltanto nella misura in cui cadano al di fuori dell'area di rischio consentito dalla scienza medica, e assentito dal paziente¹⁰⁴. Per usare un'espressione a effetto, si tratterebbe di un connubio tra scienza (del medico) e coscienza (del paziente), che restituirebbe al reato di lesioni un oggetto giuridico confacente col quadro costituzionale e sovranazionale (ossia una salute intesa in senso soggettivo), saldamente agganciato alle leggi della scienza medica¹⁰⁵. Nondimeno, anche questa proposta non riesce comunque a proteggere tutte le forme di autodeterminazione terapeutica, dovendo fare i conti con un quadro giuridico incentrato sul c.d. disvalore d'evento¹⁰⁶, e nello specifico sulla causazione di una «malattia», che in alcuni casi, compreso il presente, può essere rilevata solo se si accetta di sacrificarne l'accezione medico-legale¹⁰⁷, così da poterne ammettere la ricorrenza in presenza di qualsivoglia menomazione del «benessere complessivo della

¹⁰³ Cfr. A. VALLINI, *Paternalismo medico*, cit., 10, in una prospettiva *de iure condendo*.

¹⁰⁴ Già *de iure condito* ravvisavano un profilo di colpa nell'omessa raccolta del consenso F. GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., 405 ss.; M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso*, cit., 379; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità, Tomo II: i delitti colposi*, Milano, 2003, 308 ss. Si esprimono invece in senso contrario A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario"*, cit., 462; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento*, cit., 184, perché ritengono che la sua acquisizione non avrebbe alcuna funzione cautelare-preventiva in riferimento alla tutela della salute del paziente. A ben vedere, però, se si intende la salute come bene giuridico comprensivo dell'identità personale del suo titolare (come dimostra di fare pure F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento*, cit., 179 ss.), la messa in pericolo dell'incolumità del paziente non potrà allora che esser ritenuta insita nella stessa «mancata acquisizione del consenso, proprio in relazione all'assunzione dei rischi connessi all'attività medica, pur presenti anche al di sotto della soglia di rischio consentito definita dal rispetto delle *leges artis*» (cfr. M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso*, cit., 379).

¹⁰⁵ Anche perché il tipo criminoso continuerebbe comunque a ruotare attorno all'evento «malattia» nella sua accezione medico-legale.

¹⁰⁶ Attualmente, l'unica disposizione che tutela direttamente l'autodeterminazione terapeutica nel nostro ordinamento è l'art. 18 della l. n. 194 del 1978, il quale al comma 1 punisce chiunque provochi l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna, aggiungendo inoltre che si considera come non prestato «il consenso estorto con violenza o con minaccia ovvero carpito con l'inganno» (creando quasi un parallelismo con la disciplina civilistica dei vizi del consenso invero piuttosto problematico, e comunque alquanto restrittivo per il diritto penale, insensibile all'esigenza di salvaguardare l'affidamento di terzi o la sicurezza dei traffici giuridici; a riguardo si veda peraltro F. VIGANÒ, sub *Art. 50*, cit. 683).

¹⁰⁷ Secondo quanto riportato nel provvedimento del GIP, infatti, l'emotrasfusione non ha prodotto alcuna conseguenza patologica nella paziente (v. *Supra*, par. 5).

persona», comprensivo anche di eventuali «scelte di principio in materia di trattamenti sanitari»¹⁰⁸.

Date le circostanze si deve quindi guardare altrove, passando dalle cattedre dei tribunali agli scranni del Parlamento.

De lege ferenda la proposta ruota sempre attorno all'introduzione della famigerata fattispecie di trattamento medico arbitrario. Le ragioni a favore di una sua introduzione sono note, così come i suoi possibili punti deboli. C'è chi ritiene che questa incriminazione garantirebbe sia i diritti del paziente, sia il principio di personalità della responsabilità penale, tutelando il medico da eccessi di criminalizzazione e da ricostruzioni anfibologiche della propria posizione¹⁰⁹: «unico rischio penale sarebbe, infatti, quello inerente al mancato rispetto di quelle convinzioni, e alla mancata attuazione di quel dialogo»¹¹⁰. Altra parte della dottrina, invece, è rimasta perplessa di fronte a una simile opzione politico-criminale, soprattutto in vista delle possibili conseguenze pratiche che potrebbe avere. In particolare, si è osservato come «il rilievo penale diretto delle violazioni in tema di consenso esporrebbe *sempre* il medico che intraprenda un atto terapeutico alla possibilità [...] dell'accusa d'aver agito, per qualche aspetto, in modo arbitrario; laddove invece la scelta astensionistica ben raramente porterebbe a responsabilità penale [...] tanto più nel caso in cui quel paziente fosse affetto da una patologia grave»¹¹¹. Inoltre, a seguito dell'introduzione di un'incriminazione *ad hoc* a tutela dell'autodeterminazione del malato, «qualora il sanitario non abbia richiesto, magari per indominabilità della situazione, un consenso previo esplicito proprio a quel tipo di intervento che in corso di operazione divenga opportuno [...] non gli resterebbe che sospendere l'anestesia, risvegliare il paziente e sollecitare uno specifico consenso informato»¹¹². Col rischio, ancora una volta, d'indurre il terapeuta all'astensione, a pregiudizio della salute del malato.

Per vero, molti dei problemi che le due soluzioni hanno sollevato, o potrebbero sollevare, sarebbero risolvibili mediante un'opera di ristrutturazione delle prassi di acquisizione del consenso, che indubbiamente si gioverebbe non soltanto di un'apposita regolamentazione, ma anche del fattivo contributo della classe medica. È a questa, perciò, che il giurista deve rivolgersi in prima battuta, invitandola a mondarsi da

¹⁰⁸ Cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 317.

¹⁰⁹ Basti solo pensare al ricorrente utilizzo della discutibile figura dell'agente modello come parametro valido a determinare *ex ante* le soluzioni operative impiegabili in concreto dal determinato specialista (per una più attenta disamina dell'argomento si rinvia a F. BASILE, [Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica](#), in *questa Rivista*, 13 marzo 2012; M. CAPUTO, *Agente modello e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, Milano 2012; S. GROSSO, *Alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari. Un dialogo tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 146 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 227).

¹¹⁰ A. VALLINI, *Paternalismo medico*, cit., 11. Sul punto si veda anche F. ARRIGONI, *Riflessioni sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1270; G. PIETRA, *Trattamento medico-chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 70 ss.

¹¹¹ L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza*, cit., 425.

¹¹² L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari*, cit., 421.

ideologie e protocolli che hanno fatto il loro tempo, se mai ne hanno avuto uno¹¹³. L'invito è quello di ripartire dal principio personalista¹¹⁴, che ha come suo ineludibile corollario il rispetto dell'uomo-paziente, fondamento di un'etica medica «intesa come nuova *pietas* finalizzata al bene altrui»¹¹⁵. In tale prospettiva, i conflitti tra doveri di cura e diritti di coscienza si stemperano, per concorrere alla realizzazione di un «miglior interesse» che, come un Giano bifronte, si compone tanto della migliore scienza ed esperienza dello specialista, quanto della insopprimibile autodeterminazione del malato.

Questo è, oggi, il significato che sta dietro al significante «salute», e sarebbe l'ora che il legislatore ne prendesse atto, dedicando alla *voluntas aegroti* – e all'alleanza terapeutica che ne dovrebbe essere espressione – almeno parte di quegli sforzi politico-criminali che non esita a dispensare con sin troppa generosità in settori assai meno significativi: perché appare curioso un ordinamento che considera reato l'imbrattamento di cose altrui (art. 639 c.p.), ma trascura di punire offese eclatanti a un diritto dalle profonde e delicatissime implicazioni esistenziali, come quello all'autodeterminazione terapeutica.

¹¹³ Si pensi ad esempio agli effetti benefici che potrebbero derivare dall'implementazione di modelli c.d. «narrativi» di medicina, a riguardo dei quali si rimanda per tutti a C. MAZZUCATO - A. VISCONTI, *Dalla medicina narrativa alla giustizia riparativa in ambito sanitario: un progetto "integrato" di prevenzione delle pratiche difensive e di risposta alla colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 847 ss.; G. ROTOLO, *Profili di responsabilità medica "alla luce" della medicina narrativa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 873 ss.

¹¹⁴ Come ricorda il noto *Ordine del giorno* del 9 settembre del 1946, presentato dall'On. Giuseppe Dossetti per sintetizzare il dibattito appena svoltosi in seno all'Assemblea Costituente: «La Sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; esclusa quella che si ispiri a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri a una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella» (con specifico riferimento al tema dell'uomo, della salute e della medicina letto in una prospettiva «personalistica», si raccomanda anche la lettura delle illuminanti pagine scritte da F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà* (1963-1979; a cura di F. ONGARO BASAGLIA), Torino 2005, 208 ss.).

¹¹⁵ G. COSMACINI, *Testamento biologico. Idee ed esperienze per una morte giusta*, Bologna 2010, 82.