



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di *Diritto pubblico, internazionale e comunitario*

DOTTORATO DI RICERCA IN : GIURISPRUDENZA

CICLO: XXV

**L'INTERVENTO MEDICO ARBITRARIO:
IL PROBLEMA DEL CONSENSO**

Coordinatore : Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore :Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Dottorando : Andrea Tronchin

Indice

Introduzione	pag. V
--------------	--------

PARTE I

L'INCRIMINAZIONE DEL TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO NON CONSENTITO: DALLE LESIONI PERSONALI ALLA VIOLENZA PRIVATA

Capitolo I

Lesioni personali dolose e omicidio preterintenzionale

1. Il bene giuridico dell'incolumità individuale	pag. 3
2. La condotta lesiva	pag. 6
2.1. Le lesioni del consenziente	pag. 9
3. La struttura dell'art. 582 c.p. e l'apparente doppio evento	pag. 12
3.1. L'individuazione dell'unico evento nella malattia	pag. 15
4. La nozione giuridica di malattia	pag. 19
4.1. La nozione medica di malattia	pag. 22
5. L'intervento terapeutico non consentito con esito fausto	pag. 25
5.1. L'intervento terapeutico non consentito con esito infausto	pag. 28
6. L'elemento soggettivo dell'art. 582 c.p.	pag. 30
6.1. L' <i>animus</i> del medico	pag. 33
7. Sulla natura giuridica degli eventi dell'art. 583 c.p.	pag. 36
8. Quadro sull'omicidio in ambito medico	pag. 40
8.1 L'omicidio preterintenzionale	pag. 45
8.2. Responsabilità oggettiva per l'evento morte	pag. 48

Capitolo II

Lesioni colpose e omicidio colposo

1. La fattispecie delittuosa di lesioni personali colpose	pag. 53
2. La colpa medica	pag. 55
2.1. L'applicazione dell'art. 2236 c.c. nel settore penale	pag. 58
2.2. Il problema della colpa oggettivata	pag. 62
2.3. L'individualizzazione della colpa <i>in malam partem</i>	pag. 65
3. Il confine tra colpa cosciente e dolo eventuale	pag. 68
3.1. Sul dolo eventuale in ambito medico-chirurgico	pag. 73
4. L'omicidio colposo in ambito medico-chirurgico	pag. 76
4.1. L'errore medico e l'evento morte	pag. 80

Capitolo III

Violenza privata e stato d'incapacità procurato mediante violenza

1. Il bene giuridico tutelato: la libertà morale	pag. 85
2. La condotta incriminata dall'art. 610 c.p.	pag. 89
2.1. La forma della violenza: propria ed impropria	pag. 95
2.2. Violenza impropria e intervento medico non consentito	pag. 98
3. La costrizione a tollerare	pag. 103
4. L'evento della costrizione	pag. 105
5. Il ruolo del dissenso nella violenza privata	pag. 107
6. L'elemento soggettivo	pag. 110
7. Il delitto di cui all'art. 613 c.p.	pag. 112
8. Morte o lesioni come conseguenza della violenza	pag. 115

PARTE II

CONTRASTI SINCRONICI E DIACRONICI NEL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE

Capitolo I

Le prime pronunce e l'evoluzione interpretativa

1. Inquadramento della problematica	pag. 121
2. Il <i>leading case</i> del 1992: l'omicidio preterintenzionale	pag. 123
3. La giurisprudenza successiva e l'ipotesi di omicidio colposo	pag. 128
4. Le lesioni colpose per intervento chirurgico errato	pag. 132
5. Le lesioni personali dolose in caso di violazione del dissenso	pag. 135
6. La violenza privata in ipotesi di dissenso	pag. 138
7. L'ipotesi criminosa di lesioni colpose	pag. 141
8. L'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale	pag. 143
9. L'indicazione di farmaci <i>off label</i>	pag. 146

Capitolo II

L'intervento delle Sezioni Unite e la giurisprudenza successiva

1. L'intervento delle Sezioni Unite nel 2008	pag. 151
2. La giurisprudenza dopo le Sezioni Unite	pag. 157
3. La sentenza del 2010 sull'omicidio preterintenzionale	pag. 160
4. La sentenza del 2011 sull'omicidio preterintenzionale	pag. 164

5. La sentenza sul delitto di lesioni con dolo eventuale	pag. 167
6. La responsabilità per lesioni colpose dello specializzando	pag. 172
7. Il ruolo del consenso nel quadro giurisprudenziale	pag. 175

PARTE III

SUL FONDAMENTO GIURIDICO DELLA LICEITA' PENALE DELL'INTERVENTO MEDICO-CHIRURGICO: DAL VERSANTE DELL'ANTIGIURIDICITA' ALL'ATIPICITA'

Capitolo I

Profili problematici sulle singole cause di giustificazione

1. Inquadramento sistematico	pag. 183
2. La scriminante del consenso dell'avente diritto	pag. 185
2.1. Tesi della disponibilità dell'integrità fisica in conformità alla consuetudine	pag. 190
2.2. Teoria dell'inapplicabilità dell'art. 5 c.c. in ambito penale	pag. 191
2.3. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.c.	pag. 193
2.4. La portata dell'art. 50 c.p. e del consenso informato	pag. 195
3. L'attività medica autorizzata: l'esercizio di un diritto	pag. 196
3.1. Il consenso come "requisito-limite" della professione sanitaria	pag. 201
4. Protezione del paziente ed adempimento di un dovere	pag. 205
4.1. L'omissione di soccorso ed il rifiuto delle cure	pag. 209
5. La scriminante dello stato di necessità	pag. 212
5.1. Dissenso alle cure e beni indisponibili	pag. 217
5.2. Sui singoli requisiti dell'art. 54 c.p.	pag. 219
6. Teoria della scriminante non codificata	pag. 224
6.1. L'alto interesse sociale del trattamento medico-chirurgico	pag. 226
6.2. Consenso presunto e necessità medica	pag. 230

Capitolo II

Sull'atipicità del delitto di lesioni personali volontarie

1. La teoria soggettiva della mancanza del dolo	pag. 235
2. Teoria dell'atipicità in presenza di esito fausto	pag. 240
3. L'intervento terapeutico eseguito <i>lege artis</i>	pag. 244
4. Tesi dell'adeguatezza sociale	pag. 248
5. La teoria dell'autolegittimazione dell'attività medica	pag. 252

PARTE IV

PROSPETTIVE *DE LEGE FERENDA* ALLA LUCE DELLA LEGISLAZIONE COMPARATA

Capitolo I

L'introduzione di una fattispecie delittuosa *ad hoc*

1. L'impostazione dei Progetti di riforma del codice penale tedesco del 1962 e del 1966	pag. 259
2. La fattispecie delittuosa del codice penale austriaco	pag. 263
3. L'opzione politico-criminale seguita dal legislatore portoghese	pag. 266
4. L'orientamento della dottrina spagnola maggioritaria in attesa di un intervento legislativo	pag. 269
5. La proposta normativa avanzata dal Progetto Pagliaro in Italia	pag. 271
6. Opinioni conclusive	pag. 273
Riferimenti bibliografici	pag. 279
Pronunce della giurisprudenza	pag. 305

INTRODUZIONE

Una problematica antica, mai univocamente risolta, concerne il quesito se abbia o meno rilevanza penale, alla luce dei delitti di cui agli articoli 582 ovvero 610 c.p., la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un intervento medico-chirurgico in assenza di un valido consenso informato.

Ciò in quanto l'attività medica in generale, e quella chirurgica in specie, ancorché intrinsecamente finalizzata al miglioramento dello stato di salute del malato, talvolta, può comportare delle ingerenze nella sfera personale di quest'ultimo, le quali possono corrispondere a fatti previsti e puniti dalla legge penale.

Significativi sono i contributi che sono stati offerti sul tema *de qua* non solo dalla dottrina italiana, ma anche da quella straniera, soprattutto tedesca¹, considerato che in Germania, nonostante i molteplici Progetti di riforma – analogamente all'Italia – risulta assente una disposizione *ad hoc* volta ad incriminare l'intervento medico arbitrario.

¹ Nella dottrina tedesca, si soffermano ad analizzare l'istituto del consenso, ESER A., *Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive*, in WEIGEND T., KÜPPER G., *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin, 1999, 465 ss.; ma v. anche l'analisi di KOCH H.G., *Rechtliche Grundlagen der Arzthaftung für Behandlungsfehler*, in *Zeitschrift für medizinische Ethik*, 2007, 53, 207 ss.; nonché DEUTSCH E., *Aufklärung und Einwilligung*, in MAYER-MALY T., PRAT E.H., *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Wien, 1998, 59 ss. V. anche, sempre sul tema del consenso, SIEBER U., *Hans-Heinrich Jescheck zum Gedächtnis*, in *ZStW*, 2009, 121, 813 ss.

Nella perdurante assenza di un tanto atteso intervento legislativo sul punto, innanzi ad una “lacuna” del sistema², il formante giurisprudenziale ha svolto un ruolo fondamentale. In questo settore, si registra un’evoluzione interpretativa ultraventennale del diritto vivente, la quale, di recente, è sfociata in una dibattuta pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite.

Tuttavia, la questione non è ancora giunta ad una soluzione poiché molteplici sono i nodi ermeneutici ancora da sciogliere, tra cui, anzitutto, la rilevanza da assegnare al rispetto delle *leges artis* da parte del medico, non tanto nell’ipotesi di esito fausto, quanto in quella di esito sfavorevole per il malato³.

Da questi rilievi generali, emerge la nostra peculiare scelta metodologica di trattazione: in controtendenza rispetto l’impostazione maggioritaria seguita nella maggioranza dei contributi dedicati al diritto penale della medicina, prima di indagare il fondamento tecnico-giuridico di liceità dell’attività medica, riteniamo opportuno, preliminarmente, indagare se possa assumere o meno rilevanza penale il trattamento medico non consentito.

La *ratio* di questa scelta risiede nel fatto che, a nostro avviso, ha senso approfondire quale sia il fondamento dogmatico dell’attività sanitaria solo se, prima, sia stata affrontata la questione giuridica della

² Come da più parti segnalato, tra cui già espressamente MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, 32 ss., spec. 33-34.

³ V. l’approfondimento condotto da MAIWALD M., *L’evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di MILITELLO V., Torino, 1993, 57 ss., spec. 64, ove puntualizza che “*non sia fondato muovere al medico, che abbia eseguito un intervento a regola d’arte, il rimprovero di avere commesso l’illecito di lesioni personali, e ciò neanche quando egli abbia ommesso di informare il paziente nella misura dovuta, non fornendo dunque la base necessaria per un consenso giuridicamente efficace*”.

riconducibilità o meno, già a livello di tipicità, del trattamento medico-chirurgico ad un fatto previsto come reato⁴.

Prima di procedere secondo l'ordine preannunciato, tuttavia, si rende necessario, nel rispetto della scala gerarchica delle fonti del diritto, individuare il tessuto normativo in cui si innesta il cosiddetto consenso informato, al fine di precisare il contenuto e la portata di quest'ultimo.

La regola del consenso informato, in particolare, trova il proprio fondamento a livello costituzionale, direttamente nel combinato disposto degli articoli 13 e 32 della Carta fondamentale⁵, tanto che da costituire indefettibile presupposto di liceità di ogni tipo di attività terapeutica⁶.

Orbene, tale principio comporta che nessun trattamento sanitario possa essere imposto in capo ad una persona se non in limitati casi, i quali devono essere previsti dalla legge. Ciò comporta che il medico

⁴ Per una corrispondenza a tale approccio dal punto di vista metodologico, cfr. VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2009, 1793 ss., v. con particolare riguardo a questo punto 1811 (e spec. nota 1).

⁵ Sul punto, non può non rinviarsi agli approfondimenti contenuti nella fondamentale monografia di PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, spec. 3 ss.

⁶ Nella giurisprudenza costituzionale, il tema del consenso informato è stato scandagliato *ex professo* da Corte cost. 15 dicembre 2008, n. 438. Per un tessuto normativo di matrice sovranazionale, è indispensabile puntualizzare che viene in rilievo l'art. 24 della Convenzione su diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176. Inoltre, assume importanza l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, seppure non ancora risulta depositato lo strumento di ratifica, in forza del quale *“un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato”*. In aggiunta, l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, richiede *“il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”*.

non possa ingerirsi nella sfera del paziente – dal latino *patior*, ossia colui che sopporta – salvo il caso in cui lo abbia adeguatamente informato delle sue condizioni di salute e quest'ultimo abbia acconsentito alle cure.

La regola del consenso informato, in vero, si attaglia perfettamente alla concezione personalistica che governa il nostro ordinamento giuridico, dal momento che è espressione della libertà inviolabile di autodeterminazione di ogni persona umana⁷. L'individuo diviene primo ed unico arbitro nel decidere quale percorso terapeutico intraprendere e, prima ancora, se sottoporsi o meno a qualsivoglia forma di cura.

In questa cornice, il malato non risulta meramente oggetto della prestazione medica, ossia il passivo beneficiario della stessa, bensì è il titolare del diritto di essere preventivamente informato per potere scegliere e, in tale modo, consentire ovvero rifiutare l'opera del sanitario⁸.

Alla luce di quanto puntualizzato, il rapporto medico-paziente non deve essere inquadrato in un'ottica paternalistica ovvero ippocratica, nel senso che il primo non ha un potere incondizionato circa la scelta

⁷ V. al riguardo AMBROSETTI E.M., *Reati contro la vita e l'incolumità individuale. Introduzione*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 3 ss., che evidenzia il modello personalistico accolto in Costituzione ed il primato della persona umana.

⁸ Nello stesso senso, si pone anche il codice di deontologia medica del 16 dicembre 2006 che, all'art. 35, stabilisce *expressis verbis* che il medico non deve intraprendere attività diagnostica ovvero terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente. Il termine "*informato*", è di tutta evidenza, viene indicato accanto al "*consenso*" per segnalare un significato peculiare e, infatti, indica un particolare atteggiarsi del rapporto che si instaura tra il medico ed il malato, il quale deve assumere le vesti di una vera e propria alleanza terapeutica.

terapeutica da compiere rispetto al quale il secondo si abbandona⁹. Al contrario, esso deve essere concepito come un rapporto di fiducia e confidenza, costruito in modo tale da concretizzare un'autentica alleanza terapeutica, la quale evidenzia l'umanità di entrambi¹⁰.

⁹ A livello legislativo, la necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince da diverse leggi che disciplinano specifiche attività mediche: anzitutto, l'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219, circa la disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati, ma anche l'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita, cd. PMA, nonché l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale.

¹⁰ La formula giuridica del consenso informato ha avuto origine negli Stati Uniti, ove il precedente storico è individuato nel caso *Slater*, datato 1767, ove in seguito il dibattito si è sviluppato attraverso ampia casistica. Cfr. FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, Vol. I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, trattato diretto da CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. Torino, 2006, 633 ss., e spec. 638.

PARTE I

**L'INCRIMINAZIONE DEL TRATTAMENTO MEDICO-
CHIRURGICO NON CONSENTITO: DALLE LESIONI
PERSONALI ALLA VIOLENZA PRIVATA**

Capitolo I

Lesioni personali dolose e omicidio preterintenzionale

SOMMARIO: 1. Il bene giuridico dell'incolumità individuale – 2. La condotta lesiva - 2.1. Le lesioni del consenziente – 3. La struttura dell'art. 582 c.p. e l'apparente doppio evento - 3.1. L'individuazione dell'unico evento nella malattia – 4. La nozione giuridica di malattia - 4.1. La nozione medica di malattia – 5. L'intervento terapeutico non consentito con esito fausto - 5.1. L'intervento terapeutico non consentito con esito infausto – 6. L'elemento soggettivo dell'art. 582 c.p. - 6.1. L'*animus* del medico – 7. Sulla natura giuridica degli eventi dell'art. 583 c.p. – 8. Quadro sull'omicidio in ambito medico – 8.1 L'omicidio preterintenzionale – 8.2. Responsabilità oggettiva per l'evento morte

1. Il bene giuridico dell'incolumità individuale

Come emerge dalla collocazione dell'art. 582 c.p. nella sistematica del codice penale¹¹ – che, a livello topografico, si trova nel Capo I, rubricato “Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale”, del Titolo XII del Libro secondo – il bene giuridico protetto è l'incolumità individuale, sia fisica che psichica¹², intesa come estrinsecazione e realizzazione della vita, la quale subisce una lesione a causa della malattia cagionata dall'agente¹³.

¹¹ Per un inquadramento, RONCO M., voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. Giur. Trec.*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss. Come è noto, mentre, nel delitto di lesioni personali dolose, l'incolumità viene considerata in rapporto a soggetti determinati, quando viene in considerazione come offesa ad una pluralità di persone, si configura uno dei reati contro l'incolumità pubblica, i quali sono compresi nell'ambito del Titolo VI del Libro secondo, del codice penale. Su quest'ultimo versante, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Tomo II, XVI ed., agg. da CONTI L., Milano, 2003, 3 ss.

¹² V. per tutti, nella manualistica, l'approfondimento di MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale*, II ed., Padova, 2005, 152 ss.

¹³ In proposito, diffusamente, GALIANI T., voce *Lesioni personali*, in *Enc. dir.*, XXIV, Roma, 1974, 140 ss. In particolare, si veda MEZZETTI E., *Tutela penale dell'incolumità individuale in una prospettiva di riforma*, in RAMACCI F. (a cura di), *I delitti di percosse e di lesioni*, Torino, 1997, 203 ss., spec. 207 ss., sui supporti costituzionali della tutela dell'incolumità individuale.

Il tipo di interesse tutelato dalla norma in esame assume particolare rilievo nel campo dell'attività medica, dal momento che in dottrina ed in giurisprudenza si registra una feconda *querelle* circa la tipicità della fattispecie di lesioni personali dolose.

L'orientamento tradizionale e più risalente, anzitutto, sostiene che la condotta del medico risulti tipica *ex art.* 582 c.p., considerato che, di fatto, l'operazione incide sull'integrità fisio-psichica del paziente¹⁴. Al riguardo, si argomenta che l'incolumità personale si estende fino al bene della salute¹⁵, che non deve essere inteso in termini oggettivi, ma deve incentrarsi sulla percezione soggettiva che la persona ha di sé¹⁶.

Al contrario, secondo un più recente indirizzo interpretativo, nel caso di intervento medico-chirurgico eseguito *lege artis*, non può dirsi che il medico intervenga a pregiudicare l'integrità fisica del

¹⁴ Di questa opinione, RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975, 39. V. anche, ID., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, 299 ss. Più di recente, nel medesimo senso, RIONDATO S., *Il diritto alla salute come diritto costituzionalmente garantito e come diritto individuale: selezione e temperamento*, in AMMIRATI D. (a cura di), *La responsabilità penale del medico. Il nuovo corso introdotto dalla Suprema Corte*, Padova, 2004, 48; nonché, VIGANO' F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 150.

¹⁵ Così, PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., spec. 3 ss., e 57 ss., sull'incolumità come oggetto di tutela penale.

¹⁶ Cfr. STRANO LIGATO S., *Lesioni personali e omicidio colpose nell'ambito dei trattamenti sanitari*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE A., RIONDATO S., in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTA' S., ZATTI P., Milano, 2011, 1329 ss., spec. 1340, la quale, circa l'incolumità individuale, testualmente evidenzia che "si estende fino ad abbracciare il bene salute, nella sua più ampia accezione di benessere psico-fisico. E poiché la salute è assunta dalla nostra Carta fondamentale ad oggetto di diritto (art. 32 Cost.), lungi dall'assumere una valenza meramente oggettiva, si incentra sulla percezione che la persona ha di sé". Concorde, nella dottrina penalistica, RIONDATO S., *Introduzione ai profili penalistici della responsabilità in ambito medico-chirurgico*, in *ivi*, 37 ss. Nello stesso senso, nella letteratura civilistica, ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, cit., 407 ss. Al tempo stesso, tuttavia, il riferimento allo stato di benessere individuale così inteso determina il rischio di un eccesso di soggettivizzazione del bene salute. Cfr. in merito FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, 311 ss.

paziente¹⁷. Ciò in quanto quest'ultima risulta già compromessa dalla malattia e che il sanitario interviene, nel rispetto di quanto indicato in sede scientifica, al solo fine di eliminare il processo morboso in atto¹⁸.

In quest'ultimo senso, emerge che la natura del bene giuridico realmente leso dal trattamento sanitario arbitrario non è l'incolumità individuale, protetta dal delitto di lesioni, bensì è la libertà del paziente di scegliere se, come e quando curarsi, in quanto solo ad esso compete la cosiddetta libertà di autodeterminazione terapeutica¹⁹.

Sulla scia di quest'ultimo orientamento dottrinale, anche la recente giurisprudenza²⁰ si orienta a riconoscere che l'intervento chirurgico, eseguito *lege artis*, ma in assenza del consenso informato, non possa essere ricondotto nel paradigma criminoso di cui all'art. 582 c.p., anche alla luce dell'intrinseca direzionalità curativa che caratterizza l'operato del sanitario.

¹⁷ Questa è l'opinione di MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 7 ss.; e di CARUSO G., *Il trattamento medico/chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, in *Ind. pen.*, 2003, 1013 ss., che propendono per il delitto di cui all'art. 613 c.p. Sullo stesso versante dei delitti contro la libertà morale, v. anche MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 930 ss.; nonché, MARRA G., *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2003, 1950 ss., che ritengono invece configurabile il delitto di violenza privata.

¹⁸ Cfr. MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, 449 ss.

¹⁹ Come si evince dal combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost. Nella dottrina costituzionale, sul tema, FALCON G., *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003, 518 e 555; PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 2002, 675.

²⁰ Ci si riferisce alla fondamentale pronuncia di Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 447 ss., con il commento di PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*; e in *Foro it.*, 2009, 305 ss., con nota di FIANDACA G., *Luci e ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; nonché in *Cass. pen.*, 2009, 1793 ss., con nota di VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*; e anche in *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 395 ss., PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*.

Tale ultimo profilo, a questo punto, rende necessario soffermarsi ad esaminare diffusamente il tipo di condotta punita dal delitto di lesioni personali.

2. La condotta lesiva

Lo schema legale dell'art. 582 c.p., come noto, richiede una condotta costituisce la causa di una lesione all'integrità personale, *rectius* un'azione od omissione che si trova in relazione causale con il verificarsi di una malattia. Pertanto, si tratta di un delitto a forma libera e causalmente orientato²¹, nel senso che può essere realizzato con qualsiasi comportamento dell'agente in grado di produrre l'evento²².

Sulla base di quanto premesso, è evidente che l'evento può essere causato con qualsiasi mezzo idoneo²³, anche mediante una condotta non violenta, ossia un atto privo di violenza secondo l'accezione comune del termine²⁴. In questo quadro, per tali motivi, anche

²¹ Nella manualistica, diffusamente, SANTORO A., *Manuale di diritto penale. Delitti contro la persona*, Torino, 1968, 130 ss.

²² La legge, piuttosto che sul tipo di azione, insiste sul tipo di evento. L'azione non è individuata in maniera specifica nella norma, ma viene contrassegnata, per quanto concerne il suo aspetto oggettivo, in funzione dell'efficienza causale. V. la fondamentale monografia di BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975, 10. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 22 giugno 2006, n. 25033, in *G. Dir.*, 2006, 85 ss.

²³ Sul piano dottrinale, ZAGREBELSKY V., voce *Lesioni personali e percosse*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990, 1 ss. La Suprema Corte ha precisato che il delitto di cui all'art. 582 c.p. può essere perpetrato mediante un'iniezione di sostanza stupefacente, ossia attraverso l'introduzione di sostanze stupefacenti nelle vene di un altro individuo, poiché queste determinano un'alterazione dello stato fisico e psichico della vittima. Sull'argomento, di recente, Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2009, n. 22676; Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 2006, n. 14302; Cass. pen. Sez. I, 14 novembre 2002, n. 2595; Cass. pen., Sez. VI, 29 novembre 2007, n. 12129.

²⁴ Di particolare interesse è l'ipotesi del contagio mediante coito consentito. La lesione personale volontaria può essere commessa mediante congiunzione carnale

l'intervento del medico può essere la causa di una lesione all'incolumità individuale del soggetto sottoposto alle cure.

È altresì noto che l'art. 582 c.p. prevede un reato di danno²⁵, in cui il produrre una malattia nel corpo o nella mente costituisce il fatto tipico, che permette di distinguerlo da quello di cui all'art. 581 c.p., nel quale invece è sufficiente l'azione del percuotere²⁶. A differenza del delitto di percosse, tuttavia, non solo un comportamento attivo, ma anche un'omissione, nel caso in cui sia previsto dalla legge un dovere giuridico di impedire l'evento²⁷, risulta penalmente rilevante *ex art.* 582 c.p.

La condotta può estrinsecarsi in una forma omissiva nell'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 40 c.p., ove è stabilito espressamente che non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo²⁸. A titolo

consensuale, da parte di chi, occultando la sua affezione patologica, agisca al fine di cagionare il contagio. *Ex multis*, sulle lesioni personali gravissime v. i recenti casi di trasmissione per via sessuale del virus HIV decisi da Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 3036; Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2009, n. 13388, che si sofferma sul dolo eventuale.

²⁵ Nella manualistica, CADOPPI A., VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, III ed., Padova, 2007, 851 ss., e 890, per un quadro di sintesi a livello schematico.

²⁶ Sulla distinzione del delitto di lesioni da quello di percosse, v. i fondamentali contributi di PANNAIN R., voce *Lesioni e percosse (diritto penale comune)*, in *Nov. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 745 ss.; nonché, GALISAI PILO M.G., voce *Lesioni e percosse nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., Torino, 1995, 395. Nella recente giurisprudenza di legittimità, sulla distinzione tra il reato di lesioni e percosse, Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 2008, n. 19405; Cass. pen., Sez. V, 25 giugno 2008, n. 33361; Cass. pen., Sez. V, 29 marzo 2004, n. 15004. Sul punto, PASCASI S., *Le alterazioni funzionali distinguono il reato di lesioni da quello di percosse*, in *Ventiquattrore Avvocato*, 2011, 97 ss.

²⁷ Così, BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, cit., 9. V. al riguardo anche LORETO A., *I delitti di percosse e lesioni*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, 527.

²⁸ V. per tutti, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006, 546 ss.

esemplificativo, quanto detto si verifica, con specifico riguardo al campo medico, nel caso in cui il sanitario ometta di praticare la terapia necessaria al paziente.

Problematico risulta già il profilo della condotta attiva, dato che autorevole parte della dottrina critica la soluzione di incriminare, ai sensi dell'art. 582 c.p., l'intervento medico-chirurgico eseguito *lege artis* sul corpo del malato al fine di curarne la patologia. Ciò in quanto tale azione si pone *ictu oculi* in termini antitetici rispetto ad una condotta volta a pregiudicare l'integrità fisica altrui²⁹, dal momento che il sanitario interviene – salvo casi abnormi – al fine di tutelare la salute del malato³⁰.

Da quanto premesso deriva la distonia di incriminare il medico alla stregua del delitto di lesioni personali dolose alla pari di un accoltellatore, anche nell'ipotesi in cui abbia agito secondo quanto indicato in sede scientifica per curare quel determinato tipo di malattia di cui risulta scientificamente affetto il paziente³¹.

Peraltro, sostenere la tipicità del delitto di cui all'art. 582 c.p. in relazione all'intervento sanitario, comporta che, anche nel caso in cui

²⁹ Queste sono le riflessioni di IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, 2664 ss.

³⁰ Questa considerazione è di ALTAVILLA E., *Consenso dell'avente diritto*, in *Nov. Dig. Ita.*, Milano, 1959, 117, il quale, più specificamente, pone in evidenza la mancanza dell'*animus laedendi* in capo al medico.

³¹ Su questo punto, non può non rinviarsi, anche per quanto riguarda l'ipotesi di esito fausto dell'intervento, alla dottrina tedesca e, in particolare, a SCHMIDT E. *Der Arzt im Strafrecht*, in PONSOLD A., *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, Stuttgart, 1957, 35 ss.; e, in Italia, concorde, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 8.

esso abbia natura terapeutica e sia consentito dal malato³², si rende necessario ricorrere ad una scriminante³³, in modo da giustificare l'operato del medico, con tutti i problemi applicativi ad essa collegati in relazione al peculiare settore in esame³⁴.

In questo quadro, emerge la discrasia di equiparare *tout court* la condotta salvifica del medico, la quale si connota per un intrinseco valore positivo, ad una qualunque azione³⁵ posta in essere in spregio all'incolumità individuale altrui.

2.1. Le lesioni del consenziente

A questo punto, per completezza è opportuno segnalare che una parte minoritaria della dottrina ritiene che, in ambito penale, l'integrità fisica sia un bene pienamente disponibile, con la motivazione che, alla

³² Un ampio quadro bibliografico, con riferimenti alla dottrina francese e tedesca, è proposto da NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano 1989, 77, che fonda la liceità dell'atto medico ex art. 50 c.p.

³³ Circa questa ipotesi, v. le riflessioni di MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 129, la quale critica la conclusione di configurare il consenso in termini di scriminante o, meglio, di apprezzare il consenso informato sul piano dell'antigiuridicità. Per una replica a tale orientamento, v. per tutti PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 396, che rilevano "il giudizio di antigiuridicità permea di sé l'intero reato, quindi si compenetra anche nel giudizio di tipicità, e talvolta in misura molto intensa". Sul delitto di lesioni v. anche SALCUNI G., *Artt. 582 - 583: lesioni personali dolose e circostanze aggravanti* in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Torino, 2007, 101 ss., spec. 104.

³⁴ Rinviamo sul punto all'analisi condotta nell'apposito capitolo sul fondamento dell'attività medico-chirurgica.

³⁵ *Mutatis mutandis*, con riferimento alle autolesioni, volendo, FERRARI F., ROMANO C.A., *Sistema penale e tutela della salute*, Milano, 2003, 217-219. Con riferimento alle ipotesi di autolesioni penalmente rilevanti, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro il patrimonio*, Vol. II, Tomo II, IV ed., Bologna, 2005, 281, per cui "la norma rende così punibile una lesione che il soggetto provoca a sé stesso, di regola irrilevante dal punto di vista penalistico, per ragioni di opportunità connesse agli scopi presi di mira". Nella manualistica, v. anche MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, 154. Nel settore medico-legale, CANUTO G., TOVO S., *Medicina legale e delle assicurazioni*, Padova 1996, 85.

pari delle autolesioni, non è espressamente punito dalla legge il reato di lesioni personali del consenziente³⁶.

Ciò viene argomentato sulla base della mancata introduzione nel codice penale di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, la quale era invece prevista all'art. 589 del Progetto di legge e stabiliva una diminuzione di pena per il caso di lesione cagionata da un soggetto ad un altro in presenza del suo consenso³⁷.

Al riguardo si argomenta che, nel codice penale vigente, le fattispecie che tutelano l'incolumità individuale si articolano in modo differente rispetto a quelle che proteggono la vita³⁸. A presidio di quest'ultimo bene giuridico si rinviene sia l'ipotesi criminosa dell'omicidio volontario, *rectius* del soggetto non consenziente, sia quella dell'omicidio del consenziente.

Oltre alle predette fattispecie delittuose, previste, rispettivamente, agli artt. 575 e 579 c.p., è altresì punito, ai sensi dell'art. 580 c.p., il soggetto che determina altri al suicidio ovvero ne rafforza il proposito. Tuttavia, mentre tale declinazione in espresse fattispecie delittuose ha

³⁶ Questa è l'opinione di AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, Milano, 1981, 28.

³⁷ V. in proposito SANDULLI A., *La lesione personale del consenziente*, in *Scuola Positiva*, 1932, II, 74 ss.; ID., *Ancora della lesione personale del consenziente*, in *ivi*, 1932, II, 319 ss.; ID., *La lesione personale del consenziente nel giudizio del Supremo Collegio*, in *ivi*, 1934, II, 171 ss. Collegato, piuttosto risalente, PETROCELLI B., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Ann.di dir. e proced. pen.*, 1932, 514 ss.

³⁸ Sul tema, SABATINI G.U., *Istituzioni di diritto penale*, Vol. II, Roma, 1937, 541 ss.; nonché, VANNINI O., *Istituzioni di diritto penale*, Firenze, 1965, 170 ss. Sul punto v. anche MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Vol. VIII, Torino, 1961, 203, nota 5; e, per un quadro recente e completo, VIGANO' F., *sub art. 50*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 510 ss.

luogo in riferimento al bene della vita, altrettanto non avviene in relazione all'integrità fisica³⁹.

Sulla scorta di tali rilievi, un indirizzo interpretativo, tutt'oggi minoritario, desume la piena disponibilità di quest'ultimo bene giuridico⁴⁰. Di conseguenza, una lesione consentita dal soggetto passivo non assumerebbe rilievo penale⁴¹ e non dovrebbe essere incriminata ai sensi dell'art. 582 c.p.

In ambito medico, in applicazione del ragionamento anzidetto, nel caso di intervento chirurgico consentito dal paziente, si sarebbe in presenza di un fatto che, pertanto, non necessita di essere scriminato⁴² ex art. 50 c.p.

³⁹ La diversa declinazione delle fattispecie come argomento a favore della disponibilità dell'integrità fisica è fatta valere da AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 28, spec. nota 26, il quale presenta come esempi i casi di sado-masochismo.

⁴⁰ L'opinione è di AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 28, che ritiene l'art. 5 c.c. non applicabile in ambito penale.

⁴¹ Con riferimento al settore dell'attività medica, è interessante osservare con MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, cit., 129, che "già nel 1958 la giurisprudenza non metteva assolutamente in dubbio la natura disponibile del bene dell'integrità fisica, ammettendo pienamente che un valido consenso possa escludere l'antigiuridicità del reato di lesioni". Al riguardo, nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. pen., Sez. V, 18 marzo 1987, n. 438, in *Cass. pen.*, 1988, 609 ss., con nota di AMATO G., *Sulla liceità della sterilizzazione volontaria*, in tema di pratiche di sterilizzazione volontaria. Collegato a quest'ultimo punto, MARSEGLIA G., VIOLA L., *La responsabilità penale e civile del medico*, Matelica, 2007, 70. Volendo, sul delicato tema della sterilizzazione, v. STELLA F., *La sterilizzazione chirurgica: aspetti penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, 377 ss.; nonché, DEL RE M., *Sterilizzazione volontaria: non lesione, lesione giustificata o delitto?*, in *Giust. pen.*, 1980, 50 ss.

⁴² In senso contrario si pone la dottrina dominante, che richiama le cause di giustificazione per rendere l'atto lecito. Nella manualistica, con diverse posizioni, PADOVANI T., *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008, 147; PULITANO' D., *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007, 273; FIANDACA G., MUSCO E., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 234; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 153. In particolare, circa il consenso dell'avente diritto, per completezza, v. l'opinione di SALCUNI G., *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, in *Ind. pen.*, 2010, 599 ss., spec. 605, il quale precisa "ove fosse davvero posto a tutela della vita e dell'integrità fisica, cioè gli stessi beni tutelati dalle fattispecie penali codicistiche, sarebbe una causa di esclusione del tipo e non dell'antigiuridicità. Il

Tuttavia, si tratta di un'impostazione ormai superata, dal momento che, in senso contrario, l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina dominante non condivide tale conclusione e ritiene che l'integrità del corpo sia solo parzialmente disponibile⁴³, nei ristretti limiti segnati dall'art. 5 c.c.

3. La struttura dell'art. 582 c.p. e l'apparente doppio evento

Prima di procedere ad esaminare la discussa nozione di "malattia", è imprescindibile soffermarsi a chiarire l'apparente struttura a doppio evento in cui, *prima facie*, si snoda l'art. 582 c.p. Questo profilo è un *prius* logico, dato che la norma sembra descrivere un duplice evento materiale, richiedendo, *in primis*, una condotta causativa di una lesione e, in secondo luogo, una malattia⁴⁴.

Tale aspetto assume notevole importanza in quanto una parte della dottrina e della giurisprudenza configura l'art. 582 c.p. già in ragione della mera incisione con il bisturi sulla cute del paziente da parte del

*fatto di essere posto, invece, a presidio di contro interessi lontani, ma tangenti, a quelli tutelati dalle norme penale incriminatrici sarebbe, per noi, una controprova del fatto che l'art. 50 c.p. operi sul piano dell'antigiuridicità". Su questo delicato tema, non può non rinviarsi all'approfondimento di TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 182.*

⁴³ Alla luce del principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico viene in rilievo il richiamo normativo di cui all'art. 5 c.c., su cui v. diffusamente gli approfondimenti condotti nella manualistica civilistica patavina da TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XLIII ed., Padova, 2007, 281 ss.; e CHECCHINI A., AMADIO G., *Lezioni di diritto privato*, III ed., Torino, 2012, 90 ss.; e, in quella bolognese, da GALGANO F., *Diritto privato*, X ed., Padova, 1999, 90 ss.

⁴⁴ V. per la trattazione manualistica di questo punto, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Milano, 2008, 78; MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., 131; MARINI G., *Delitti contro la persona*, Torino, 1996, 130; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale*, cit., 890; nonché PAVAN G., *Lesione personale (582)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 63; e, in quella più risalente, SANTORO A., *Manuale di diritto penale*, cit., 135.

chirurgo, ritenendo integrato l'evento a causa dell'effrazione, *rectius* "lesione", dell'epidermide.

In realtà, in letteratura ha ormai da tempo chiarito che, mentre il termine "lesione"⁴⁵ implica una violenza fisica, come avviene nel caso di disintegrazione di tessuti, rottura di ossa, *et similia*, ciò non è necessario per la sussistenza del delitto di cui all'art. 582 c.p., dal momento che può essere realizzato anche con una condotta non violenta⁴⁶.

Se si intendesse dare un significato indipendente alla nozione di lesione, si dovrebbe negare la configurabilità del delitto in questione nell'ipotesi dello schizzo di sangue infetto ingerito dalla vittima⁴⁷. Ai fini della configurabilità del delitto *de quo*, invece, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nell'escludere che sia necessaria la violenza fisica⁴⁸, essendo integrato l'elemento oggettivo non solo da una violenta manomissione dell'altrui persona fisica, ma anche da una

⁴⁵ Il termine lesione richiama, di per sé, l'idea di una violenta disintegrazione di tessuti, di rottura di segmenti ovvero di ossa. Diffusamente si sofferma su questo aspetto GALIANI T., voce *Lesioni personali*, cit., 143.

⁴⁶ E' interessante osservare che la diversa formulazione dell'articolo 372 del codice penale Zanardelli del 1889 incriminava "chiunque, senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione nella mente". Come evidenziano BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, cit., 27 ss., spec. 29, nel progetto preliminare al nuovo codice vi fu la proposta di utilizzare la parola "trauma", la quale fu tuttavia sostituita successivamente con la parola "lesione" in quello definitivo. Il nuovo codice Rocco del 1930 ha peggiorato tecnicamente la nozione, a causa dell'introduzione dell'elemento della lesione nella struttura della fattispecie.

⁴⁷ Così, PAVAN G., *Lesione personale (582)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 63.

⁴⁸ Sul versante dottrinale, cfr. SALCUNI G., *Artt. 582 - 583: lesioni personali dolose e circostanze aggravanti* in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, cit., 104. Sul terreno giurisprudenziale, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 22 giugno 2006, in *C.E.D. Cass.*, n. 25033.

condotta che sia priva di violenza secondo l'accezione ed il senso comune del termine⁴⁹.

La questione ha significativi risvolti pratici, considerato che, seguendo la *littera legis* dell'art. 582 c.p. e sposando una mera interpretazione letterale, qualora il concetto di lesione fosse circoscritto alla sola violenza fisica, si giungerebbe ad escludere il reato in questione in numerose ipotesi, tra cui, a titolo esemplificativo, quella di causazione della malattia mediante contagio⁵⁰, come avviene nei casi di trasmissione dell'AIDS⁵¹.

⁴⁹ In questi termini efficaci si esprime LORETO A., *I delitti di percosse e lesioni*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, cit., 528. L'agente può agire con mezzi morali, dal momento che la condotta criminosa può realizzarsi anche con mezzi psichici, come nell'ipotesi di una grave minaccia perturbatrice della mente della vittima. In letteratura, BASILE F., *sub art. 582*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 3846 ss. V. in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. V, 33 giugno 2006, n. 25033, cit., 85 ss.

⁵⁰ Sul versante giurisprudenziale, *ex multis*, di recente, sono di particolare interesse Cass. pen., Sez. V, 16 aprile, 2012, n. 38388; Cass. pen., Sez. V, 10 gennaio 2011, n. 17665; Cass. pen., Sez. V, 3 dicembre 2010, n. 3036; Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712, in *G. Dir.*, 2008, 113 ss. Nella manualistica, v. per tutti ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 77.

⁵¹ Il delitto dell'articolo 582 del codice penale può essere perpetrato anche attraverso un coito consensuale, nel caso in cui sia volontariamente contagiata una persona. Si pongono problemi peculiari in tema di trasmissione dell'AIDS, specialmente mediante rapporto sessuale non protetto. Per una panoramica di ampio respiro, in letteratura: SUMMERER K., *Aids e diritto penale. La responsabilità per contagio da virus HIV*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, cit., 407; MASOTTI G., MAGLIONA B., RASTELLI D., *Infezione da HIV/AIDS per via sessuale e responsabilità penale. Aspetti medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2004, 507 ss.; BONFIGLIOLI A., *La responsabilità penale per contagio da virus HIV: profili oggettivi*, in CANESTRARI S., FORNASARI G. (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 39; CORNACCHIA L., *I delitti contro l'incolumità individuale* in CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F. (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, II ed., Bologna, 1998, 320; BORGOGNO R., *Delitto di lesione personale*, in RAMACCI F., *I delitti di percosse e di lesioni*, Torino, 1997, spec. 118; BORONI V., *Il test per l'accertamento dell'infezione da HIV tra consenso ed imposizione*, in BARNI M., SANTOSUOSSO A. (a cura di), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995, spec. 211; RIONDATO S., *Rischio Aids, indagini del datore di lavoro, responsabilità penali. Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 218/1994*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1994, 473 ss. Strettamente collegato,

Da quanto evidenziato emerge il difetto di formulazione dell'art. 582 c.p. che, attraverso una definizione ridondante ed una complicata configurazione a cannocchiale⁵², sembra prevedere due eventi differenziati e collegati da un nesso di derivazione causale – ossia lo sviluppo progressivo dell'iniziale lesione dell'integrità psicofisica, in una malattia – mentre, in realtà, l'evento è unico, costituito solo da quest'ultima.

3.1. L'individuazione dell'unico evento nella malattia

In armonia con il vero significato della norma, l'art. 582 c.p. viene oggi pacificamente interpretato nel senso di sanzionare ogni condotta

RABAGLIETTI G., voce *Sanità pubblica*, in *Nov. Dig. Ita.*, XVI ed., Torino, 1969, 488 ss. Per una comparazione tra Inghilterra ed Italia, si veda CURI F., *La responsabilità penale nella trasmissione del virus HIV per via sessuale. Inghilterra e Italia, due soluzioni a confronto*, in *Dir. Pen. XXI Sec.*, 2007, 2, 241 ss. Un recente contributo in materia è offerto da SEMINARA S., *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in RODOTA' S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Vol. I, Milano, 2010, 207; nella medicina, CADEO G.P., TORTI C., BERGAMASCO A., *Infezione da HIV. Eziopatogenesi, storia naturale*, in CAROSI G., PAULUZZI S., *Malattie infettive*, Padova, 2007, 549 ss.; UCCELLI M.C., TORTI C., *Infezione da HIV. Epidemiologia*, in CAROSI G., PAULUZZI S., *Malattie infettive*, Padova, 2007, 562 ss.

Sul versante giurisprudenziale, sia di legittimità che di merito, si segnalano alcune interessanti pronunce: per quanto concerne l'ipotesi criminosa di lesioni personali, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2009, 3, 308 ss.; Trib. Roma, 13 novembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, 1567 ss.; mentre, per quanto riguarda la configurabilità del tentato omicidio, si veda Cass. Pen., Sez. I, 8 settembre 2000, n. 954, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2001, 11, 1397 ss., con nota di SALDO G., *Contagio da virus HIV e tentato omicidio*. In proposito, volendo, v. SPINIELLO M., *L'evoluzione della normativa e della giurisprudenza in materia di infezione da HIV*, in DIANZANI F., IPPOLITO G., MORONI M., *Aids in Italia 20 anni dopo*, Milano, 2004, 67 ss. Circa il noto caso di Cremona e, in particolare, la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta sessuale del marito, malato di AIDS, e la morte della moglie cfr. Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, in *Foro It.*, 2000, II, 348 ss., con nota di NICOSIA E., *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*; Ass. App. Brescia, 26 settembre 2000, in *Foro It.*, 2001, II, 286 ss., con nota di NICOSIA E., *Contagio di Aids tra marito e moglie riqualificato omicidio colposo nel giudizio di secondo grado*, e di FORTE G., *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi*; Cass. Pen., Sez. I, 14 giugno 2001, n. 30425, in *Cass. Pen.*, 2002, 3096 ss.

⁵² Questa efficace immagine è di MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale. Delitti e contravvenzioni*, Vol. II, Bologna, 1950, 766.

criminosa dell'agente che determini la produzione, in qualsiasi modo, di una malattia nel corpo o nella mente⁵³.

Un sostegno ad una simile interpretazione si rinviene in alcuni dati normativi poiché l'art. 590 c.p. sanziona chiunque cagioni una lesione personale, senza menzionare il rapporto causale con l'evento della malattia⁵⁴. Altrimenti ragionando, posto che, secondo l'orientamento tradizionale, gli artt. 582 e 590 c.p. si distinguono soltanto per il differente elemento psicologico, si dovrebbe concludere che, nella sfera delle lesioni colpose, rientrano manomissioni dell'altrui persona fisica che non si traducono nel concetto di malattia, ma, in tale caso, si configurerebbe una fattispecie colposa con portata più ampia di quella omologa dolosa⁵⁵.

Inoltre, un'ulteriore conferma proviene dal richiamo che l'art. 583 c.p. compie con riferimento alla malattia, la cui qualificazione, in termini di disvalore come evento del reato, comporta l'aggravamento del livello sanzionatorio.

⁵³ Questa è l'interpretazione ormai quasi pacificamente accolta sia in dottrina che in giurisprudenza. V. per una disamina di questo profilo D'ANDRIA M., *sub art. 582*, in LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. XI, Milano, 2010, 216 ss. In senso contrario, sulla base del rilievo che, *in rerum natura*, non sembra possa darsi una malattia senza una previa lesione, ancorché di minima entità o, addirittura, non osservabile, MARINI G., *Delitti contro la persona*, cit., 132, ritiene che la lesione costituisce l'evento, mentre la malattia assume il mero valore di una possibile conseguenza naturalistica ulteriore.

⁵⁴ V. per tutti, per l'analisi di questa fattispecie delittuosa, l'approfondimento condotto da DI GIOVINE O., *Art. 589 – Omicidio colposo. Art. 590 – Lesioni personali colpose*, in in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Torino, 2007, 177 ss., e spec. 188 ss. in punto di responsabilità colposa del sanitario.

⁵⁵ Questa osservazione è di SALCUNI G., *Artt. 582 - 583* in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 104. In altri termini, dalla *littera legis* dell'art. 590 c.p., che attribuisce rilievo ad un unico evento, si desume un indizio a favore dell'unicità dell'evento anche per quanto concerne il delitto di lesioni personali dolose.

E' interessante rilevare che nell'intenzione del legislatore storico, nonché nella successiva interpretazione della giurisprudenza della Suprema Corte, la duplicità di eventi risultava funzionale alla ricostruzione dell'elemento soggettivo, dal momento che oggetto del dolo era soltanto il primo evento, ossia la lesione, mentre quello secondario della malattia veniva imputato oggettivamente⁵⁶.

Tuttavia, nello Schema di delega legislativa per l'emanazione del nuovo codice penale, il reato di lesioni fu riformulato incentrando la fattispecie sul fatto di cagionare una malattia nel corpo o nella mente, al fine di evitare l'equivoco dell'apparente doppio evento.

Sulla base di questi rilievi, come precisato ormai da tempo in letteratura, si evince che il richiamo testuale dell'elemento della lesione risulta superfluo, in quanto dovuto ad una mera ripetizione nel testo della rubrica *legis* e si deve ritenere pleonastico, dato che non aggiunge un autonomo elemento strutturale tra la condotta e l'evento malattia⁵⁷.

Alla luce di quanto puntualizzato, si comprende l'*interpretatio abrogans* ormai pacifica in dottrina⁵⁸ e giurisprudenza, volta a

⁵⁶ Così si esprimono, in letteratura, BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, cit., 30, i quali segnalano che l'introduzione della parola "*lesione*", come diaframma tra la condotta e la malattia, rispondeva all'esigenza di limitare l'oggetto del dolo, necessario all'integrazione del delitto di lesioni personali, escludendo la malattia. Quest'ultima, nella fattispecie criminosa, viene presentata come oggettiva conseguenza della lesione.

⁵⁷ Si comprende, alla luce dei rilievi svolti, la riflessione critica di MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 767, il quale ritiene più opportuna la configurazione del reato fornita dall'art. 372 del Codice Zanardelli del 1889, sulla base dell'art. 325 del codice toscano.

⁵⁸ *Contra*, una dottrina minoritaria e, in particolare, MARINI G. *Delitti contro la persona*, cit., 131 ss, spec. 132-133, con la motivazione che "*la nozione di "lesione" ha caratteri di comprensività e duttilità di certo superiori a quelli propri della nozione di "malattia", consentendo in tal modo di ridurre, se non addirittura*

considerare la parola “lesione”, sebbene presente nel testo dell'art. 582 c.p., come se non ci fosse, cosicché la norma viene intesa nel senso di “produrre in qualsiasi modo una malattia”⁵⁹.

Pertanto, con specifico riferimento al settore medico, una prima delimitazione dell'art. 582 c.p. deriva dal fatto che l'operato del chirurgo non può essere ricondotto al paradigma criminoso del delitto di lesioni già in ragione della pura e semplice incisione con il bisturi sul corpo del paziente, a prescindere dagli esiti che lo stesso può produrre⁶⁰. Ciò pone in risalto la natura della condotta del sanitario, che è teleologicamente orientata al raggiungimento di un beneficio per la salute del soggetto sottoposto alle sue cure, anche se quest'ultimo talvolta può essere raggiunto soltanto per mezzo di mutilazioni e lesioni⁶¹.

di eliminare, le lacune di tutela che, logicità della formula a parte, sarebbero connesse alla soluzione che qui si respinge. Crederemmo pertanto, in conclusione, di dover incentrare il fatto descritto nell'art. 582 c.p. sull'avvenuta causazione, da parte dell'agente, di una “lesione” dell'incolumità del soggetto passivo, lesione nei cui confronti il fenomeno “malattia” assume quindi il mero ruolo di possibile, normale suo sviluppo nel naturalistico”.

⁵⁹ V. per un approfondimento critico di questo profilo, innestato in un ricco quadro giurisprudenziale, RONCO M., *sub art. 582*, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003, 2350 ss.; nonché, STRANO LIGATO S., *sub art. 582*, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, 1519.

⁶⁰ LORETO A., *I delitti di percosse e lesioni* in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, cit., 528 ss., spec. 530-531, testualmente, afferma “*si determina un ampliamento eccessivo dell'ambito di applicazione della fattispecie, capace di ricomprendere finanche le ipotesi in cui l'alterazione dell'integrità anatomica della persona viene realizzata in funzione terapeutica. Ragionando in questi termini, è logico concludere che ogni trattamento medico-chirurgico andrebbe considerato incriminabile ai sensi dell'art. 582 c.p.; lo stesso fatto di praticare un'incisione con il bisturi, procurando una modificazione anatomica, integrerebbe la tipicità delle lesioni*”. Sul tema, ID., *Trattamento sanitario arbitrario*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., *Casi e materiali di diritto penale*, Milano, 2003, 110 ss., spec. 116. V. anche IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 2664 ss.

⁶¹ Così, di recente, anche Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437. In senso diverso, più risalente, Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cass.*

Sulla base di questa premessa, occorre indagare il significato da attribuire all'evento malattia.

4. La nozione giuridica di malattia

La malattia nel corpo o nella mente è l'elemento centrale del fatto tipico di lesioni, ma la sua nozione risulta controversa poiché esistono in merito due contrapposti indirizzi interpretativi⁶².

Mentre il codice penale è silente sul punto, secondo il risalente orientamento della giurisprudenza⁶³ – sulla scia di quanto indicato nella Relazione ministeriale di accompagnamento al Progetto definitivo di codice penale – deve essere intesa come “malattia” qualsiasi alterazione, funzionale ovvero soltanto anatomica, anche se localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali e sulla funzionalità della persona, purché comporti un processo di reintegrazione, ancorché di breve durata⁶⁴.

Per malattia di mente, invece, viene intesa ogni modificazione dannosa, qualitativa o quantitativa, dell'attività funzionale psichica,

pen., 2002, 1321 ss.; Cass. pen., Sez V, 21 aprile 1992, n. 5639, in *Cass. pen.*, 1993, 253 ss.

⁶² GALISAI PILO M. G., voce *Lesioni e percosse nel diritto penale*, cit., 395.

⁶³ Cfr. *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 14 novembre 1979, in *Cass. pen.*, 1981, 545 ss.

⁶⁴ La *ratio* dell'impostazione *de qua* si fonda sulla considerazione che la Relazione ministeriale al Progetto definitivo mostrerebbe l'intento del legislatore di individuare una nozione penalistica di malattia, prescindendo da quella medico-legale. Nella medicina legale del tempo, critico CHIODI V., *Dei delitti di percosse e di lesioni personali*, in CHIODI V., GILLI L., PUCCINI C., PORTIGLIATTI BARBOS M., FALLANI M., DE BERNARDI A., *Manuale di medicina legale*, I, Milano, 1976, 171, che osserva, per esempio, che “una piccola cicatrice cutanea con caratteri di regolarità, esito di una lieve ferita guarita in pochi giorni, diverrebbe senz'altro una malattia certamente o probabilmente insanabile, cioè una lesione gravissima”. Concorde, già SANTORO A., *Manuale di diritto penale. Delitti contro la persona*, cit., 134, il quale rileva che “In sostanza, per i clinici, la malattia è un'alterazione funzionale, mentre non lo è un'alterazione anatomica. Se così non fosse, una cicatrice sarebbe una malattia”.

tale da ricomprendere ogni menomazione parziale dell'intelligenza, della volontà o della memoria⁶⁵. Peraltro, la risalente giurisprudenza vi ricomprende l'offuscamento totale o parziale, l'indebolimento e l'inerzia dell'attività psichica, con effetto permanente oppure temporaneo⁶⁶.

In senso critico, la medicina legale ha obiettato che una simile ricostruzione poggia su una nozione inesatta di malattia, dal momento che quest'ultima non è definibile come uno stato, bensì come un processo patologico, che ha un inizio e che termina con un esito⁶⁷. In particolare, si tratta di una successione di fenomeni nel tempo che può avere come esito la cosiddetta guarigione in senso proprio (*id est* il ritorno alla condizione precedente) oppure può portare alla guarigione

⁶⁵ Per un approfondimento sul tema, PORTIGLIATTI BARBOS M., MARINI G., *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964, spec. 128 ss., ove si soffermano nella distinzione infermità e malattia di mente, la quale ultima, viene da essi circoscritta a quelle alterazioni psichiche che sorgono da processi morbosi somatici, incluse quelle che derivano da alterazioni encefaliche dimostrabili, e quelle in cui un substrato organi possa essere attendibilmente ritenuto presente. Questa impostazione risente l'influsso di un'autorevole parte della dottrina tedesca e, in particolare, di SCHNEIDER K., *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, III Aufl., Stuttgart, 1961, spec. 9 ss.: "*Num ist einzugestehen: nicht überall da, wo uns auf Grund der Struktur einer seelischen Abnormität nahegelegt wird, eine Krankheit. Es ist ein peinliches, ja fast beschämendes Geständnis, dass wir bei der Mehrzahl aller Insassen von Anstalten, selbst bei ganz ausgesprochen un schwer "Geisteskranken" die diesen seelischen Abnormitäten zugrunde liegenden Krankheiten nicht kennen und sie nur postulieren*". Volendo, più di recente, ID., *Klinische Psychopathologie*, XV Aufl., Stuttgart, 2007, con ampi riferimenti bibliografici alla dottrina tedesca.

⁶⁶ Per un'indagine analitica sull'evoluzione della giurisprudenza di merito e di legittimità sul punto, PISA P., *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, IV ed., Milano, 2006, 265. Di recente, Cass. pen., Sez. IV, 19 dicembre 2005, n. 2433, in *Riv. it. med. leg.*, 1224 ss.

⁶⁷ Così, già CHIODI V., *Dei delitti di percosse e di lesioni personali*, in CHIODI V., GILLI L., PUCCINI C., PORTIGLIATTI BARBOS M., FALLANI M., DE BERNARDI A., *Manuale di medicina legale*, cit., 172.

in senso clinico (vale a dire l'adattamento a nuove condizioni di vita) ovvero può sfociare nella morte⁶⁸.

La nozione giuridica di malattia risulta eccessivamente ampia, considerato che abbraccia sia la minima alterazione funzionale, che quella anatomica. Tanto è vero che, seguendo questa ricostruzione, si configura il reato di cui all'art. 582 c.p. anche nell'ipotesi di una menomazione funzionale irrilevante⁶⁹.

Tale conclusione è stata critica in dottrina poiché risultano quasi annullati i margini di applicazione della fattispecie residuale del reato di percosse. Infatti, le abrasioni, contusioni *et similia* finiscono per essere ricomprese nella fattispecie delittuosa di lesioni personali⁷⁰, con un livello sanzionatorio più grave rispetto a quello di cui all'art 581 c.p.

Con riferimento all'ambito sanitario, se si accogliesse una nozione così ampia di malattia, l'operato del chirurgo risulterebbe tipico ai sensi dell'art. 582 c.p., dal momento che già l'effrazione con il bisturi dell'epidermide del paziente determina quantomeno un'alterazione anatomica. In tale ipotesi, anche negando autonomia alla previsione normativa del termine "lesione" e considerando la malattia come unico evento del delitto *de quo*, quest'ultimo risulterebbe integrato in caso di trattamento medico-chirurgico.

⁶⁸ In questi termini, esattamente, PAVAN G., *Lesione personale (582)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 65.

⁶⁹ Secondo l'indirizzo seguito in giurisprudenza, infatti, le contusioni, gli ematomi, le ecchimosi e le escoriazioni costituiscono malattia. Un ampio quadro generale è offerto da NOCELLA R., *sub art. 582*, in DUBOLINO P., *Commento al codice penale*, II ed. Piacenza, 2007, 1796 ss.

⁷⁰ In posizione critica rispetto all'orientamento giurisprudenziale, si pongono BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, cit., 26 ss.

4.1. La nozione medica di malattia

La difficoltà di fornire una definizione univoca di malattia discende dalla complessità di concentrare in una sola formula, chiara ed universalmente accettabile, un evento biologico tanto mutevole nella sua genesi.

Un'interpretazione restrittiva della nozione di malattia proviene dal settore medico-legale⁷¹, che ritiene necessario lo sviluppo di un processo patologico, il quale determini un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo della vittima, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica⁷².

Già nel linguaggio comune, peraltro, per malattia si intende il complesso di alterazioni funzionali di una o più parti di un organismo biologico⁷³.

Inoltre, l'anzidetta nozione non solo è stata accolta dal formante giurisprudenziale⁷⁴ ma nemmeno è stata smentita dal formante legislativo, dal momento che, se il legislatore avesse voluto conferire una definizione autonoma di malattia ai sensi della legge penale,

⁷¹ Lo sforzo che si coglie in dottrina è quello di elaborare una nozione il più possibile descrittiva. Al contrario, nella definizione della Relazione ministeriale non si pone in rilievo gli elementi dell'attualità evolutiva e della prevalenza funzionale propria dei processi morbosi, che contraddistinguono ogni malattia nel corpo o nella mente. Nella medicina legale, v. per tutti PUCCINI C., *Istituzioni di medicina legale*, VI ed. Milano, 2003, 261.

⁷² V. su questo aspetto il contributo di DELPINO L., *Diritto penale. Parte speciale*, IX ed., Napoli, 1996, 675 ss., spec. 676.

⁷³ Come rilevato anche da PAVAN G., *Lesione personale (582)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 65.

⁷⁴ Cfr. *ex multis* Cass. Pen., 14 novembre 1996, n. 10643, in *Cass. pen.*, 1998, 481 ss.; nonché, Cass. pen., Sez. IV, 19 marzo 2008, n. 17505, cit., 305. Per un'analisi approfondita del formante giurisprudenziale, non può non rinviarsi a PISA P., *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, cit., 266.

avrebbe potuto prevedere una nozione normativa *ad hoc*, la quale è invero una tecnica che contraddistingue il codice penale italiano⁷⁵. Viceversa, il fatto di non averne fatto ricorso costituisce un elemento ulteriore a sostegno della tesi in esame.

In aggiunta, l'art. 583 c.p., ponendo l'accento sulla durata della malattia, evidenza, in via indiretta, la sua natura di processo morboso, piuttosto che di stato⁷⁶.

In relazione al peculiare settore medico, quest'ultima nozione di malattia è stata accolta di recente dalle Sezioni Unite⁷⁷, che hanno posto in risalto la necessità di una riduzione apprezzabile di funzionalità, precisando che, tuttavia, a ciò può anche non corrispondere una lesione anatomica⁷⁸.

In un interessante caso giudiziario, si giungeva all'assoluzione di alcuni medici dal reato di lesioni colpose per avere cagionato, con un intervento chirurgico al seno, l'asimmetria delle mammelle e dei capezzoli⁷⁹.

⁷⁵ V. in merito, D'ANDRIA M., in PADOVANI T., *Le fonti del diritto*, cit. sub art. 582, 2548.

⁷⁶ L'osservazione è di FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Vol. II, Tomo I, II ed., Bologna, 2007, 51 ss., spec. 55.

⁷⁷ Ci riferiamo a Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437.

⁷⁸ In senso favorevole a questa ricostruzione, LORETO A., *I delitti di percosse e lesioni* in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, cit., 531.

⁷⁹ Su questo caso, cfr. la pronuncia di Cass. pen. Sez. V, 15 ottobre 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 312 ss., e v. l'analisi in chiave critica condotta da PAVAN G., *Lesione personale (582)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 65.

Ciò in quanto tali conseguenze venivano configurate dai giudici come lesione⁸⁰, intesa come alterazione peggiorativa della preesistente condizione anatomica della paziente – considerato che, prima dell'intervento, tali asimmetrie non erano presenti – ma, ciò nonostante, veniva escluso l'evento malattia.

In effetti, ai fini della configurabilità del delitto di lesioni, è “malattia” quello stato di anormalità fisica o psichica che incide direttamente o indirettamente sulla funzionalità dell'organismo per compromissione di una sua parte ovvero della totalità⁸¹.

Peraltro, la malattia può consistere non solo in una condizione patologica fisica, ossia riguardante il corpo dell'individuo, comprendente pure la sede fisica della mente, ma anche in una condizione patologica psichica, *id est* afferente alla mente di quest'ultimo⁸².

Alla luce di tutto quanto precisato, si ricava che il termine “malattia”, previsto dal delitto di lesioni personali, rinvia ad un parametro normativo extragiuridico, che ha matrice tecnico-scientifica⁸³, tale da fare in modo che il processo morboso, altrimenti

⁸⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 1996, n. 10643, cit., 481 ss. circa gli interventi di chirurgia estetica al seno.

⁸¹ BORGOGNO R., *Delitto di lesione personale*, in RAMACCI F., *I delitti di percosse e di lesioni*, cit., 77 ss.

⁸² Un approfondimento sul punto è offerto da CORNACCHIA L., *I delitti contro l'incolumità individuale* in CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 317 ss.

⁸³ Cfr. RONCO M., *sub art. 582*, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 2351 ss.

apprezzabile da chiunque in termini soggettivi ed indistinti⁸⁴, presenti i connotati di determinatezza propri del settore della esperienza medica.

5. L'intervento terapeutico non consentito con esito fausto

Accolta in giurisprudenza ed in dottrina una nozione funzionale malattia, si pone un problema di tipicità del delitto di lesioni personali in ambito medico-chirurgico.

All'orientamento tradizionale⁸⁵, che ritiene il fatto del chirurgo incriminabile *ex art. 582 c.p.*, a prescindere dall'esito prodotto⁸⁶, si contrappone un indirizzo interpretativo più recente che esclude il predetto reato già a livello di tipicità⁸⁷.

⁸⁴ V. al riguardo le riflessioni critiche offerte da FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, cit., 311 ss.

⁸⁵ In dottrina, criticano la soluzione prospettata da Cass. pen., Sez. Un, 18 dicembre 2008, n. 2437, di escludere il delitto di cui all'art. 582 c.p., PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 398, con la motivazione che "Non residua in realtà alcuno spazio per meccanismi sanzionatori alternativi, a meno che non si ritenga, ma non vediamo la ragione, che nei settore extrapenale la nozione di salute e malattia sia affatto diversa da quella penale quanto alla rilevanza del punto di vista del paziente".

⁸⁶ Di questa opinione, già RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 303; e, più di recente, oltre a PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 396; anche VIGANO' F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, cit., 141 ss.

⁸⁷ Già sotto la vigenza del Codice Zanardelli, in questa direzione si poneva GRISPIGNI F., *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1914, 449 ss. In seguito all'entrata in vigore del codice Rocco, sul versante dottrinale, sostengono l'atipicità alla stregua del delitto di lesioni in caso di esito fausto, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 317; SPIEZIA V., *I limiti della liceità del trattamento medico-chirurgico*, Napoli, 1933, 42; CRESPI A., *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, 17; BENDINELLI F., *Problemi giuridici connessi all'esercizio dell'attività medica ed ai trapianti umani*, in *Critica pen.*, 1969, 143 ss., spec. 144; RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale*, IV ed., Padova, 1968, 155; e, a prescindere dagli esiti dell'intervento medico-chirurgico

Posto che il medico agisce al solo fine di debellare la malattia e che essa preesiste all'intervento sanitario, si esclude la parificazione dell'operazione chirurgica ad un atto di aggressione all'incolumità individuale altrui⁸⁸.

Ciò diviene di maggiore evidenza nell'ipotesi in cui venga eliminata la malattia e consegua un esito fausto al paziente⁸⁹, inteso quest'ultimo come giudizio positivo circa il miglioramento oggettivo delle condizioni di salute del malato, ragguagliato alle manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente⁹⁰. In tale caso, discende che non risulta integrato l'evento previsto e punito dal delitto di lesioni personali, in ragione del fatto che la malattia⁹¹ costituisce l'opposto dell'esito favorevole conseguito per la salute⁹².

eseguito *lege artis*, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 7.

⁸⁸ Il singolo atto, che può comportare un'alterazione anatomica, viene valutato alla luce dell'oggettiva situazione patologica in cui versa il malato ed ai benefici che al medesimo può apportare. L'orientamento della dottrina italiana che esclude il delitto di lesioni dolose risente l'influsso delle riflessioni svolte dalla prevalente dottrina tedesca. In tale senso si orientano, SCHROTH U., *Ärztliches Handeln und Strafrechtlicher Maßstab. Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation*, in ROXIN C., SCHROTH U., *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart, 2007, 3 ss; ESER A., *sub* § 223, in SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2001, 1805 ss.; BOCKELMANN P., *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968, 67 ss.; e, più risalente, ENGISH K., *Die rechtliche Bedeutung der Operation*, Berlin, 1958, 56 ss.

⁸⁹ V. per tutti le considerazioni di ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 317.

⁹⁰ Questa espressione, in giurisprudenza, si rinviene in Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437.

⁹¹ Nella giurisprudenza penalistica, degna di particolare interesse, soprattutto alla luce del periodo storico in cui pronunciata, in senso opposto rispetto il diritto vivente dell'epoca, la sentenza di App. Firenze, 27 ottobre 1970, in *Giur. mer.*, 1972, 323 ss., che in motivazione rileva: "Premesso che nessuna questione sorge per le operazioni chirurgiche che abbiano avuto esito felice, eliminando uno stato morboso dall'organismo del paziente (senza lasciare uno stato patologico prima insussistente), e che il problema della giustificazione sorge solo nei confronti delle operazioni che, pur perfette da un punto di vista strettamente chirurgico, abbiano avuto esito negativo (o perché non hanno eliminato lo stato morboso preesistente o perché – ed è il caso dell'intervento di sterilizzazione – hanno causato altra conseguenza lesiva, mortale o invalidante) [...]". Nel diverso settore del diritto

A seguito dell'intervento sanitario con esito fausto, consegue per il paziente un decorso post-operatorio, che tuttavia è difficile ricondurre all'evento previsto dal delitto di lesioni⁹³, se si considera il fatto che esso permette al paziente di riacquistare la piena funzionalità del proprio organismo⁹⁴.

Ciononostante, il fatto del medico non risulta per ciò solo lecito⁹⁵ considerato che, nel caso in cui manchi il consenso informato alle cure, viene lesa la libertà del paziente di autodeterminarsi nelle cure, in quanto la sua idea di salute può essere diversa da quella indicata in sede scientifica⁹⁶.

Tuttavia, considerata la difficoltà di configurare il delitto di violenza privata a causa della struttura in cui si articola tale fattispecie, si pone il rischio di non considerare sufficientemente le ragioni

civile, nella giurisprudenza recente, cfr. Cass. civ., Sez. III, 12 gennaio 2010, n. 2847.

⁹² In questa direzione si orienta autorevole parte della dottrina penalistica, tra cui MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1289 ss., che si pone in linea con l'orientamento prevalente della dottrina tedesca, tra cui MAURACH R., *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1969, 79 ss.

⁹³ Così, MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1288, *lo stesso codice ha cura di distinguere, con la ben nota "o", il concetto della malattia da quello di "incapacità di attendere le ordinarie occupazioni – nel quale può essere ricompreso anche il cosiddetto decorso post-operatorio"*, che, sulla base della "o" disgiuntiva propende per la natura di reati autonomi circa gli eventi previsti dall'art. 583 c.p.

⁹⁴ In senso contrario a questa conclusione, INTRONA F., *la responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Padova, 1955, 22; nonché, RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., 31.

⁹⁵ Di questa idea, nella recente letteratura, anche TURILLAZZI E., NERI M., RIEZZO I., *Le Sezioni Unite ed il consenso informato: una decisione tra miti e misteri disquisendo tra esito fausto (del trattamento) e malattia, indizi preziosi (ma non risolutivi) tra le pieghe delle frasi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1086 ss., spec. 1095.

⁹⁶ Talune legislazioni incriminano con un'apposita previsione normativa l'ipotesi di trattamento terapeutico eseguito senza il consenso del paziente. Tra queste ultime, è interessante rilevare che il § 110 c.p. austriaco del 23 gennaio 1974 incrimina la condotta arbitraria del medico non come lesione personale, bensì quale delitto contro la libertà personale.

dell'individuo. Residua il rischio, in considerazione di ciò, che il medico diventi arbitro assoluto del diritto di sottoporre le persone ad un certo tipo di trattamento terapeutico in violazione del principio di libertà e di disposizione del proprio corpo⁹⁷.

5.1. L'intervento terapeutico non consentito con esito infausto

Nell'ipotesi in cui l'intervento medico-chirurgico si concluda con esito sfavorevole o, meglio, comporti il peggioramento delle condizioni di salute ovvero il decesso del paziente, la questione si complica, in quanto è arduo sostenersi che l'evento malattia non si sia verificato.

Mentre, in tale specifica ipotesi, parte della dottrina ritiene sempre integrato il delitto di lesioni personali volontarie⁹⁸, al contrario, un differente indirizzo interpretativo distingue a seconda che il medico abbia o meno operato nel rispetto delle *leges artis*⁹⁹. Ciò al fine di verificare se il peggioramento delle condizioni di salute del malato, ovvero il suo decesso, sia a quest'ultimo rimproverabile sotto il profilo del rispetto delle regole indicate in sede scientifica per fronteggiare quella data patologia¹⁰⁰.

Nel caso del rispetto delle *leges artis*, ci si interroga se l'esito infausto sia addebitabile all'opera del sanitario oppure, piuttosto,

⁹⁷ In questi termini si esprime RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 304.

⁹⁸ In questo senso si pone soprattutto la dottrina più risalente. In particolare, sostengono l'atipicità delle lesioni soltanto in caso di esito fausto, SPIEZIA V., *I limiti della liceità del trattamento medico-chirurgico*, cit., 42; CRESPI A., *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, cit., 17; RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 155.

⁹⁹ V. per tutti MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 7.

¹⁰⁰ Così, MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1289.

derivi dalla pregressa malattia¹⁰¹. L'evento, allorché il medico abbia agito secondo quanto indicato in sede scientifica per curare la patologia, risulta avvinto da un nesso di derivazione causale non riferibile all'intervento sanitario, bensì al precedente processo morboso in cui versava il malato e che ne costituisce unica *condicio sine qua non*¹⁰². In altri termini, la terapia eseguita *legibus artis* non riesce, né avrebbe potuto riuscire, ad arrestare la preesistente malattia in cui versava il paziente, da considerare quest'ultima unica causa dell'evento infausto¹⁰³.

Tuttavia, se, da un lato, una simile ricostruzione viene sostenuta da autorevole parte della dottrina, dall'altro, altrettanto non avviene sul versante giurisprudenziale, considerato che le Sezioni Unite sono intervenute a sostenere l'atipicità dell'intervento medico *ex art. 582 c.p.* solo con riguardo all'ipotesi di esito fausto¹⁰⁴.

In senso critico, può essere obiettato che, se si sostiene la liceità dell'intervento medico eseguito *lege artis* in quanto atipico *ex art. 582 c.p.*, non dovrebbe assumere rilievo l'esito quando nessun rimprovero possa essere mosso al sanitario. Infatti, se la causa della lesione è lecita, non risulta condivisibile la soluzione di condizionare la responsabilità del medico in base agli esiti, i quali dipendono spesso

¹⁰¹ In questa direzione, IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 2664 ss.

¹⁰² Questa opinione, in letteratura, è sostenuta da MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio oppure violenza privata?*, in *Cardiologia ambulatoriale*, 2005, 152 ss., spec. 155.

¹⁰³ In questi termini, esattamente, si esprime MANNA A., *Il trattamento medico "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 604 ss., spec. 610.

¹⁰⁴ V. per tutte Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, cit., 447 ss., che non si pronuncia circa l'esito sfavorevole per il paziente.

da imprevedibili fattori biologici del malato e possono verificarsi anche a notevole distanza di tempo dall'intervento stesso, per fattori sopravvenuti ma collegati¹⁰⁵.

Sulla base di questi rilievi critici, si evince che la distinzione tra esito fausto ed infausto, sostenuta dalla recente giurisprudenza, sulla scia di una risalente dottrina penalistica¹⁰⁶, non permette di risolvere in modo adeguato la problematica. Tale ricostruzione non persuade in quanto porta alla conclusione di condizionare la responsabilità penale del medico – anche quando quest'ultimo abbia operato nel rispetto delle *leges artis* e nulla possa essergli rimproverato – all'esito prodotto, che è un *accidens* che non assume rilievo se la causa della lesione è lecita.

6. L'elemento soggettivo dell'art. 582 c.p.

Prima di confrontare l'*animus* che sorregge il medico al dolo di cui all'art. 582 c.p., si rende necessario soffermarsi ad esaminare il tipo di coefficiente psicologico richiesto da tale fattispecie criminosa, dal momento che esistono molteplici orientamenti al riguardo¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Quest'ultima osservazione circa il verificarsi, anche a notevole distanza di tempo dal trattamento terapeutico, degli eventi infausti, è tratta da RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 303, il quale però sostiene la tipicità del delitto di cui all'art. 582 c.p., anche nel caso di esito fausto. Per il medesimo rilievo critico v. anche NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 128.

¹⁰⁶ Ci riferiamo alle riflessioni di SPIEZIA V., *I limiti della liceità del trattamento medico-chirurgico*, cit., 42; CRESPI A., *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, cit., 17; nonché, con riferimento alla manualistica, RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 155.

¹⁰⁷ Per uno sguardo d'insieme, nella manualistica PAVAN G., *Lesione personale (582)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 65-66.

Secondo l'orientamento dominante, di matrice giurisprudenziale¹⁰⁸, per rispondere del delitto di lesioni personali dolose è sufficiente che l'agente si rappresenti e voglia la violenta manomissione dell'altrui persona, nel senso che non è necessario che il dolo abbracci il risultato finale dell'azione compiuta¹⁰⁹.

In particolare, la Suprema Corte ha sostenuto che il dolo di lesioni personali è di carattere generico ed è costituito nel suo contenuto psicologico minimo dal dolo di percosse poiché è sufficiente il proposito dell'agente di manomettere l'altrui persona fisica¹¹⁰. Di conseguenza, il dolo del reato di percosse finisce per coincidere con quello di lesioni¹¹¹.

Tuttavia, seguendo questo orientamento, la malattia finisce per essere imputata sulla base del solo nesso causale, in quanto l'agente che, con il puro e semplice intento di percuotere, cagiona una malattia, risponde a titolo di lesioni personali anziché di percosse¹¹².

¹⁰⁸ Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. *ex multis*, Cass. pen., 12 aprile 1983, n. 4419, in *Cass. Pen.*, 1984, 1123 ss.

¹⁰⁹ *Contra* GALISAI PILO M. G., *Lesioni e percosse nel diritto penale*, cit., 402. Critico, rispetto alla posizione per cui non serve la specifica intenzione di ledere, essendo sufficiente quella di sottoporre la vittima ad una violenta manomissione, anche MARINI G., *Delitti contro la persona*, cit., 135.

¹¹⁰ La Corte di Cassazione sostiene che la differenza tra l'ipotesi di lesioni e quella di percosse dipende esclusivamente dalle conseguenze inferite dal reo al soggetto passivo. In questo senso v. *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 13 ottobre 1989, n. 3103, in *Cass. pen.*, 1991, 1566 ss.

¹¹¹ Nella risalente giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. V, 25 marzo 1982, in *Giust. Pen.*, 1983, 234 ss. Secondo questa impostazione, di conseguenza, sono imputabili all'agente a titolo di dolo, tutti gli effetti lesivi che si colleghino con rapporto di causalità diretta alla condotta violenta posta in essere volontariamente contro il soggetto passivo. In senso critico, RONCO M., *sub* art. 582, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 2355 ss.

¹¹² L'elemento soggettivo dell'art. 582 c.p. finisce per identificarsi con quello di cui all'art. 581 c.p., comportando la responsabilità per l'uno o l'altro reato soltanto sulla base dell'aver procurato o meno la malattia. Si configura il reato di cui all'art. 582 c.p. quando dal fatto deriva una malattia, ancorché l'intenzione sottostante sia stata solo quella di percuotere, mentre, se si produce semplicemente una sensazione

Tuttavia, una simile conclusione non si sposa con il principio di colpevolezza, in quanto l'evento malattia degrada a mera condizione obiettiva di punibilità.

Affermare che il dolo delle percosse è identico a quello delle lesioni richiama principi come quello del *dolus determinatur ab exitu*, che non sono compatibili con il nostro ordinamento¹¹³.

Pertanto, un altro indirizzo interpretativo, di matrice dottrinale, sostiene che il dolo di lesione richiede la previsione ed accettazione della concreta conseguenza della malattia, dal momento che la quest'ultima è un elemento essenziale della fattispecie, la quale deve essere prevista e voluta dall'agente¹¹⁴.

Il dolo generico può configurarsi anche sotto la forma del cosiddetto dolo eventuale qualora il soggetto si rappresenti la malattia soltanto come probabile conseguenza della condotta illecita e, ciononostante, decida di agire anche a costo di provocare l'evento criminoso, accettandone il rischio¹¹⁵.

fisica di dolore, si ravvisa il reato dell'art. 581 c.p. Cfr. BASILE F., *sub art. 582*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 3852 ss.

¹¹³ Si reputa indifferente che l'agente avesse solamente l'intenzione di percuotere anziché quella di ledere: egli risponde dell'evento cagionato, nel grado al quale questo è pervenuto, per la sua semplice volontà di colpire. La *ratio* di fondo di questa impostazione si individua nei Lavori preparatori del codice penale, ove il dolo di lesioni viene esplicitamente equiparato al dolo di percosse. Ma i lavori preparatori al codice penale del 1930 vanno letti alla luce del contesto storico, ossia alle risalenti concezioni ispirate alla logica del *versari in re illicita*, che risultano oggi criticabili, poiché collidono con l'ordinamento costituzionale vigente. Così, BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, cit., 119.

¹¹⁴ L'elemento psicologico assume così un connotato che lo distingue da quello che sorregge la condotta di percosse. Questo orientamento è sostenuto da ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 80. In proposito, v. anche la posizione di GALIANI T., *Lesioni personali*, cit., 153; GALISAI PILO M.G., voce *Lesioni e percosse nel diritto penale*, cit., 402.

¹¹⁵ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 1995, in *Cass. pen.*, 1997, 68 ss.; Cass. pen., Sez. III, 28 maggio 1996, in *Giust. pen.*, 345 ss. L'evento si considera voluto anche nel caso in cui il risultato della malattia è stato

Tuttavia, questa costruzione, se, da un lato, ha il pregio di porsi in armonia con il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., in forza del quale il fatto commesso deve essere ricollegabile alla sfera soggettiva dell'agente, dall'altro, comporta un'eccessiva restrizione dell'oggetto del dolo¹¹⁶.

6.1. L'*animus* del medico

Secondo una terza corrente interpretativa, l'oggetto del dolo di cui all'art. 582 c.p. si incentra sulla lesione, e non sulla sensazione fisica di dolore o sulla concreta malattia¹¹⁷.

Da tale premessa deriva la possibilità di distinguere il dolo di lesioni personali, inteso come volontà di cagionare alla vittima un'alterazione fisio-psichica idonea a provocare una malattia, da quello di percosse, che si identifica con l'intenzione di provocare una sensazione fisica dolorosa. Ne discende, pertanto, che l'oggetto del dolo di lesioni personali è l'evento della malattia genericamente inteso, e non la sua concreta portata¹¹⁸.

Posto che la lesione dell'art. 582 c.p. è specificata dall'attitudine a determinare la malattia, oggetto del dolo è una condotta che produce

previsto ed al tempo stesso accettata l'eventualità del suo verificarsi. In questo modo, la consapevole accettazione del rischio da parte dell'agente significa vera e propria volizione del fatto. V. per tutti, su questa peculiare forma di elemento soggettivo, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., 329.

¹¹⁶ In questo senso, in particolare, si pone criticamente PAVAN G., *Lesione personale (582)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 66.

¹¹⁷ Per un'analisi approfondita di questa corrente esegetica v. la fondamentale monografia di BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, cit., 119.

¹¹⁸ V. in merito la disamina di ZAGREBELSKY V., voce *Lesioni personali e percosse*, cit., 4.

quella lesione che abbia idoneità a far sorgere nel soggetto passivo la malattia nel corpo o nella mente¹¹⁹. Sulla base di questo rilievo, si può muovere una critica alla tesi tradizionale¹²⁰, ancora oggi sostenuta dalla prevalente giurisprudenza, in quanto male si concilia con il principio di colpevolezza¹²¹.

Al tempo stesso, non si può negare che residuano delle difficoltà sul piano probatorio allorché si debba valutare se l'agente sia stato mosso da dolo di percosse ovvero da quello di lesione, a prescindere da quello che, nel caso concreto, si sia verificato sul piano oggettivo¹²².

Secondo l'*id quod plerumque accidit* tendenzialmente si potrà riconoscere la corrispondenza della previsione alla realizzazione, ma non potranno essere escluse delle divergenze. Tuttavia, le difficoltà probatorie, non possono costituire una ragione tale da determinare l'identificazione del dolo di lesioni personali con la volontà di manomettere l'altrui persona, la quale caratterizza invece il delitto di cui all'art. 581 c.p.

Tale soluzione è preferibile se si considera che, senza richiedere la previsione ed accettazione delle concrete conseguenze della malattia

¹¹⁹ Osserviamo con PAVAN G., *Lesione personale (582)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 66, che, se alla lesione si attribuisce il pregnante significato che le deriva dall'essere prodromica alla malattia, diviene necessario che l'agente si rappresenti l'idoneità della lesione a cagionare la malattia.

¹²⁰ Imprescindibile su questo punto, GALIANI T., *Lesioni personali*, cit., 151, secondo il quale, nell'ipotesi di lesioni personali dolose, la volontà di cagionare una lesione è un requisito costitutivo del dolo.

¹²¹ Come osservano già BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, cit., 121.

¹²² V. al riguardo le osservazioni critiche di SALCUNI G., *Artt. 582 - 583* in MANNA A., *Reati contro la persona*, cit., 105.

prodotta, consente di distinguere il dolo di percosse da quello di lesioni, anche ai fini dell'autonoma previsione del tentativo dell'uno ovvero dell'altro delitto¹²³.

Ciò posto, le ripercussioni nel settore medico sono di tutta evidenza dal momento che il coefficiente psicologico del sanitario, salvo casi abnormi ed eccezionali, si connota per la volontà di arrecare un beneficio alla salute del paziente, ossia, di eliminare, mediante la lesione chirurgica, la malattia.

Di conseguenza, l'equiparazione *tout court* della prestazione medica ad una condotta lesiva dell'integrità fisica altrui, non considera l'intrinseca direzionalità benefica della condotta tenuta dal medico, che non è sorretta dalla volontà lesiva¹²⁴.

In questa cornice, se si considera che il consenso è un elemento estrinseco all'essenza della prestazione medica, la sua mancanza, per ciò solo, non trasforma l'intervento medico in un gesto criminoso sorretto da *animus laedendi*. Il dolo di lesioni viene assorbito dalla consapevolezza dell'assenza del consenso del paziente¹²⁵, che è l'unico oggetto che si rinviene nell'orizzonte psicologico del sanitario¹²⁶.

¹²³ Questo orientamento si pone, rispetto alla giurisprudenza, in modo più soggettivistico poiché arricchisce l'oggetto del dolo con l'offesa all'interesse tutelato e postula che il soggetto preveda ed accetti l'evento lesivo per l'eventualità del suo verificarsi. Cfr. GALIANI T., *Lesioni personali*, cit., 154.

¹²⁴ Così, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio oppure violenza privata?*, cit., 468.

¹²⁵ In questi termini si esprime MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio oppure violenza privata?*, cit., 462.

¹²⁶ In giurisprudenza, così Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437; e, in letteratura, nello stesso senso si pone anche MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio oppure violenza privata?*, cit., 462,

In altri termini, se si aderisce ad una nozione finalistica di dolo, per configurare il delitto di cui all'art. 582 c.p. è necessario che l'agente persegua la finalità di ledere l'altrui persona, ossia di intaccare l'integrità fisica o psichica della vittima¹²⁷. Posto che il sanitario opera il malato per curarlo, si evince che tale *animus laedendi* non sussiste, in quanto egli interviene solamente per migliorarne la salute¹²⁸. Sulla base di queste premesse, un consenso invalido, ovvero la sua carenza, non possono fondare un'imputazione a titolo di lesioni personali volontarie a carico del medico¹²⁹.

7. Sulla natura giuridica degli eventi dell'art. 583 c.p.

Il delitto di lesioni personali dolose può realizzarsi, oltre che nella forma semplice prevista dall'art. 582 c.p., anche nelle forme aggravate di cui all'art. 583 c.p. Quest'ultimo richiamo normativo adotta, , al primo ed al secondo comma, rispettivamente, le qualificazioni “grave”

evidenzia che l'incisione sul derma del paziente, che può integrare una lesione, non assume rilievo qualora non consegua un'alterazione funzionale dell'organismo. In particolare, quest'ultima conseguenza non può restare estranea alle sfere dell'elemento soggettivo, dal momento che, altrimenti, si finirebbe per estrarre dall'evento del reato un solo elemento definitivo, frantumando l'unitarietà data dal legislatore.

¹²⁷ E' l'opinione – con riferimento anche all'ambito medico-chirurgico – che fa capo a ALTAVILLA E., voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., 117 ss.; nonché, di ONDEI E., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Forense*, II, 1968, 447 ss., che però sostiene tale tesi solamente in riferimento ai trattamenti di natura terapeutica.

¹²⁸ Interessante, in giurisprudenza, la risalente pronuncia di Trib. Napoli, 28 novembre 1931, in *Riv. pen.*, 1932, 74 ss., la quale si pone nel senso che il consenso impedisca il configurarsi di un dolo di ledere. Impostazione però smentita in seguito da Cass. Pen., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, 146 ss., con nota di ARANGIO RUIZ G., *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*.

¹²⁹ Tuttavia, ALTAVILLA E., *Consenso dell'avente diritto*, cit., 118, puntualizza che “non per questo potrebbe parlarsi di condotta lecita, sussistendo un delitto contro la libertà individuale”

e “gravissima” per definire le ipotesi in cui il danno alla persona è più significativo¹³⁰.

Una *vexata questio* che si riferisce alla struttura del delitto di lesione personale, riguarda l’inquadramento dogmatico dei diversi esiti lesivi presi in considerazione dall’art. 583 c.p. In letteratura, si discute se si tratti di circostanze aggravanti speciali o di fattispecie autonome di reato¹³¹.

Secondo l’orientamento prevalente, considerato che l’art. 583 c.p. è rubricato “circostanze aggravanti”, le ipotesi aggravate delineano degli elementi circostanziali in senso tecnico¹³², e non un’autonoma figura di reato¹³³. Ciò in ragione del fatto che tali ipotesi non implicano una modificazione dell’essenza del delitto di lesioni personali, ma costituiscono soltanto delle particolarità, o meglio, dei

¹³⁰ Per un quadro delle circostanze aggravanti, con ampia rassegna della più recente giurisprudenza, RONCO M., *sub art. 582*, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 2358; nonché, NOCELLA R., *sub art. 582*, in DUBOLINO P., *Commento al codice penale*, cit., 1805. La durata della malattia costituisce il primo criterio di graduazione della gravità della lesione: quest’ultima è “grave” quando la malattia è superiore ai quaranta giorni, mentre è “gravissima” quando la malattia ha durata permanente ovvero è probabilmente insanabile. Viceversa, la lesione può essere qualificata “lieve” quando la malattia ha una durata tra i venti e i quaranta giorni, ovvero “lievissima” quando non supera i venti giorni. Sul punto, ZAGREBELSKY V., *Lesioni personali e percosse*, cit., 5.

¹³¹ Per un’ampia disamina della problematica, nella manualistica, LORETO A., *I delitti di percosse e lesioni*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, cit., 535; nonché, SALCUNI G., *Artt. 582 - 583* in MANNA A., *Reati contro la persona*, cit., 115.

¹³² Di questa opinione, in letteratura, BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, cit., 129; GALISAI PILO M.G., voce *Lesioni e percosse nel diritto penale*, cit., 397; BORGOGNO R., *Delitto di lesione personale*, in RAMACCI F. (a cura di), *I delitti di percosse e di lesioni*, cit., 88.

¹³³ *Contra*, MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 130, che ritiene “*Per liberare le lesioni dall’assurdo degli stravolgimenti interpretativi, specie giurisprudenziali, e riportarle alla “razionalità” delle regole della teoria generale del reato occorre – va subito premesso – considerare anche le lesioni gravi e gravissime non circostanze, ma fattispecie autonome di reato*” e, tra le molteplici motivazioni, precisa che la tesi delle circostanze deve essere respinta “*perché comporta [...] un più generale stravolgimento delle regole generali sul reato: non solo in materia di dolo*”.

risultati che si aggiungono ad esso, determinandone una maggiore gravità¹³⁴.

La tecnica normativa adottata, con il rinvio per la descrizione del fatto punibile all'art. 582 c.p., ripropone il modello normativo tipico di disciplina delle ipotesi circostanziate¹³⁵. Si tratta dunque di varie forme di maggiore intensità criminosa, le quali non costituiscono autonome *figurae delicti*, bensì semplici circostanze, in quanto non incidono sull'ontologia del reato, modificandone l'essenza, ma alterano taluni elementi accidentali della fattispecie¹³⁶.

Ciononostante, secondo un diverso indirizzo interpretativo, il dato formale non sarebbe vincolante e le fattispecie sarebbero autonome figure di reato¹³⁷. Si sostiene che, nella descrizione delle varie ipotesi, non si ravvisa un *quid pluris* tale da determinare una maggiore gravità dell'evento, ma un evento del tutto diverso¹³⁸.

¹³⁴ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., Sez. II, 13 giugno 1984, in *Cass. pen.*, 1986, 1304 ss. Per l'analisi della giurisprudenza sul tema, PISA P., *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, cit., 275.

¹³⁵ In tal senso si pone l'intenzione del legislatore espressa nella relazione ministeriale al progetto definitivo di codice. Secondo BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, cit., 134, non vi è dubbio che i compilatori del codice penale intendessero disciplinare i casi dell'art. 583 c.p. secondo quanto è stabilito per le circostanze del reato.

¹³⁶ MAGGIORE G., *Diritto penale*, cit., 778. Il titolo del reato fondamentale rimane, si argomenta, sempre quello di lesione, quantunque gli effetti possano essere, nelle singole ipotesi, diversi. Così, BORGOGNO R., *Delitto di lesione personale*, in RAMACCI F. (a cura di), *I delitti di percosse e di lesioni*, cit., 86.

¹³⁷ Sostiene che si tratti di fattispecie autonome di reato MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 130, e 144-145.

¹³⁸ In questo senso, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 85; e FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 59; nonché MANNA A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Giur. Trec.*, VI, 1993, 4 ss. i quali evidenziano che la rubrica *legis* ha un valore relativo: su di essa deve prevalere il contenuto della norma. A sostegno della tesi autonomista delle previsioni in esame si osserva anche che il legislatore attribuisce ad esse uno specifico *nomen iuris*, appunto lesione "grave" e "gravissima", con una tecnica di solito impiegata per individuare un reato autonomo. Contro questo argomento, tuttavia, i sostenitori della natura circostanziale evidenziano che si tratta di denominazioni tradizionali

Sulla base di questa premessa, viene meno la possibilità di adottare il criterio di specialità quale parametro diagnostico degli elementi circostanziali¹³⁹, in quanto il rapporto di genere a specie, che di regola caratterizza l'elemento circostanziale rispetto al reato-base, si spezza allorché l'evento "incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni", attraverso la disgiuntiva "o", sembra posto esplicitamente in alternativa all'evento "malattia"¹⁴⁰. Tale aspetto sarebbe in contrasto con la supposta natura circostanziale della norma, dato che tra reato circostanziato e reato semplice dovrebbe sempre sussistere un rapporto di *genus* a *species*, in forza del quale la figura speciale deve contenere tutti gli elementi di quella generale, con in più un elemento specificante¹⁴¹.

mantenute per indicare eventi che sono esplicitamente definiti "circostanze" non solo nella rubrica dell'art. 583 c.p., ma anche nel testo dell'art. 582 secondo comma ed in altre norme.

¹³⁹ Questa ricostruzione si fonda sul fatto che alcune delle ipotesi aggravate possono realizzarsi anche in assenza di una malattia: proprio questo aspetto contrasterebbe con la supposta natura circostanziale, dato che tra fattispecie semplice e fattispecie circostanziata dovrebbe sussistere un rapporto di *genus* a *species*. Infatti, in base a questo rapporto, la figura speciale deve contenere tutti gli elementi di quella generale, con l'aggiunta di almeno un elemento specificante. Sulla problematica, per un quadro complessivo, CORNACCHIA L., *I delitti contro l'incolumità individuale* in CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F., *Diritto penale*, cit., 319 ss.

¹⁴⁰ Sul punto, MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1288. V. anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 86. A favore dell'autonomia delle previsioni si argomenta che nell'art. 583 c.p. vengono contemplati alcuni eventi, quali l'indebolimento di un organo, la perdita di un senso la perdita della capacità di procreare, lo sfregio, che non costituiscono una specificazione dell'elemento della malattia. Si pone in senso critico invece, PAVAN G., *Lesione grave e gravissima (583)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 69 ss., che protende a favore invece della natura circostanziale, dal momento che tali eventi, si ritiene, non possano prescindere da un quadro patologico, quando non siano già essi stessi una malattia.

¹⁴¹ In senso critico, altra parte della dottrina ha obiettato che non è detto che la sostituzione di elementi impedisca di considerare circostanza del reato l'ipotesi di cui si tratta. Mentre l'aggiunta di un elemento suggerisce l'ipotesi che ci si trovi in presenza di una circostanza del reato, la sostituzione appare solo indicativa, in linea di principio, della previsione di una figura autonoma. Ma, in questo caso, depone in

8. Quadro sull'omicidio in ambito medico

Il bene giuridico protetto dal delitto di omicidio è il bene della vita umana, che subisce la distruzione completa, nel senso che il danno subito dalla vittima è totale e di natura irreversibile in quanto non più eliminabile dal colpevole¹⁴².

Come noto, l'omicidio è un delitto a forma libera¹⁴³, poiché il legislatore non individua una serie di condotte specifiche, ma si limita a punire chiunque, con qualsiasi azione od omissione, cagioni la morte di un essere umano¹⁴⁴. Tuttavia, tra la condotta dell'agente e l'evento morte deve sussistere un nesso di causalità ed il secondo deve conseguire dalla prima in assenza di cause di giustificazione, con l'eccezione dell'art. 50 c.p., considerato che il diritto alla vita non è un diritto disponibile¹⁴⁵, tanto che il legislatore ha configurato all'art. 579

senso contrario il tenore dell'art. 582 c.p., che richiama le circostanze elencate nell'articolo successivo. Così, ZAGREBELSKY V., *Lesioni personali e percosse*, cit., 5.

¹⁴² E' smisurata l'ampiezza dei contributi dottrinali sul tema. Per un quadro sui delitti di omicidio, VANNINI O., *Delitti contro la vita*, Milano, 1958; PANNAIN R., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965, 138 ss.; PATALANO V., voce *Omicidio (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1979, 916 ss.; GRANATA L., *L'omicidio in diritto penale*, II ed., Roma, 1960, MARINI G., voce *Omicidio*, *Noviss. dig. it.*, Vol. V, App., 1984, 441 ss.; ID., voce *Omicidio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, 491 ss.; SERIANNI V., voce *Omicidio*, in *Enc. giur. Trec.*, XXI, 1990, 1 ss.

¹⁴³ Sul punto, RONCO M., *sub art. 575*, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 1960 ss., con ampi riferimenti alla giurisprudenza più recente.

¹⁴⁴ Più corretta la formulazione dell'art. 589 c.p. rispetto a quella degli artt. 575 e 584 c.p., che menzionano il termine "uomo", di cui si rende necessaria un'interpretazione estensiva. Nella manualistica, v. per tutti NICOSIA E., Artt. 575 – 577. *Omicidio doloso e circostanze aggravanti*, in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 3 ss. Sulle circostanze aggravanti, v. per tutti l'approfondimento di ZAMBUSI A., *Circostanze aggravanti dell'omicidio (576, 577)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 18 ss.

¹⁴⁵ In questi termini, esattamente, CORATELLA C., *La responsabilità penale del medico*, in *Dir. e Giust.*, suppl. 43, Milano, 2006, 113. Sulla difficoltà, nella

c.p. un'autonoma fattispecie delittuosa per l'ipotesi dell'omicidio realizzato con il consenso del soggetto passivo¹⁴⁶.

Come si evince dall'art. 578 c.p., il quale equipara all'infanticidio il feticidio commesso durante il parto, il codice penale anticipa l'inizio della vita al momento del parto¹⁴⁷. Ciò assume rilievo soprattutto in tema di responsabilità medica colposa, dal momento che, se si ritiene che il feto durante il parto abbia già, ai fini della legge penale, la qualità di essere umano, si deve concludere nel senso che il sanitario, il quale ne cagioni la morte negligenemente, si renderà responsabile di omicidio colposo¹⁴⁸.

pratica, dell'accertamento causale in caso di condotte sessuali di trasmissione del virus HIV, nella giurisprudenza di merito, *ex multis* Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 299 ss., che ha riconosciuto il rapporto eziologico tra la condotta del marito, affetto da AIDS e la morte della moglie, sul presupposto che quest'ultima era stata contagiata nel corso di numerosi e continuativi rapporti sessuali non protetti nel quadro di una relazione di tipo esclusivo. Nella stessa vicenda, i successivi gradi di giudizio hanno configurato, piuttosto che l'omicidio con dolo eventuale, l'omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento, cfr. Ass. App. Brescia, 26 settembre 2000, cit., 285 ss.; nonché, Cass. pen., Sez. I, 14 giugno 2001, n. 30425, cit., 3096 ss.

¹⁴⁶ V. in merito, EUSEBI L., *Omissione dell'accertamento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, 508 ss.; nonché, SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss.

¹⁴⁷ V. per tutti AMBROSETTI E.M., *Il delitto di omicidio. Concetti generali*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 5 ss., spec. 6-7, sulla nozione di vita, la quale segna discriminare tra i delitti di omicidio e quelli di aborto.

¹⁴⁸ L'inizio della vita umana deve essere anticipato al parto in quanto, sebbene l'equiparazione dell'art. 578 c.p. è limitata al solo feticidio compiuto in condizioni di abbandono materiale e morale, sarebbe illogico non punire un feticidio commesso per ragioni diverse. Se, da un lato, questo argomento, da solo considerato, rischia di fornire un'interpretazione analogica *in malam partem*, come tale vitata dall'art. 14 delle Preleggi in ambito penale, dall'altro, a favore della tesi anzidetta, depone però anche il dato che con la l. 194/1978 si è sostituito il concetto di aborto con quello di interruzione della gravidanza. Mentre con il primo termine si intende l'interruzione della gravidanza con conseguente morte del feto, con il secondo non si presuppone necessariamente la morte del feto. Pertanto, posto che il feticidio nel corso del parto è successivo al concludersi della gravidanza, la condotta viene incriminata sulla base delle norme dell'omicidio. V. la fondamentale monografia di AMBROSETTI E.M., *L'infanticidio e la legge penale*, Padova, 1992, spec. 39-40. Collegato, CALVI A., *L'uomo secondo la legge penale: quando nasce e quando muore*, in *Ginecologia clinica*, XIII, 1992 151 ss.

Mentre, secondo la dottrina prevalente, il feto acquista la natura di uomo con il distacco del feto dall'utero, inteso come l'inizio delle doglie, ossia dal travaglio al parto¹⁴⁹, la giurisprudenza si orienta invece nel senso che l'inizio del parto debba essere fissato al momento della rottura del sacco delle acque¹⁵⁰.

Per quanto riguarda invece la nozione di morte, si rileva che essa è ormai normativamente determinata, ed è identificata con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo¹⁵¹. Accolta la nozione di morte celebrale, tuttavia, una problematica si è posta con riguardo ai neonati cosiddetti anencefali, ossia privi di cervello. Nella pratica, si è verificato il loro utilizzo da parte di alcuni medici, subito dopo la nascita, come “serbatoi d'organi” per i trapianti¹⁵². Alcuni medici, senza procedere all'accertamento della morte, pur respirando l'anencefalo al momento della nascita, procedevano all'espianto degli

¹⁴⁹ Tuttavia, secondo una terza e preferibile impostazione, AMBROSETTI E.M., *L'infanticidio e la legge penale*, cit., 42, ci si riferisce al momento in cui le contrazioni assumono il carattere di frequenza e ritmicità, che costituiscono il segno inequivocabile della fine della gravidanza e dell'inizio della vita umana agli effetti della legge penale.

¹⁵⁰ *Ex multis*, di recente, Cass. pen., Sez. IV, 16 luglio 2009, n. 35027, che ha configurato il delitto di omicidio colposo in capo al soggetto che assisteva al parto per la morte del feto anche se l'espulsione non era ancora terminata, motivando nel senso che la vita ha inizio con la rottura del sacco delle acque amniotiche.

¹⁵¹ Ci riferiamo alla l. 29 dicembre 1993, n. 578 – “Norme per l'accertamento e la certificazione della morte” – che all'art. 1 stabilisce che: “La morte si identifica con la cessazione di tutte le funzioni dell'encefalo”. In merito, TASSINARI D., *I delitti di omicidio*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, cit., 1 ss., spec. 19. La nozione di morte encefalica è stata accolta dalla l. 2 dicembre 1975, n. 644, che contiene la disciplina dei prelievi da parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico. E' stato dunque abbandonato il criterio tradizionale dell'arresto dell'attività cardiocircolatoria ovvero respiratoria.

¹⁵² Il primo caso, di sottrazione dei reni ad un neonato anencefalo per trapiantarli a due neonati malati, si è verificato nel 1980 in Germania, nella clinica ostetrica universitaria della città di Münster. Per l'analisi di questo caso nonché di uno simile avvenuto in Italia, nella città di Palermo, AMBROSETTI E.M., *Il delitto di omicidio. Concetti generali*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 9. Collegato, EUSEBI L., *La tutela della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1052 ss.

organi da quest'ultimo per il trapianto in altri neonati malati, sostenendo che l'assenza di funzioni cerebrali giustificerebbe la parificazione con la morte celebrale¹⁵³.

In senso critico, si obietta che la legge sui trapianti¹⁵⁴ non consente l'espianto degli organi dal paziente prima dell'accertamento della sua morte celebrale e, nell'ipotesi di anencefalia, ciò è impossibile¹⁵⁵. Tale metodo di accertamento presuppone, infatti, la cessazione in modo completo ed irreversibile, di un'attività celebrale precedentemente normale, mentre, per i neonati anencefali, fin dall'inizio vi è la totale assenza di attività celebrale.

Pertanto, si conclude che tali soggetti, per il loro periodo di vita, assumono la qualità di essere umano alla pari di ogni prodotto del

¹⁵³ Sulla delicata problematica dei trapianti, GUZZON C., *Trapianti biologici nell'uomo*, in *Riv. pen.*, 1967, 397 ss.; VERCELLONE P., voce *Trapianti di tessuti e organi*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, Agg. 2003, 1262 ss.; VECCHI P.M., voce *Trapianti e trasfusioni (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000, 1 ss.; DE BLASIO A., *Il trapianto d'organi come risposta terapeutica*, Milano, 2001, spec. 65 ss. sulla normativa italiana, e 91 ss. per una comparazione con quella straniera; ZAMBRANO V., *La nozione di trapianto e l'ambito applicativo della disciplina. Trattamento terapeutico*, in STANZIONE P. (diretto da), *La disciplina giuridica dei trapianti*, Milano, 2000, 3 ss.; D'ORAZIONE R., *Il prelievo di organi e tessuti e la nozione giuridica di morte*, in *ivi*, cit., 43 ss.; SICA S., *La volontà alla "donazione"*, in *ivi*, 79 ss.; SATURNO A., *Il modello organizzativo: gli organismi di gestione*, in *ivi*, 105 ss.; SAPORITO L., *Importazione ed esportazione di organi e tessuti e trapianti all'estero: commento agli artt. 19 e 20 della L. 91/99*, in *ivi*, 213 ss.; nonché, RICCI P., *Aspetti medico-legali e penalistici dei trapianti di organo*, in *ivi*, 253 ss.; e SCIANCALEPORE G., *La disciplina transitoria della L. 1° aprile 1999, n. 91*, in *ivi*, 277 ss. Di recente, sul tema, SOMMAGGIO P., *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Padova, 2004; nonché, ALBERTON F., FOSTINI R., *I trapianti di organi e tessuti*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, 2009, 279 ss. Collegato, nella letteratura civilistica, FARNETI M., *sub art. 5*, in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, IX ed., Padova, 2009, 76 sui prelievi di organi da viventi, e 77 sui prelievi di organi da cadavere.

¹⁵⁴ La l. 26 giugno 1967, n. 458 e, al riguardo, non può non rinviarsi a MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974; ID., voce *Trapianti*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1987, 793 ss.; ID., voce *Trapianti*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1999, 323 ss. V. anche ID., *Trapianti d'organo: terapia o sperimentazione?*, in *Riv. pen.*, 1974, 253 ss.

¹⁵⁵ Così, AMBROSETTI E.M., *L'infanticidio e la legge penale*, cit., 8.

parto e la loro morte può essere accertata solo con il tradizionale criterio della cessazione dell'attività cardiaca¹⁵⁶.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo¹⁵⁷, l'omicidio può essere doloso, colposo o preterintenzionale. In particolare, si evidenzia che, nel nostro ordinamento, sono previste soltanto due ipotesi di preterintenzione, quali l'aborto¹⁵⁸ e l'omicidio come conseguenze non volute di condotte rivolte a ledere o percuotere la persona offesa. E' su quest'ultima ipotesi criminosa che si rende necessario soffermarsi, dal momento che il diritto penale della medicina costituisce il settore in cui risulta più controversa la sua configurabilità.

¹⁵⁶ L'opinione è di AMBROSETTI E.M., *L'infanticidio e la legge penale*, cit., 11.

¹⁵⁷ Tradizionalmente, nel codice penale, i delitti di omicidio vengono individuati sulla base dell'elemento soggettivo. In altri ordinamenti, a differenza di quello italiano, sono previste delle ipotesi autonome di omicidio doloso in ragione della sua gravità. Tuttavia, sono previste due forme di omicidio attenuato agli artt. 578 e 579 c.p. AMBROSETTI E.M., *Omicidio doloso (575)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 11 ss. In ambito sanitario, prevalentemente, l'omicidio doloso rileva nelle forme dell'omicidio del consenziente e di quello dell'aiuto al suicidio, che sono sanzionate, rispettivamente, dagli artt. 579 e 580 c.p.

¹⁵⁸ V. su questo delicato tema, AMBROSETTI E.M., *Profili penali dell'interruzione della gravidanza*, in *Diritto penale della famiglia*, in RIONDATO S. (a cura di), in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, 2002, 719 ss.; ID., *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004 n. 40)*, in ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, VII, *Aggiornamenti*, Milano, 2006, 510 ss.; ID., *Interruzione di gravidanza (l. n. 194/1978)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 109; Per una panoramica, senza pretesa di esaustività, ZUCCALA' G., voce *Aborto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 128 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale e tecniche bio-tecniche moderne*, in *Ind. pen.*, 1988, 13 ss.; BENCIO LINI P., APRILE A., *L'interruzione volontaria della gravidanza: compiti, problemi, responsabilità*, Padova, 1999; EUSEBI L., *La legge sull'aborto: problemi e prospettive*, Iustitia, 1996, 239 ss.; ID., *La tutela della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1052 ss. Sull'inquadramento dogmatico dell'interruzione volontaria della gravidanza v. la posizione di PADOVANI T., voce *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 983 ss., spec. 986, e SPAGNOLO G., *Studio sull'interruzione della gravidanza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1265 ss., spec. 1275; cfr. al riguardo le diverse posizioni di MANTOVANI F., *Diritto penale e tecniche bio-tecniche moderne*, cit., 1988, 13 ss., spec. 30 e MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1190 ss., spec. 1201.

8.1. L'omicidio preterintenzionale

L'art. 584 c.p. punisce con la grave pena della reclusione da dieci a diciotto anni, chiunque, con atti diretti a percuotere o ledere, cagiona la morte di un uomo¹⁵⁹. Si evince dalla norma che l'evento morte non è voluto dall'agente, ma si pone come conseguenza ulteriore dei delitti di cui agli artt. 581 e 582 c.p.

Se, da un lato, l'agente ha la volontà di cagionare gli eventi di lesioni ovvero percosse, dall'altro, in capo allo stesso manca una volontà omicida¹⁶⁰, che contraddistingue il delitto di cui all'art. 575 c.p. Per distinguere l'omicidio doloso da quello preterintenzionale, dunque, occorre valutare il coefficiente psicologico del soggetto attivo, dal momento che, mentre, nel secondo, è esclusa la previsione dell'evento mortale¹⁶¹, nel primo, al contrario, è necessario l'*animus necandi*.

In ambito sanitario, è difficile che l'atto del medico integri il delitto di cui all'art. 584 c.p.¹⁶², considerato che, salvo casi abnormi ed

¹⁵⁹ Sulla fattispecie delittuosa in esame v. per tutti STRANO LIGATO S., *sub* art. 584, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., 1811 ss. Vi è l'interesse dello Stato è quello di salvaguardare la sicurezza della persona con particolare riferimento al bene della vita. Cfr. MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Vol. VIII, 153.

¹⁶⁰ In merito, RONCO M., *sub* art. 575, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 1960 ss.,

¹⁶¹ Diffusamente, D'ANDRIA M., *sub* art. 584, in LATTANZI G., LUPO E. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., 216 ss.

¹⁶² In quest'ottica si pone anche CORATELLA C., *La responsabilità penale del medico*, cit. 117.

eccezionali, esso è finalizzato al benessere del paziente e non alla lesione della sua integrità psico-fisica¹⁶³.

La predetta finalità curativa risulta assente nei casi di interventi demolitivi coscientemente inutili ovvero compiuti per meri scopi di ricerca, scientifici od estetici di mera vanità, dal momento che manca la destinazione curativa dell'atto¹⁶⁴. Di conseguenza, quando risulta mancante una qualsiasi beneficialità terapeutica, la condotta del chirurgo può essere parificata alla condotta lesiva.

Diversamente, per quanto riguarda i casi di intervento medico-chirurgico a carattere terapeutico, la maggioranza della dottrina¹⁶⁵, come anche la recente giurisprudenza di legittimità¹⁶⁶, evidenzia che la lesione praticata con il bisturi sul corpo del paziente è strumentale al trattamento e non risulta, per sé sola, riconducibile alla previsione dell'art. 582 c.p. Di conseguenza, nel caso di decesso del paziente, a

¹⁶³ Cfr. BILANCETTI M., BILANCETTI F., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2010, 664.

¹⁶⁴ Questa impostazione è accolta anche dalla recente giurisprudenza della Suprema Corte: cfr. in proposito, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 28 giugno 2011, n. 33136, circa un caso di omicidio preterintenzionale per l'esecuzione di interventi al cuore inutili e non necessari. Nello stesso senso, per un caso in cui l'intervento eseguito era da considerarsi inutile per la scienza medica, Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2011, n. 34521.

¹⁶⁵ Nella manualistica, PIRAS P., *Omicidio preterintenzionale (584)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 26 ss., spec. 32, per un'analisi in senso critico circa la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale in ambito medico-chirurgico.

¹⁶⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, cit., 465 ss., che risente dell'impostazione dottrinale che ritiene impossibile configurare il dolo di lesioni in ambito medico-chirurgico, che può abbracciare la resezione dei tessuti ma non l'evento malattia. Per queste riflessioni, SALCUNI G., *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, cit., 615, nota 81. In un differente ambito, quale è quello della trasmissione del virus HIV, delle riflessioni simili sono svolte da MASUCCI M., *Fatto e valore nella definizione del dolo*, cit., 18 ss., spec. 170 ss.

seguito di intervento medico non consentito, rimane preclusa la configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale¹⁶⁷.

Con riguardo al peculiare caso in cui il paziente rifiuti le cure, un indirizzo interpretativo ritiene che venga in rilievo il divieto di manomissione del corpo umano o, meglio, la violazione consapevole del diritto di preservare la propria integrità fisica nell'attualità¹⁶⁸. Pertanto, sostiene che l'agire del chirurgo sulla persona del paziente esita in una condotta capace di configurare, nel caso di decesso, l'omicidio preterintenzionale, dal momento che il medico non può manomettere l'integrità fisica altrui, salvo il caso di un danno irreparabile o non altrimenti ovviabile¹⁶⁹.

Tuttavia, la recente giurisprudenza della Suprema Corte, con riferimento al caso di dissenso ed esito infausto dell'intervento, si orienta a configurare il delitto di lesioni personali dolose nel caso di sopravvivenza del paziente¹⁷⁰, aggravato *ex art. 583 c.p.* allorché si

¹⁶⁷ Cfr. IADECOLA G., *Atto medico, consapevole violazione della regola del consenso del paziente e responsabilità penale: tra nostalgie del passato e l'attesa del legislatore (en attendant Godot...?)*, cit., 1050 ss.

¹⁶⁸ Il malato ha il diritto di privilegiare lo *status quo*, nel senso di non sottoporsi ad alcun intervento chirurgico, anche se migliorativo della salute. Cfr. il celebre caso deciso da Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, 163 ss., confermata da Ass. App. Firenze, 26 giugno 1991 e resa definitiva dalla sentenza di Cass. pen., Sez. V., 21 aprile 1992, n. 5639, cit., 253 ss., che ha rigettato il ricorso dell'imputato e ha ritenuto sussistente l'ipotesi di omicidio preterintenzionale in ragione di un intervento demolitivo eseguito contro il dissenso della paziente, sebbene a carattere terapeutico ed eseguito *lege artis*. V. per l'analisi critica di questa vicenda, anche in rapporto alle successive pronunce, RIELLO L., *Riflessioni in tema di limiti del consenso nel trattamento medico-chirurgico: il difficile equilibrio tra diritto alla salute, dovere di curare e diritto ad una vita (ed una morte) dignitosa*, in *Ind. pen.*, 2010, 2, 579 ss.

¹⁶⁹ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, cit. 1346 ss. che precisa che a nulla rileva che l'integrità fisica possa essere eventualmente migliorata.

¹⁷⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799, in *Riv. it. med. Leg.*, 2010, 749 ss. circa un intervento agli occhi consentito per la correzione della miopia, ma con un metodo rifiutato.

configuri taluno degli esiti previsti. Al tempo stesso, nel diritto vivente si tende ad escludere il delitto di omicidio preterintenzionale, in quanto la fattispecie di cui all'art. 584 c.p. viene presa in considerazione solo in relazione ai casi di trattamenti medici di ricerca ovvero inutilmente demolitivi¹⁷¹, come, ad esempio, quelli compiuti al mero fine di realizzare un utile economico in spregio all'incolumità dell'individuo¹⁷².

8.2. Responsabilità oggettiva per l'evento morte

Posto che l'evento più grave previsto dall'art. 584 c.p. non deve essere coperto dal dolo¹⁷³, si pone il problema se esso debba essere imputato all'agente in forza del mero nesso di causalità materiale, configurandosi dunque una responsabilità oggettiva, ovvero a titolo di colpa.

Per una corrente esegetica di matrice dottrinale, anzitutto, si tratta di un'ipotesi di dolo, rispetto al reato base, misto a colpa, per quanto concerne invece la realizzazione del successivo evento morte. Questa ricostruzione, è di tutta evidenza, si basa su un'interpretazione costituzionalmente orientata ai sensi dell'art. 27 Cost., per cui gli

¹⁷¹ V. in proposito Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio, 2010, n. 34521, che ha condannato *ex art.* 584 c.p. un medico che aveva proceduto all'asportazione di numerosi organi in capo alla paziente malata di una grave forma di tumore sebbene per tale malattia fosse indicata solamente una terapia farmacologica.

¹⁷² Un caso di omicidio preterintenzionale per esecuzione di interventi inutili a meri fini economici si rinviene in Cass. pen., Sez. V, 28 giugno 2011, n. 33136.

¹⁷³ In qualunque sua forma di manifestazione, intenzionale, diretto ovvero eventuale, altrimenti si configura il delitto di omicidio doloso. RONCO M., *sub art.* 575, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 1960 ss.

elementi più significativi della fattispecie penale devono essere coperti almeno dalla colpa¹⁷⁴.

Il delitto preterintenzionale¹⁷⁵, infatti, deve essere inquadrato sulla base del principio della responsabilità colpevole, nel senso che l'applicazione della fattispecie deve essere subordinata alla possibilità di muovere all'individuo un rimprovero per colpa circa la causazione dell'evento¹⁷⁶.

Al riguardo, secondo parte della dottrina, occorre seguire un criterio di configurazione della colpa intesa come prevedibilità in concreto sulla base del parametro dell'uomo medio, collocato nel contesto di spazio e tempo in cui l'agente ha tenuto la condotta¹⁷⁷. Di conseguenza, deve essere chiamato a rispondere di omicidio preterintenzionale il soggetto che, con atti diretti a cagionare percosse o lesioni, abbia provocato la morte di un uomo, solo quando un *homo*

¹⁷⁴ Tra questi elementi si ritiene vi sia anche l'evento non voluto del delitto preterintenzionale. Non può non rinviarsi sulla problematica a Cort cost., 24 marzo 1988, n. 364, sul principio di colpevolezza.

¹⁷⁵ Per un inquadramento della questione relativa alla preterintenzione, non solo in ambito medico, ma più in generale nell'ordinamento penale, ZUCCALA' G., *Il delitto preterintenzionale*, Palermo, 1952; VITALE N., *La preterintenzione*, Milano, 1956; ALTAVILLA E., voce *Preterintenzione*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 799 ss.; GROSSO C.F., voce *Preterintenzione*, in *Enc. giur. Trec.*, XXIV, Roma, 1990, 1 ss.; CANESTRARI S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989; ID., voce *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 694 ss.; REGINA A., *L'omicidio preterintenzionale (una rilettura dell'art. 584 c.p.)*, in *Ind. pen.*, 1991, 517 ss.; PICCARDI M., *Riflessioni sul criterio d'imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. pen.*, 2004, 881 ss.

¹⁷⁶ In un'ottica di comparazione, si rileva che nell'ordinamento tedesco, nell'ambito degli *Erfolgsqualifizierte Delikte*, già dal 1953 – sulla base del § 18 *StGB* – vige il principio dell'imputazione dell'evento qualificante per colpa. Altrettanto, in quello austriaco, cfr. il § 7 dell'*ÖStGB*. Nel codice penale svizzero, gli artt. 121 e 122 stabiliscono la prevedibilità dell'evento. Anche nell'ordinamento spagnolo, a seguito della riforma del codice penale del 25 giugno 1983, fu introdotto lo stesso canone.

¹⁷⁷ Sul versante giurisprudenziale, cfr. Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2007, n. 345.

eiusdem professionis et condicionis avrebbe potuto prevedere¹⁷⁸

l'intervento del fattore causale che ha condotto all'esito letale.

Ciononostante, per l'orientamento dominante in giurisprudenza, l'elemento soggettivo dell'art. 584 c.p. consiste in una forma di dolo misto a responsabilità oggettiva¹⁷⁹. Nella casistica, la Suprema Corte tende a ritenere integrata la fattispecie delittuosa in questione sulla base esclusiva della sussistenza del rapporto causale tra gli atti diretti a percuotere o ledere e la morte della vittima¹⁸⁰. Peraltro, per l'accertamento del nesso causale tra la condotta e l'evento si applica l'art. 40, comma II, c.p., ossia il criterio condizionalistico, e ci si interroga se, in assenza dell'azione, si sarebbe ugualmente verificato l'evento più grave¹⁸¹.

¹⁷⁸ Eventualmente arricchito delle conoscenze ulteriori dell'agente in concreto. Così, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 465.

¹⁷⁹ Un quadro delle motivazioni di tale impostazione è fornito da Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2002, cit., 874 ss.

¹⁸⁰ V. in proposito, Cass. pen., Sez. V, 6 febbraio 2004, n. 15004 per la quale, ai fini della sussistenza della ipotesi criminosa dell'omicidio preterintenzionale, è sufficiente che l'autore dell'aggressione abbia commesso atti diretti a percuotere o ledere e che esista un rapporto di causa ed effetto tra i predetti atti e l'evento morte. Nel caso di specie, un soggetto dà una spinta ad un altro applicandogli le mani al petto. Quest'ultimo, rovina a terra ma non muore per l'impatto, bensì a causa di un'insufficienza cardiaca acuta, secondaria allo stimolo stressante. Si argomenta che nell'art. 581 c.p. il termine "percuotere" non è utilizzato solo nel significato di colpire o picchiare, ma anche in un significato più ampio, comprensivo di ogni violenta manomissione dell'altrui persona fisica. Anche la spinta integra un'azione violenta, estrinsecandosi in un'energia fisica, più o meno rilevante, esercitata direttamente nei confronti della persona; tale condotta, ove consapevole e volontaria, rivela la sussistenza del dolo di percosse o di lesioni, per cui, quando da essa derivi la morte, dà luogo a responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale.

¹⁸¹ Si applica tutta la disciplina in tema di causalità e, in modo particolare, l'art. 41 c.p. Sul punto, Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2007, n. 345.

Tuttavia, alla luce della sistematica del codice, la preterintenzione configura un'ipotesi di responsabilità colpevole¹⁸², come testimoniato già dalla rubrica stessa dell'art. 42 c.p., la quale contrappone la responsabilità obiettiva a quella per dolo, colpa o preterintenzione¹⁸³. Mentre il primo capoverso di tale richiamo normativo accosta la responsabilità preterintenzionale, dolosa e colposa, il terzo comma invece, circa la responsabilità oggettiva, tratteggia un titolo di iscrizione dell'evento all'agente "altrimenti" che per dolo, colpa o preterintenzione, come conseguenza della condotta¹⁸⁴.

Nel settore medico, accogliere una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 584 c.p. permette di escludere la fattispecie *de qua* nei casi in cui il medico abbia eseguito l'intervento nel rispetto di quanto indicato in sede scientifica e non sia possibile muovergli alcun rimprovero circa la causazione colposa dell'evento morte¹⁸⁵. Allorché il sanitario abbia bene operato per tutelare la salute del malato, ascrivergli la responsabilità del decesso del malato richiama il principio del *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*.

Alla luce di quanto premesso, si evince che il trattamento terapeutico non consentito, ma eseguito nel rispetto delle *leges artis*,

¹⁸² Cfr. le riflessioni di MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 615.

¹⁸³ Sul tema, DE FRANCESCO G., *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998, 140 ss.

¹⁸⁴ V. per tutti MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 615.

¹⁸⁵ In questo senso, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": violenza privata e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 467, che motiva "Non avendo egli violato alcuna norma preventiva, avvinta con un nesso di necessaria corrispondenza, sul piano teleologico, all'evento in concreto verificatosi".

nel caso di decesso del paziente, non integra il fatto tipico del delitto di omicidio preterintenzionale¹⁸⁶.

In proposito, è interessante notare che la più recente giurisprudenza di legittimità giunge ad escludere tale reato anche nel caso di violazione delle regole dell'arte medica, allorquando sia comunque rinvenibile nella condotta del sanitario una finalità terapeutica¹⁸⁷. In effetti, posto che in tale ultimo caso l'intervento ha un obiettivo curativo e la condotta non è diretta a ledere, se l'agente cagiona la morte del paziente a causa della violazione di una regola cautelare, si esclude il delitto di cui all'art. 584 c.p., rendendo necessario piuttosto valutare l'esistenza della fattispecie di omicidio colposo.

¹⁸⁶ In questi termini, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": violenza privata e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 467-468.

¹⁸⁷ Ci riferiamo a quanto sancito da Cass. pen., Sez. IV, 23 settembre 2010, n. 34521, per cui quando un intervento non ha finalità terapeutica non si differenzia dalla condotta di chi lede volontariamente l'integrità fisica.

Capitolo II

Lesioni colpose e omicidio colposo

SOMMARIO: **1.** La fattispecie delittuosa di lesioni personali colpose – **2.** La colpa medica - 2.1. L'applicazione dell'art. 2236 c.c. nel settore penale - 2.2. Il problema della colpa oggettivata - 2.3. L'individualizzazione della colpa *in malam partem* – **3.** Il confine tra colpa cosciente e dolo eventuale - 3.1. Sul dolo eventuale in ambito medico-chirurgico – **4.** L'omicidio colposo in ambito medico-chirurgico - 4.1. L'errore medico e l'evento morte

1. La fattispecie delittuosa di lesioni personali colpose

L'art. 590 c.p. incrimina chiunque cagiona ad altri, per colpa, una lesione personale e, allorquando la lesione è grave ovvero gravissima, il primo capoverso prevede un aumento di pena. In ambito sanitario, si verificano di frequente ipotesi di lesioni personali colpose¹⁸⁸, dal momento che il trattamento medico comporta spesso un'intromissione nella sfera psico-fisica dell'individuo¹⁸⁹.

Nel caso in cui quest'ultimo abbia male operato¹⁹⁰, nel senso che abbia eseguito un intervento in violazione delle cosiddette *leges*

¹⁸⁸ Tanto è vero che un noto quotidiano italiano indica il dato di trecentoventi mila pazienti danneggiati all'anno per errori della sanità. Cfr. *Corriere della sera*, 18 settembre 2004, 16.

¹⁸⁹ Sul versante giurisprudenziale, di recente, Cass. pen., Sez. IV, 20 marzo 2012, n. 10864. Per un quadro sul reato di cui all'art. 590 c.p. in ambito medico, CORATELLA C., *La responsabilità penale del medico*, cit., 109 ss.

¹⁹⁰ IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, 65 ss. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2008, n. 47490, in punto di omicidio colposo per aver il medico ommesso di seguire i risultati del decorso post-operatorio. Circa l'ipotesi di lesioni colpose dell'équipe chirurgica, Cass. pen., Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 36580; su quest'ultimo tema v. il recente contributo di GIZZI L., *Équipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011.

*artis*¹⁹¹, e sia conseguito un esito dannoso al paziente, può delinearsi una responsabilità penale¹⁹² *ex art.* 590 c.p..

L'errore del sanitario che effettua un'operazione su un organo diverso rispetto a quello realmente malato, la cui condotta sia imputabile a negligenza grave o inescusabile¹⁹³, non è idoneo, di per sé solo, a configurare il delitto di cui all'art. 582 c.p., in quanto, in tale caso, è necessario che sia stata fornita la prova dell'intento doloso dell'agente¹⁹⁴.

Considerato che, secondo l'orientamento tradizionale¹⁹⁵, l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 590 c.p. si differenzia da quella omologa dolosa di cui all'art. 582 c.p. sulla base dell'elemento soggettivo¹⁹⁶, e che l'elemento oggettivo è già stato approfondito in relazione a

¹⁹¹ Cass. pen., Sez. IV, 21 novembre 1996, n. 2307, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, 1167 ss.

¹⁹² A titolo esemplificativo, si può configurare tale reato allorché il medico ometta di prescrivere al paziente gli esami emato-chimici necessari a rilevare l'insorgere di una malattia, causata dal pregresso uso di un farmaco prescritto per la cura di un'altra patologia. Cass. pen., Sez. IV, 28 ottobre 2004, n. 46586, in *Riv. pen.*, 2006, 124 ss. Nel caso di specie si trattava dell'insorgenza di una malattia renale ed il medico avrebbe dovuto "*conoscere i possibili effetti nefrotossici, e di cui avrebbe dovuto sospendere la somministrazione, impedendo l'aggravarsi della malattia stessa*". In tema di colpa professionale v. anche Cass. pen., Sez. IV, 30 aprile 2008, n. 17505, circa la responsabilità di un radiologo che non aveva valutato correttamente le diverse mammografie eseguite da una danno nell'arco di molti anni.

¹⁹³ Nella dottrina tedesca, MOMSEN K., *sub* § 223, in SATZGER H., SCHMITT B., WIDMAIER G., *StGB. Strafgesetzbuchkommentar*, Köln, 2009, 1362 ss., specifica che l'applicazione del § 229 *StGB* ha luogo solo nel caso di in cui il medico abbia violato una regola di diligenza (*Sorgfaltsverstoß*), commettendo un errore tecnico (*Kunstfehler*). V. anche ROXIN C., SCHROTH U., *Handbuch des Medizinstrafrechts*, III Aufl., München, 2007.

¹⁹⁴ Trib. Torino, 2 marzo 2003, in *Giur. mer.*, 2001, 1079 ss.

¹⁹⁵ PANNAIN R., voce *Omicidio (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 246 ss. Nella manualistica, v. per tutti, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Milano, 2002, 46.

¹⁹⁶ Nel senso invece della separata costruzione dei diversi tipi del delitto doloso e di quello colposo, nonché del delitto commissivo e di quello omissivo, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 191 ss.; e, più di recente, DE VERO G., *Disvalore d'azione imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1487 ss.

quest'ultimo delitto, è opportuno, in questa sede, affrontare il tema della colpa in ambito medico¹⁹⁷.

2. La colpa medica

La definizione del delitto colposo si rinviene nell'art. 43, alinea III, c.p., per cui l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si realizza a causa di negligenza, imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline¹⁹⁸.

La prima parte di tale norma, come noto, configura la cosiddetta colpa generica e si riferisce a qualifiche normative di fonte sociale, in quanto non sono predeterminate dalla legge o da altra fonte giuridica, bensì ricavate dall'esperienza della vita sociale. La seconda parte del predetto richiamo normativo richiama la colpa specifica¹⁹⁹, ove la fonte delle regole cautelari è giuridica o scritta²⁰⁰. Circa quest'ultima, l'inosservanza, fonte di colpa, può riflettere regole previste in leggi o regolamenti ovvero norme di servizio o di disciplina, che possono essere contenute in regolamenti interni della struttura ospedaliera o di altri enti oppure frutto di disposizioni impartite in base alla posizione gerarchica²⁰¹.

¹⁹⁷ Pertanto, il problema della causalità viene affrontato in seguito in riferimento alla fattispecie di omicidio colposo.

¹⁹⁸ Sulla colpa medica, diffusamente, BILANCETTI M., BILANCETTI F., *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., spec. 666 ss., con ampia rassegna della giurisprudenza, anche civile.

¹⁹⁹ V. per tutti FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 505-506.

²⁰⁰ In quest'ultima rientra, a titolo esemplificativo, l'incidente trasfusionale determinato contravvenendo alle norme che regolano la raccolta e distribuzione del sangue umano.

²⁰¹ In questi termini, IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, cit., 63.

Per quanto riguarda la colpa generica²⁰², la negligenza si configura allorché la norma di condotta che viene violata prescrive un'attività positiva da parte del soggetto²⁰³. Il caso paradigmatico è quello del medico che, dopo l'operazione chirurgica non procede a contare gli strumenti adoperati e dimentica nell'addome del paziente un ferro chirurgico.

L'imprudenza, invece, si riferisce alla violazione di una norma di condotta da cui deriva l'obbligo di non compiere una determinata azione o di compierla in modo differente da come tenuta²⁰⁴. In ambito medico²⁰⁵, a titolo esemplificativo, essa si delinea nel caso in cui il chirurgo proceda ad eseguire un intervento di particolare impegno pur essendo consapevole di non essere in perfette condizioni psico-fisiche per poterlo effettuare²⁰⁶.

L'imperizia, infine, riguarda una forma di negligenza o imprudenza qualificata, riferendosi a professioni, come quella medico-chirurgica, che richiedono particolari conoscenze tecniche²⁰⁷. Infatti, il sanitario deve possedere un'adeguata preparazione nonché essere tecnicamente capace di svolgere la propria attività.

²⁰² Così, IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, cit., 64.

²⁰³ Nella manualistica, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 505.

²⁰⁴ Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 505, che si sofferma sulla valutazione delle varie forme di colpa generica con specifico riferimento all'ambito sanitario.

²⁰⁵ Al riguardo, CORATELLA C., *La responsabilità penale del medico*, cit., 60, evidenzia che il termine prudenza è dato dalla contrazione della parola previdente, per cui il medico prudente è in grado di prevedere le possibili complicanze derivanti da una determinata terapia nonché l'evoluzione della malattia del paziente, ed evitarne le conseguenze dannose.

²⁰⁶ L'esempio è tratto da IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, cit., 65, che riconduce all'imprudenza anche l'ipotesi della scelta, da parte del sanitario, di un sistema che si discosti da quelli tradizionali applicando nuovi rimedi.

²⁰⁷ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 505.

É naturale che il grado di perizia dello stesso risente l'influenza dell'età, dell'esperienza e della qualificazione professionale raggiunta²⁰⁸ e, allorquando il caso si presenti particolarmente complesso, il sanitario potrà incorrere più facilmente in un errore professionale²⁰⁹. Cionostante, qualsiasi medico deve avere un patrimonio minimo indispensabile di cognizioni e di preparazione tecnica, il quale viene acquisito mediante gli studi universitari, il tirocinio e l'abilitazione ad esercitare la professione²¹⁰.

In relazione ai medici specialisti, l'imperizia dovrà valutarsi con più rigore, dal momento che essi hanno una specifica qualificazione professionale in un determinato settore²¹¹. Tale specializzazione permette di esigere dagli stessi la padronanza di un patrimonio tecnico che comprenda i rimedi noti alla scienza della branca di appartenenza²¹². Tuttavia, evidenziamo che la medicina non è una scienza esatta, nel senso che non si fonda su leggi immutabili ed assolute, tanto è vero che, nonostante la scrupolosa osservanza delle cosiddette *leges artis* da parte del medico, possono comunque

²⁰⁸ IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, cit., 66.

²⁰⁹ Volendo, FRAZZINI M., SGROI M., *La responsabilità del medico. La casistica*, Matelica, 2006, 12-16.

²¹⁰ CORATELLA C., *La responsabilità penale del medico*, cit., 62.

²¹¹ BUZZONI A., *Medico e paziente. Le responsabilità civili e penali del medico e dell'équipe medica*, Milano, 2007, spec. 29 ss. sulla colpa professionale in genere. V. anche NASO M., *La responsabilità del primario ospedaliero*, Milano, 2007, 125 ss., con particolare riguardo alla colpa professionale nell'attività d'équipe, ove si evidenzia "quanto il medico debba attenersi alle "leges artis", non potendo permettersi atteggiamenti negligenti, imprudenti, o incompetenti, per il sol fatto che lo stesso sia sottoposto alle direttive di un altro medico". Volendo, DE MATTEIS R., *La responsabilità medica. Un sottoinsieme della responsabilità civile*, Padova, 1995, 3 ss.

²¹² Così, IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, cit., 69.

verificarsi esiti infausti, a causa della sopravvenienza di imprevedibili complicanze legate all'organismo del paziente²¹³.

2.1. L'applicazione dell'art. 2236 c.c. nel settore penale

Nella prassi applicativa, la valutazione penalistica delle forme di colpa generica rimane condizionata dalle caratteristiche del peculiare settore coinvolto, come è testimoniato dal contrasto interpretativo che si riscontra in giurisprudenza circa l'applicazione, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c.

Il più risalente indirizzo interpretativo viene definito il periodo della larghezza di vedute o della comprensione²¹⁴, in quanto limita la responsabilità penale del medico all'errore macroscopico ed inescusabile, ossia alla condotta grossolanamente erronea, tenuta in violazione delle regole fondamentali della scienza medica²¹⁵.

Successivamente, con l'introduzione del richiamo all'art. 2236 c.c.²¹⁶, la responsabilità del sanitario per delitto colposo viene

²¹³ Inoltre, occorre considerare anche le condizioni reali della struttura sanitaria in cui opera il medico, *rectius* l'inadeguatezza delle strutture nonché dei mezzi tecnici di cui il medico può disporre. Cfr. al riguardo le riflessioni di MANTOVANI F., *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 21 ss.

²¹⁴ A livello cronologico, si colloca tra la fine dell'Ottocento e gli anni '70 del Novecento. Tale impostazione risente l'influsso di una certa parte della dottrina penalistica, tra cui, PANNAIN R., *La colpa professionale dell' esercente l'arte sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, 32, che testualmente ritiene "la colpa professionale del sanitario va riguardata non dirò con una certa benevolenza, ma sicuramente con larghezza di vedute e comprensione"; e, in seguito, nello stesso senso anche DODERO C., *Colpa e cooperazione colposa nell'esercizio della professione sanitaria*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1960, 1173 ss.

²¹⁵ Nella giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29 marzo 1963, in *Foro it.*, 1964, II, 91 ss. In quella di merito, v. per tutte, Trib. Roma, 13 maggio 1949, in *Arch. pen.*, 1949, II, 428, con nota di PIACENZA S., *Colpa del sanitario ed errore professionale*, che accoglie l'impostazione del giudice di primo grado.

²¹⁶ In particolare, quest'ultimo richiamo normativo stabilisce che, ove la prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il

dichiarata sulla base della colpa grave, individuata nell'errore inescusabile, dovuto alla mancata applicazione delle condizioni fondamentali attinenti alla professione, ovvero nel difetto di quel minimo di abilità e perizia nell'uso dei mezzi o nella mancanza di prudenza e diligenza²¹⁷.

Nel periodo seguente, inoltre, la giurisprudenza distingue i casi caratterizzati da negligenza o imprudenza del medico, da quelli di errore dovuto ad imperizia²¹⁸. Mentre, nel caso di negligenza o imprudenza, la colpa viene valutata in virtù delle regole generali e, di conseguenza, non si pone alcun limite di responsabilità, dal momento che diviene penalmente rilevante anche la cosiddetta colpa lieve, al contrario, allorché si tratti di imperizia, l'errore del medico viene incriminato soltanto per colpa grave *ex art. 2236 c.c.*

La *ratio* di tale impostazione si basa sulla considerazione che, per un certo tipo di processo morboso, non esistono metodi predeterminati ed obbligatori circa l'indagine e la cura²¹⁹. Pertanto, posto che il

prestatore d'opera risponde dei danni cagionati solo per dolo o colpa grave. La *ratio* di questa norma è quella di non comprimere l'attività del professionista ma, al tempo stesso, non indulgere verso decisioni non ponderate del medesimo. Sul punto, nella dottrina civilistica, DE MATTEIS., *La responsabilità medica*, cit., 135, rileva che, con tale norma, il legislatore ha recepito la consuetudine interpretativa precedente.

²¹⁷ Cfr. *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 26 gennaio 1968, n. 124, in *Giust. pen.*, 1969, II, 212 ss.

²¹⁸ Circa tale distinzione, in dottrina, BATTAGLINI E., *La colpa professionale dei sanitari*, in *Giust. pen.*, 1953, II, 503 ss. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 1970, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 25 ss., con nota di CRESPI A., *La colpa grave nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, che afferma "nell'art. 2236 è fatto riferimento esclusivamente a quell'aspetto della colpa che concerne non già la prudenza e la diligenza in senso stretto, bensì la perizia: e cioè la sola colpa per imperizia che può e deve essere valutata nell'ambito della colpa grave, al fine di allargare il campo della discrezionalità tecnica del professionista quando si tratti di problemi particolarmente difficili, la cui soluzione implica particolari rischi di insuccesso".

²¹⁹ Collegato, FIANDACA G., *Problemi e limiti della responsabilità dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, II, 107 ss.

medico, nella pratica, incontra notevoli difficoltà, come, per esempio, nelle ipotesi di diagnosi complesse ovvero interventi operatori rischiosi, si fronteggia in tal modo la preoccupazione di non inibire il suo operato gravandolo di eccessive cautele²²⁰.

In senso critico, viene però rilevato il rischio di fare del sanitario un soggetto privilegiato, in quanto per la sua responsabilità risulta necessario un *quid pluris* rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento²²¹, in contrasto con quanto sancisce il principio di uguaglianza.

Sul punto, la Corte costituzionale²²² conferma l'operatività dell'art. 2236 c.c. per quanto concerne la prestazione del sanitario che implichi speciali difficoltà tecniche, sebbene soltanto per il profilo dell'imperizia.

Sulla scia di tale indirizzo interpretativo, seguito dalla Corte di Cassazione, la colpa grave non è più considerata la regola, bensì

²²⁰ PREVOSTO A., *La responsabilità penale nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica e il grado della colpa*, in *Ind. pen.*, 1982, 415 ss. In senso critico, IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, cit., 53, obietta che l'anzidetta ricostruzione giurisprudenziale si connota per un'eccessiva indulgenza, dal momento che riduce ad ipotesi marginali la rilevanza penalistica dell'errore professionale.

²²¹ In dottrina, DE SIMONE V., *Sulla colpa professionale*, in *Giust. pen.*, 1972, 826 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, più di recente, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 21 novembre 1996, n. 2139, che esclude l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. con la motivazione che la trasposizione in ambito penale della norma suddetta determinerebbe una disparità di trattamento tra cittadini. Tuttavia con la precisazione che, nel caso di specie, viene escluso che ci si trovasse innanzi a prestazioni di particolare difficoltà.

²²² Ci riferiamo alla celebre sentenza interpretativa di rigetto, Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Giust. pen.*, 1974, 35 ss.; e in *Foro it.*, 1974, I, 19 ss., per la quale la limitazione di responsabilità *“non conduce a dover ammettere che accanto al minimo di perizia richiesto, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionale alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di formale severità”*.

l'eccezione²²³, da giustificare volta per volta, e soltanto nei casi in cui l'opera del sanitario implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà²²⁴.

Si delinea dunque una tendenza della giurisprudenza a fornire interpretazioni sempre più restrittive, tanto che, la recente giurisprudenza, non solo di merito²²⁵ ma anche di legittimità²²⁶, giunge a negare rilevanza *tout court* all'art. 2236 c.c. in sede di determinazione della colpa penale²²⁷. Ciò al fine di valutare l'imperizia del medico alla stregua degli stessi canoni applicabili alla negligenza ovvero all'imprudenza.

In questo senso, la Suprema Corte attualmente²²⁸ sostiene che la colpa medica deve essere valutata sulla base dell'art. 43 c.p. e non dei criteri dell'art. 2236 c.c.²²⁹, in quanto, nel diritto penale²³⁰, il grado

²²³ In dottrina, RIZ R., *Colpa penale ed imperizia: nuovi orientamenti*, in *Ind. pen.*, 1985, 267 ss.

²²⁴ In questo senso, Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 1977, in *Cass. pen.*, 1980, 1561 ss., tuttavia con nota critica di NAPOLEONI V., *Nuovi orientamenti del Supremo Collegio in tema di responsabilità colposa nell'esercizio dell'arte sanitaria*.

²²⁵ Cfr. *ex multis*: Pret. Roma, 22 gennaio 1993, in *Cass. pen.*, 1993, 2635 ss.

²²⁶ Cass. pen., Sez. IV, 18 dicembre 1989, in *Riv. pen.*, 1991, 595 ss.

²²⁷ V. diffusamente il contributo di SIRACUSANO F., *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulle forme e i gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997, 1639 ss.

²²⁸ Cass. pen., 22 novembre 2002, n. 39637, in *Riv. pen.*, 2003, 110 ss.

²²⁹ Collegata alla questione, Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *La resp. civ.*, 2005, 404 ss., con nota di MARTINELLI M., *L'art. 2236 c.c. e la responsabilità medica: la suprema corte quadra il cerchio*.

²³⁰ V. *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 19 marzo 1973, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 255 ss. In particolare, Cass. pen., Sez. IV, 16 novembre 1983, in *Riv. pen.*, 1984, 482 ss., circa un caso di perforazione dell'esofago a seguito di esofagoscopia, ritiene applicabile l'art. 2236 c.c. in ambito medico ma, nella vicenda concreta, esclude il richiamo a tale norma e configura la colpa grave del medico per non aver diagnosticato tale tipo di lesione, ritenendo che qualsiasi altro medico sarebbe stato invece in grado di riscontrare.

della colpa²³¹ è previsto soltanto come criterio per la determinazione della pena *ex art.* 133 c.p. ovvero come circostanza aggravante *ex art.* 61 n. 3 c.p., e non invece per determinare la sussistenza dell'elemento psicologico del reato²³².

Alla luce di tale evoluzione interpretativa, si comprende il motivo per cui, *de iure condendo*, in letteratura attualmente ci si interroga circa l'opportunità di condizionare l'*an* della punibilità dell'illecito colposo in riferimento alla sussistenza della colpa grave²³³.

Nel diritto vivente, la colpa medica viene valutata²³⁴ alla stregua degli ordinari criteri dettati dall'art. 43 c.p. e non di quelli dettati dall'art. 2236 c.c., per cui può venire in rilievo anche la colpa lieve, da rapportarsi però, in termini di esigibilità, al parametro oggettivo dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*.

2.2. Il problema della colpa oggettivata

Nella prassi medica, di frequente si verificano ipotesi in cui, a seguito della mancata od errata diagnosi del medico, si verifica un

²³¹ In merito, non può non rinviarsi a PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 818, 873 ss.

²³² In questa direzione si sostiene che il minor grado della colpa non può avere efficacia scriminante. Cfr. su questo particolare profilo Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 1987, in *Cass. pen.*, 1989, 68 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 9 giugno 1981, in *Riv. pen.*, 1982, 442 ss.

²³³ E ciò non soltanto nel settore della *malpractice* ma, più in generale, anche negli altri settori tecnicamente complessi. V. in merito la recente monografia di DI LANDRO A.R., *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, spec. sul punto 93 ss. Per un quadro sull'evoluzione della giurisprudenza sull'art. 2236 c.c., v. anche VIGANO' F., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. Mer.*, 2006, 960 ss., spec. 97; nonché, MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1292- 1294.

²³⁴ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 22 novembre 2002, n. 39037, cit., 110 ss. Ciò tenendo conto, con riguardo alla scusabilità o meno dell'errore, del grado di difficoltà tecnico-scientifica e dei conseguenti, eventuali margini di opinabilità che il caso presenta.

aggravamento delle condizioni fisiche del paziente, oppure la sua morte. Tuttavia, per fondare la responsabilità del sanitario, spesso la giurisprudenza si limita al riscontro della violazione astratta di un dovere di diligenza²³⁵.

Tale tendenza a configurare il giudizio di responsabilità per colpa in termini oggettivi²³⁶ viene svelata dalla casistica giurisprudenziale. E' opportuno, a titolo esemplificativo, prendere in esame alcune recenti vicende giudiziarie di particolare interesse.

In un recente caso, la responsabilità per colpa veniva affermata in capo ad un radiologo per la mancata diagnosi alla paziente di un carcinoma alla mammella, a cui seguiva la metastasi²³⁷. Tuttavia, la colpa del sanitario veniva qualificata come "grave" dal giudicante sulla base della mera violazione del dovere di diligenza di riconoscere il tipo di malattia, senza alcun riferimento alla personalità dell'individuo²³⁸.

Anche in un'altra vicenda, riguardante la mancata assistenza ad una paziente da parte di un'anestesista – che però aveva affidato la

²³⁵ Su questo punto, v. le riflessioni di SALCUNI G., *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, cit., 614, nota 79, il quale evidenzia che, oltre al problema legato alla complessità di fornire la prova della violazione della regola cautelare, in ragione della difficoltà di normativizzare le regole dell'arte medica, si aggiunge quello per cui la giurisprudenza non valorizza la misura soggettiva della colpa, nel senso che non si preoccupa di verificare se l'agente concreto sia stato in grado di adeguarsi allo *standard* di diligenza proprio dell'agente modello.

²³⁶ Su cui v. la recente monografia di CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, spec. 84 ss., circa la responsabilità medica nella giurisprudenza di lingua tedesca, nonché 115 ss. per quella italiana.

²³⁷ Cfr. Pret. Modena, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, II, 202 ss.

²³⁸ Su questa vicenda v. diffusamente l'approfondimento di CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, cit., 118.

paziente ad un'infermiera, anche se non specializzata in anesthesiologia – il decesso dello stesso veniva imputato al medico sulla scorta della sola violazione dell'obbligo di osservazione.

In particolare, non si procedeva a considerare altri elementi, come l'aver il medico confidato nelle capacità e nelle competenze di quella particolare infermiera, ovvero l'aver ritenuto il caso concreto non problematico, tanto da far ritenere a quest'ultimo imprevedibile il verificarsi dell'evento mortale²³⁹.

La medesima tendenza si riscontra in un altro caso, avente invece ad oggetto il suicidio di una paziente psichiatrica, che il medico aveva affidato ad una volontaria per compiere una passeggiata, senza tuttavia informarla che la stessa aveva già tentato il suicidio in precedenza²⁴⁰. La Suprema Corte se, da un lato, si sofferma nella decisione ad esaminare il rapporto causale, dall'altro, non compie accertamenti in merito alle circostanze che portavano il sanitario a violare il dovere di diligenza.

La responsabilità di quest'ultimo, in particolare, veniva fondata sulla condotta rimproverabile di aver lasciato uscire dalla struttura sanitaria la paziente con una persona non informata dei fatti, senza approfondimenti su ulteriori circostanze di fatto²⁴¹ ovvero sulla personalità dell'imputato.

²³⁹ Così, CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, cit., 119, spec. nota 19.

²⁴⁰ Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2003, n. 10430.

²⁴¹ V. per tutti la recente opera di SECCHI E., *La responsabilità medica. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, spec. 115 ss. in tema di colpa medica, con ampi riferimenti alla giurisprudenza.

Già da questo breve quadro composto da casi concreti emerge che, nella prassi giurisprudenziale, per fondare la responsabilità colposa del medico, spesso si ritiene sufficiente un parametro oggettivo, e non vengono compiuti ulteriori approfondimenti sulle circostanze del caso concreto ovvero circa la capacità dell'agente.

2.3. L'individualizzazione della colpa *in malam partem*

Lo studio del settore della responsabilità colposa del medico non può non focalizzare l'attenzione sulla prassi clinica.

In un interessante caso giurisprudenziale, la responsabilità per colpa veniva dichiarata a causa della mancata diagnosi della vitalità di un neonato da parte di un medico specialista in ostetricia, che lo aveva ritenuto morto e aveva quindi rinunciato ad eseguire l'attività di monitoraggio necessaria a tenerlo in vita²⁴².

La colpa del medico, in tale ipotesi, veniva ritenuta sussistente senza attribuire alcun rilievo all'effettiva complessità della diagnosi ovvero al grado di percepibilità dei segni di vitalità da parte del medico.

La colpa, dunque, veniva ritenuta *in re ipsa* nel fatto della mancata diagnosi, nonostante i segni vitali forniti dal neonato immediatamente dopo la nascita²⁴³. In questi termini, tuttavia, rimaneva escluso qualsiasi approfondimento sulle possibili difficoltà che, nel caso

²⁴² Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 1999, in *Giust. pen.*, 2000, 623 ss.

²⁴³ In altre parole, la responsabilità del medico viene affermata sulla base della mera trasgressione del dovere obiettivo di riconoscere lo stato di vitalità del piccolo paziente. Critico verso questa impostazione, CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, cit., 116.

concreto, potevano riscontrarsi nell'esercizio corretto della diagnosi. Al contrario, accertato che l'imputato era docente universitario, la personalità dell'imputato, quale medico di esperienza, veniva valutata *in malam partem*²⁴⁴, tanto da confermare l'aumento di pena sancito dal giudice del secondo grado del giudizio.

Un'altra interessante vicenda giudiziaria ha ad oggetto il decesso di un paziente a seguito di un delicato intervento al naso, iniziato da un professore ma continuato da uno specializzando, su richiesta del medico stesso²⁴⁵. In tale caso, la responsabilità dello specializzando veniva fondata sull'assenza del rifiuto di quest'ultimo di proseguire da solo l'operazione²⁴⁶, mentre, viceversa, nessun rilievo assumeva il fatto che quest'ultimo fosse stato indotto dal professore a proseguire l'intervento.

In effetti, non veniva approfondito che, proprio tale atteggiamento, induceva in errore lo specializzando circa le proprie capacità rispetto al caso concreto. Al contrario, veniva attribuita rilevanza al dato che lo specializzando aveva, in precedenza, svolto una ricerca personale

²⁴⁴ V. anche Cass. pen., Sez. IV, 21 novembre 1996, n. 2139, ove un medico specializzato in ginecologia non diagnostica una lacerazione dell'utero – ma, erroneamente, una atonia uterina – che ha conseguenze mortali. La sua responsabilità viene fondata in considerazione del fatto che, durante il parto, la donna era stata sottoposta alla manovra di Kresteller e che aveva avuto sbalzi di pressione e aveva perduto conoscenza. In tal caso, viene adottato il parametro dell'agente modello della categoria di riferimento.

²⁴⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 1999, in *Cass. pen.*, 2000, 1978 ss.

²⁴⁶ Più risalente, Cass. pen., Sez. IV, 24 giugno 1987, cit., 68 ss., in merito al decesso di un paziente per erroneo posizionamento di un catetere per trasfusioni. In tale caso, sulla base di parametri oggettivi, è stata affermata la responsabilità non solo del medico che ha posizionato lo strumento ma anche del radiologo che non ha rilevato la sua posizione scorretta, dal momento che non è stato dato alcun rilievo alle loro capacità ovvero alle circostanze del caso.

sulla particolare tecnica usata²⁴⁷, impiegata nell'intervento, senza tuttavia fornire una risposta adeguata ai suoi dubbi rispetto alle modalità di esecuzione.

Anche in un'altra vicenda, di decesso di una paziente per scompenso cardiaco dovuto all'assunzione di farmaci dimagranti, la responsabilità del medico – il quale aveva prescritto le suddette sostanze incidenti sul metabolismo – veniva dichiarata sul mancato controllo nel tempo dei possibili effetti sullo stato fisico²⁴⁸. Tuttavia, l'indagine si limitava alla considerazione che il tipo di farmaco utilizzato era idoneo a determinare ipertiroidismo, senza prendere in esame se, nel caso di specie, poteva essere o meno prevedibile per il sanitario.

Dalla casistica emerge che la giurisprudenza, di frequente, si accontenta di riscontrare la mera violazione astratta di un dovere di diligenza. In altri termini, spesso nel diritto vivente ci si accontenta di accertare la semplice trasgressione della norma cautelare, soprattutto in tema di colpa cosiddetta specifica ove vi è la violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, senza attribuire invece il dovuto rilievo al profilo soggettivo della colpa.

Per superare un'imputazione automatica sulla base della mera violazione di un dovere oggettivo, è fondamentale accertare la possibilità del sanitario di adempiere la condotta doverosa alla stregua

²⁴⁷ Cosiddetta tecnica a raspa.

²⁴⁸ Cass. pen., Sez. IV, 28 novembre 2003, in *G. dir.*, 2003, 61 ss. ove viene considerato solo il nesso causale tra condotta ed evento.

di un agente modello²⁴⁹ della categoria di appartenenza²⁵⁰. Tuttavia, spesso la misura oggettiva della colpa finisce per assorbire tutte le situazioni che stanno al di sotto e, di conseguenza, rimane inibita la possibilità di considerare la colpa soggettiva²⁵¹.

Si può osservare che, nella prassi, con riguardo alla misura soggettiva della colpa, il soggetto concreto con tutte le sue capacità, conoscenze e possibilità concrete, viene preso in esame per richiedere di più, nel senso che viene considerato in senso sfavorevole.

In effetti, la personalità dell'imputato e, in particolare, l'essere un medico di esperienza ovvero un docente, oppure le circostanze di fatto, quando vengono prese in considerazione, portano tendenzialmente ad una individualizzazione della colpa *in malam partem*²⁵².

3. Il confine tra colpa cosciente e dolo eventuale

Una problematica attuale, che riguarda il tema in esame, concerne la distinzione tra il coefficiente psicologico della colpa con previsione,

²⁴⁹ Non può non rinviarsi a MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 194 ss.

²⁵⁰ Si fa riferimento non al medico generico, bensì allo specialista del settore. Si tratta comunque di un criterio obiettivo e nel caso concreto spesso non viene dato rilievo alle caratteristiche dell'agente. Cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. IV, 21 novembre 1996, n. 2139. Il rigorismo di molte pronunce di legittimità, peraltro, traspare anche dall'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2236 c.c. in ambito penale.

²⁵¹ La colpa si sporca di oggettività nel momento in cui si compie un distacco dal soggetto, per fare confronto non con il soggetto stesso bensì con un modello diverso. Nella colpa si rinvia uno scollamento tra il soggetto concreto ed il termine di paragone, ove quest'ultimo costituisce la misura che serve a commisurare la colpa. In questo senso, RIONDATO S., *Un diritto penale detto "ragionevole"*, Padova, 2005, spec. 145-146, che evidenzia che questa concessione si colloca più sul piano della prova che dell'essenza della colpa, dal momento che "ogni astrazione dal soggetto concreto introduce un elemento di responsabilità oggettiva nella colpa".

²⁵² CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, cit., 124, nota 27.

di cui all'art. 61 n. 3 c.p., e quello del dolo eventuale. Il punto è di particolare importanza dal momento che, dopo la pronuncia delle Sezioni Unite²⁵³, una parte della dottrina²⁵⁴ e della giurisprudenza²⁵⁵ si focalizza su quest'ultimo elemento soggettivo per incriminare il medico *ex art. 582 c.p.*, quando abbia agito, sebbene per fini curativi, senza il consenso del paziente.

Preliminarmente, si rende necessario prendere in esame tali forme di coefficiente psicologico.

Il dolo cosiddetto eventuale, come noto, è una peculiare figura per cui l'evento, indicato dalla legge nella descrizione del fatto che costituisce reato, è previsto e voluto dall'agente in una dimensione di eventualità che si verifichi²⁵⁶. Il soggetto si rappresenta che il proprio comportamento determinerà un certo evento ed agisce anche a costo di

²⁵³ Ci riferiamo alla celebre pronuncia di Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, ove si esclude il dolo di lesioni alla luce della finalità curativa perseguita dal sanitario.

²⁵⁴ VALSECCHI A., *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità. Relazione all'incontro di studio "Questioni nuove o controverse nella giurisprudenza della Corte di Cassazione", organizzato dall'Ufficio del Referente per la Formazione decennale della Magistratura ordinaria della Corte d'Appello di Bologna il 29.11.2010*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²⁵⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799, cit., 749 ss., con nota di BARNI M., *Impunità, colpa o dolo del chirurgo: tutto – o quasi – dipende dall'esito*. Al riguardo v. anche la nota di IADECOLA G., *Atto medico, consapevole violazione della regola del consenso del paziente e responsabilità penale: tra nostalgie del passato e l'attesa del legislatore (en attendant Godot...?)*, cit., 1050 ss.

²⁵⁶ Così, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 329. Il termine "preveduto", anzitutto, impone che deve esserci una rappresentazione previa, da parte dell'agente, di ciò che accadrà come risultato della propria condotta, nel senso che il soggetto vede prima che la propria azione od omissione sarà causale rispetto ad un altro evento. Per quanto concerne il profilo della volontà, basti dire che il dolo è sempre intenzione, dal momento che l'art. 43, alinea I, c.p., stabilisce che il delitto è doloso ovvero "secondo l'intenzione", disponendo che non basta la mera previsione, ma occorre anche la volontà.

verificarlo, accettando il rischio²⁵⁷ della sua verifica e facendo propria l'eventualità che esso consegua alla condotta²⁵⁸.

Al contrario, muovendo dalla locuzione “contro l'intenzione” di cui all'art. 43, alinea III, c.p., la colpa con previsione si delinea allorquando l'evento è preveduto dall'agente come conseguenza della propria azione od omissione, ma esso non è voluto, perché egli esclude il rischio che si verifichi, valutando che la situazione non accadrà. Nonostante il soggetto si rappresenti la conseguenza lesiva, *rectius* la prevede²⁵⁹, non vuole tale evento lesivo ed agisce nella convinzione che esso non si verificherà²⁶⁰.

Sebbene in astratto la distinzione tra la forma del dolo eventuale e quella della colpa cosciente risulti con chiarezza, nella prassi si

²⁵⁷ L'agente si rappresenta concretamente l'eventualità, vale a dire che la prevede, ma non la esclude. Una postilla si impone circa lo stato di dubbio, dato che, in realtà, il dubbio si colloca un po' prima del dolo, ma ciononostante, nella prassi, viene attratto nell'orbita di quest'ultimo, risultando compatibile con il dolo eventuale, dato che si accetta il rischio. Sul punto, STRANO LIGATO S., *sub* art. 43, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., 195 ss. Tuttavia, la sufficienza del dubbio ad integrare il dolo può essere esclusa dalla struttura di particolari fattispecie. In tema di calunnia, ad esempio, è richiesta la piena e certa conoscenza dell'innocenza dell'incolpato.

²⁵⁸ Si sofferma ampiamente, STRANO LIGATO S., *sub* art. 43, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., 196. Il soggetto prevede che la sua condotta comporterà un determinato evento e, tuttavia, accetta l'eventualità, *rectius* il rischio, che consegua quell'evento. In questo modo lo fa proprio e, pertanto, si ritiene, lo vuole: ricostruito in questi termini, anche il dolo eventuale è considerato volontà del fatto. Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 329.

²⁵⁹ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 502. La previsione non è essenziale al concetto di colpa perché può mancare: dal momento che il legislatore stabilisce “*anche se preveduto*”, significa che può anche essere non preveduto. Al contrario, nel dolo la previsione è essenziale. Ciò che è fondamentale nella colpa è la prevedibilità (la quale prescinde dalla previsione) e la evitabilità, ossia la possibilità di prevedere l'evento ed evitarlo. In merito, si veda RIONDATO S., *Un diritto penale detto “ragionevole”*, cit., 144.

²⁶⁰ *Mutatis mutandis*, secondo WENIN R., *La categoria della “Leichtfertigkeit” nell'esperienza tedesca ed europea*, in *Ind. pen.*, 2005, 1, 239 ss., e spec. 260-261, vi è il rischio che la colpa grave possa diventare uno strumento di persecuzione penale, che, innanzi alla difficile dimostrabilità del dolo, consenta in via surrogatoria di colpire il presunto reo.

riscontrano notevoli difficoltà nel configurare l'una ovvero l'altra forma di elemento soggettivo²⁶¹. Di conseguenza, per tracciare il discrimine tra i due tipi di coefficiente psicologico, si rende necessario analizzare la condotta del soggetto nel contesto delle circostanze del caso concreto.

La questione ha una rilevanza pratica fondamentale, dato che, a seconda che il coefficiente psicologico dell'agente venga inquadrato come dolo eventuale oppure come colpa cosciente, egli risponderà, allorché la vittima sia morta, nel primo caso di omicidio volontario con dolo eventuale, mentre, nella seconda ipotesi, di omicidio colposo aggravato dalla colpa cosciente²⁶², con un livello sanzionatorio più lieve.

Sul piano processuale, tuttavia, si impone la necessità di provare un *quid* che è nella mente della persona, configurandosi una *probatio diabolica*, posto che occorre riferirsi a quell'agente concreto e che principi di civiltà ci vietano l'uso di strumenti di intromissione nella mente dell'individuo.

Per tale motivo, è altresì noto che, per la prova del dolo, ci si deve riferire necessariamente a dati oggettivi, facendo riferimento a ciò che accade normalmente e all'esperienza, basandosi sulle esperienze

²⁶¹ Si vedano in merito le riflessioni di ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Milano, 1991, 332.

²⁶² Così, SUMMERER K., *Aids e diritto penale*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, cit., 430. La distinzione tra colpa con previsione ovvero senza previsione viene assunta dal legislatore per graduare la gravità, considerato che la previsione è più grave della non previsione. Circa il verificarsi dell'evento morte, v. CORNACCHIA L., *I delitti contro l'incolumità individuale* in CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F., *Diritto penale*, cit., 327; MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 785.

umane nel contesto del fatto²⁶³. Al fine di ricavare il coefficiente psicologico rispetto all'evento, nell'assenza di esplicite ammissioni, lo sforzo ricostruttivo dell'*animus* dell'agente deve essere eseguito apprezzando la condotta nella sua obiettività, nonché le circostanze di fatto esistenti e note all'agente²⁶⁴.

Consapevole dei problemi sollevati dal criterio dell'accettazione del rischio²⁶⁵, pertanto, parte della dottrina propone di inquadrare la problematica in una dimensione normativa. Il dolo eventuale, da questa prospettiva, sussiste quando la previsione e volontà del soggetto si riferiscono ad una condotta connotata da un rischio che supera il mero pericolo colposo, il quale non può nemmeno essere preso in considerazione da un agente modello, corrispondente all'agente concreto, e dotato delle sue conoscenze²⁶⁶.

²⁶³ In questo modo, la giurisprudenza ritiene che il soggetto non poteva non aver previsto che sarebbe conseguito quell'evento e, dunque, accerta che non poteva non aver accettato il rischio del suo verificarsi. Il Giudice, per effettuare tale accertamento, dovrà prendere in considerazione tutte le modalità estrinseche della condotta, lo scopo perseguito, nonché i comportamenti successivi alla commissione del fatto. Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 329. Per un'ulteriore approfondimento, CANESTRARI S., *La definizione legale del dolo, il problema del dolo eventualis*, in DE MAGLIE C., SEMINARA S. (a cura di), *La riforma del codice penale. La Parte Generale*, Milano, 2002, 33 ss.

²⁶⁴ Nei casi di trasmissione sessuale del virus HIV, il dolo eventuale si configura nelle ipotesi in cui il soggetto sieropositivo intrattenga occasionalmente rapporti sessuali non protetti pur di soddisfare i propri desideri sessuali, senza quindi curarsi di assumere le precauzioni necessarie ed accettando il rischio del contagio, oppure evitando scientemente di dichiarare il proprio stato di salute al fine di non ricevere un rifiuto del *partner*. Si veda al riguardo CORNACCHIA L., *I delitti contro l'incolumità individuale* in CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F., *Diritto penale*, cit., 327.

²⁶⁵ Un tentativo volto a configurare il dolo eventuale in modo da avvicinarsi maggiormente all'elemento volontaristico può essere individuato nella cosiddetta formula di Frank, dal nome del noto giurista tedesco. Per un ulteriore approfondimento si rinvia a PULITANO' D., *sub art. 43* in CRESPI A., STELLA F., ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1982, 104.

²⁶⁶ Questo rischio, che fonda l'imputazione per dolo eventuale, deve essere di natura tale che potrebbe essere assunto da un avveduto osservatore esterno

Tale criterio di distinzione compie un passo in avanti rispetto alla formula, utilizzata in giurisprudenza, dell'accettazione del rischio, posto che, riferendosi all'accettazione dell'evento, ovvero del fatto²⁶⁷, risulta più aderente al criterio volontaristico. Tuttavia, parte della dottrina critica questa ricostruzione esegetica²⁶⁸, sostenendo che determina un'eccessiva normativizzazione del dolo, che tende ad avvicinarsi al cosiddetto *dolus in re ipsa*, in quanto il dolo lo si ricava da determinate circostanze predeterminate del fatto²⁶⁹.

3.1. Sul dolo eventuale in ambito medico-chirurgico

Di recente, le Sezioni Unite, hanno posto in risalto come l'*animus* del medico, che agisce per finalità curativa, male si concilia con l'elemento soggettivo del delitto di lesioni personali dolose.

(collocato nella stessa situazione dell'agente reale ed in possesso delle sue capacità) soltanto rinnegando le vesti dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*, ossia del tipo sociale di riferimento. Tale ricostruzione è proposta da CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 169 ss. Nella stessa direzione si vedano le osservazioni di CORNACCHIA L., *I delitti contro l'incolumità individuale* in CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F., *Diritto penale*, cit., 327.

²⁶⁷ In realtà, finché la misura soggettiva non riesce a toccare il soggetto, c'è sempre un *quid* di oggettivo, perché si confronta l'individuo con un altro, *id est* con un modello e non con il soggetto stesso. Così, RIONDATO S., *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., 145. Si percepisce allora il dramma del diritto penale ove si nasconde la responsabilità oggettiva, soprattutto nel meccanismo giurisprudenziale del confronto con un modello di riferimento in cui si perde il contatto con l'individuo. Volendo, cfr. MARINI G., *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Napoli, 1992, 88.

²⁶⁸ Ci si riferisce all'atteggiamento critico nei confronti del dolo eventuale di MANNA A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Ind. pen.*, 2010, 9 ss., 17.

²⁶⁹ In questo modo ci si avvicina al cosiddetto *dolus in re ipsa*, finendo per ricavare il dolo solamente dal fatto, attraverso l'uso di un meccanismo di tipo presuntivo. V. per tutti nella manualistica FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, cit. 335.

Tuttavia, dopo tale pronuncia, in due recenti vicende giudiziarie, la Suprema Corte ha configurato l'elemento psicologico del delitto di cui all'art. 582 c.p. con la forma del dolo eventuale, sulla base del criterio dell'accettazione del rischio²⁷⁰. In entrambi i casi, riguardanti i danni permanenti cagionati all'organo della masticazione del paziente da parte di un falso dentista, la Suprema Corte motivava che, mentre, nell'ipotesi di colpa cosciente, l'agente esclude le conseguenze sfavorevoli, dal momento che ha la consapevolezza di tenere la situazione sotto controllo, nel caso di dolo eventuale il soggetto agisce a prescindere dal rischio, come si verifica proprio nell'ipotesi in cui l'intervento venga eseguito da un falso medico²⁷¹.

La giurisprudenza di legittimità configura quest'ultima forma di elemento soggettivo quando, dal quadro fattuale, emerga che l'agente abbia celato al paziente l'esercizio abusivo della professione sanitaria e sia conseguito dall'intervento un esito infausto.

Più in generale, parte della dottrina sottolinea l'incertezza del confine che separa il dolo eventuale dalla colpa con previsione e, a sostegno, evidenzia l'oscillante andamento della giurisprudenza, la quale non è costante, perché fin quando il processo è alla fase iniziale, contesta il dolo eventuale, mentre, a seguito di dibattito ovvero

²⁷⁰ Cass. pen., Sez. II, 22 dicembre 2011, n. 48074; nonché Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 3222, entrambe sulla fattispecie di lesioni personali dolose gravi con dolo eventuale.

²⁷¹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 3222.

nel successivo grado di giudizio, a processo ormai “raffreddato”²⁷², tende invece ad orientarsi verso la colpa cosciente²⁷³.

Nella prassi giurisprudenziale²⁷⁴, nei casi in cui il sentimento comune oppure l’opportunità giuridica suggeriscono un intervento meno incisivo²⁷⁵, come quelli di interventi medici non consentiti, l’iniziale accusa a titolo di dolo eventuale, nel successivo grado di giudizio, ha serie probabilità di trasformarsi in una ipotesi di colpa cosciente²⁷⁶.

²⁷² Per utilizzare un’efficace modo di esprimersi proprio di MANNA A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l’indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, cit., 17.

²⁷³ Quanto detto trova conferma, ad esempio, nel noto caso di Cremona, di contagio sessuale tra marito e moglie, la quale è in seguito deceduta a causa dell’infezione. Nella fattispecie, il tribunale ha condannato l’imputato *ex art. 575 c.p.*, con dolo eventuale, mentre il Giudice di secondo grado e la Corte di Cassazione hanno derubricato il reato da doloso a colposo, aggravato dalla previsione dell’evento, sulla base degli artt. 589 e 61 n. 3 c.p., comportando una notevole riduzione del carico sanzionatorio. Ciò motivando nel senso che non si poteva fondatamente affermare che il marito, avendo rapporti sessuali non protetti con la moglie (sebbene per dieci anni) avesse *voluto* ucciderla. La Suprema Corte, dunque, con la sua interpretazione, fondata su una diversa valutazione dell’elemento psicologico, ha condannato l’imputato alla pena della reclusione per anni 4, modificando in modo apprezzabile quella di anni 14, inizialmente indicata dal Giudice di primo grado. Per l’analisi di tale vicenda giurisprudenziale, cfr. Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, con nota di NICOSIA E., *Contagio di Aids tra marito*, cit., 348 ss.; Ass. App. Brescia, 26 febbraio 2000, con nota di NICOSIA E., *Contagio di Aids tra marito e moglie*, cit., e di FORTE G., *Morte come conseguenza di contagio*, cit., 286 ss.; Cass. Pen., Sez. I, 14 giugno 2001, cit., 3096 ss. In proposito, SUMMERER K., *Aids e diritto penale*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, cit., 439, osserva che nell’ipotesi di trasmissione del virus nel quadro di relazioni affettive, in realtà, risulta particolarmente difficile accertare una volontà malvagia diretta all’evento, ovvero un atteggiamento di indifferenza nei confronti del proprio *partner*.

²⁷⁴ I casi problematici di sinistri stradali vengono risolti, inizialmente, con l’applicazione del dolo eventuale, il quale viene vissuto dall’imputato come un’ingiustizia, in ragione di una sanzione sproporzionata in eccesso. Al tempo stesso, dal lato delle persone offese, allorquando si verifici la derubricazione dal doloso al colposo, non possono non essere provati risentimenti per una punizione ritenuta sproporzionata per difetto innanzi alla gravità del caso. Paradigmatico il caso deciso da Cass. Pen., Sez. IV, 24 marzo 2010, n. 11222; per la fase di merito cfr. Ass. App., 18 giugno 2009; Trib. Roma, 26 novembre 2008.

²⁷⁵ DONATO MESSINA S., SPINNATO G., *Manuale breve di diritto penale*, Milano, 2010, 102.

²⁷⁶ MANNA A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l’indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, cit., 17, segnala che ciò lascia indubbiamente

In ambito medico, l'attuale giurisprudenza, se, da un lato, delimita l'applicazione del dolo eventuale all'ipotesi di trattamento sanitario con esito infausto eseguito contro il dissenso del paziente²⁷⁷, dall'altro, nel caso di intervento non in assenza di consenso, tende ad imputare l'evento dannoso – derivato dalla mancata osservanza delle *leges artis* – a titolo di colpa²⁷⁸. In quest'ultima ipotesi, allorché si verifici il decesso del paziente, si potrà profilare una responsabilità del medico a titolo di omicidio colposo.

4. L'omicidio colposo in ambito medico-chirurgico

L'art. 589 c.p. incrimina chiunque, per colpa, cagiona la morte di uomo²⁷⁹. Nel caso in cui l'agente cagioni la morte della vittima con una condotta attiva, *rectius* con un'azione, la fattispecie si atteggia a reato comune, sebbene il novero dei soggetti attivi sia ristretto, *de facto*, a quelli destinatari di norme cautelari²⁸⁰.

Al contrario, allorché si tratti di omesso impedimento dell'evento, nell'ambito della fattispecie omissiva impropria *ex artt. 40, comma II,*

insoddisfatta la pubblica opinione, suscitando forti risentimenti (specialmente allorché quest'ultima sia orientata verso la tutela della parte lesa, piuttosto che dell'imputato) a fronte del significativo divario sanzionatorio che, soprattutto in tema di omicidio, sussiste tra l'ipotesi dolosa e quella colposa.

²⁷⁷ In questa direzione, di recente, Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799, cit., 747 ss., con nota di BARNI M., *Impunità, colpa o dolo del chirurgo: tutto – o quasi – dipende dall'esito*; nonché con la nota di IADECOLA G., *Atto medico, consapevole violazione della regola del consenso del paziente e responsabilità penale: tra nostalgie del passato e l'attesa del legislatore (en attendant Godot...?)*, cit., 1050 ss.

²⁷⁸ In questo senso si pone l'orientamento di Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437.

²⁷⁹ V. circa l'applicazione di questa fattispecie delittuosa in ambito medico-chirurgico, con ampio quadro giurisprudenziale CORATELLA C., *La responsabilità penale del medico*, cit., 114.

²⁸⁰ PIRAS P., *Omicidio colposo (589)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 36 ss., e su questo punto, spec. 41.

e 589 c.p., il delitto *de quo* si pone come reato proprio. Il caso paradigmatico è quello del medico, il quale riveste una posizione di garanzia nei confronti del paziente, che viola uno specifico obbligo di attivarsi, previsto per evitare l'evento letale – per esempio, omette di somministrare una determinata cura – e, in conseguenza di ciò, si verifica la morte del paziente²⁸¹.

Il giudizio di colpa comporta sempre il richiamo ad una regola di condotta. Nel novero delle fonti la cui violazione integra la colpa specifica, si rende necessario individuare le regole cautelari, le quali si riferiscono a situazioni dalle quali è possibile prevedere dei danni e stabiliscono le cautele atte ad evitarli. L'individuazione della norma applicabile al caso concreto deve essere parametrata alla stregua delle regole cautelari conoscibili nel momento in cui è tenuta la condotta dell'agente²⁸².

Le anzidette regole cautelari, che derivano dalle valutazioni della migliore scienza ed esperienza del settore, permettono la prevedibilità ed evitabilità di un certo danno²⁸³. Si utilizza, al riguardo, il parametro

²⁸¹ A titolo esemplificativo, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 22 gennaio 1992, in *Riv. pen.*, 1992, 727 ss., ove è stato ritenuto responsabile, ex artt. 40 cpv. e 589 c.p., un medico che era rimasto in uno stato di colposa inerzia e non era intervenuto nonostante il malessere e la sensazione di freddo accusata da una puerpera in ragione dell'incompleta espulsione della placenta, dal medesimo mai verificata.

²⁸² Altrimenti, valutare regole cautelari successive alla condotta finirebbe per configurare una responsabilità oggettiva dell'agente. Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 21. Non è ascrivibile al sanitario l'errore diagnostico o terapeutico derivante solo da *errore scientiae*, ossia da incertezza della scienza medica, in quanto nozioni scientifiche attualmente ritenute valide possono non essere più reputate tali in futuro.

²⁸³ Nella giurisprudenza di legittimità, paradigmatico il caso il cui si è pronunciata Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2002, in *Cass. pen.*, 2004, 2379 ss. con nota di PIRAS P., *Il giudizio causale in assenza di leggi scientifiche*, ove il chirurgo aveva eseguito un intervento di appendicectomia su un piccolo paziente di sei anni, deceduto in seguito ad uno stato di coma irreversibile dovuto allo sviluppo di un edema celebrale. Nel caso di specie, l'anestesista aveva impiegato dei farmaci

dell'agente modello, ossia del cosiddetto *homo eiusdem professionis et condicionis*, il quale viene individuato in ogni settore della vita umana e si articola ulteriormente in quelle attività contraddistinte da un'alta complessità e specializzazione²⁸⁴.

In ambito medico, tale criterio permette il rimprovero del soggetto in ragione del mancato rispetto delle *leges artis* previste nel settore specialistico a cui lo stesso appartiene. Dopo aver individuato la regola cautelare²⁸⁵, è necessario verificare se sussista o meno un nesso di causa tra la violazione della stessa e l'evento, dal momento che quest'ultimo deve costituire la realizzazione del rischio che la regola cautelare è volta ad evitare. Pertanto, ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 589 c.p., la morte del soggetto non solo deve conseguire alla condotta di inosservanza della regola cautelare, ma anche costituire la realizzazione del rischio che la stessa era rivolta a scongiurare²⁸⁶.

depressivi della funzione respiratoria ma non ne aveva controllato gli effetti nel post-operatorio, i quali avevano portato all'ipossia e causato dei danni al cervello del soggetto.

²⁸⁴ Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Genova, 29 novembre 2002, ove si evidenzia che “*Non può essere trascurato infatti dal giudicante che il convenuto non era un medico generico né un principiante ma un professore esperto di chiara fama*”. Al riguardo, v. anche App. Cagliari, 10 aprile 1989, per cui “*ai fini della valutazione della colpa nel caso di prestazione mediche di natura specialistica [...] non deve prescindersi dal considerare le cognizioni generali e fondamentali del medico specialista, non essendo sufficiente il riferimento alle nozioni minime di cultura ed esperienza, quali si pretendono da un medico generico*”.

²⁸⁵ Sul punto, IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, cit., 51. Al riguardo, v. anche FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 2009, 304 ss.; nonché, MARTIELLO G., *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, cit., 325 ss., spec. 346 in punto di individuazione delle norme cautelari nella colpa medica.

²⁸⁶ Cfr. PIRAS P., *Omicidio colposo (589)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 38, il quale precisa: “*è possibile che, nonostante l'evento costituisca realizzazione del rischio che la regola cautelare mirava ad evitare, si accerti che l'osservanza della regola cautelare non avrebbe comunque scongiurato, a causa delle circostanze concrete, la verifica*

Al fine di imputare soggettivamente l'evento morte²⁸⁷ all'agente, esso deve essere prevedibile ed evitabile²⁸⁸. La dottrina precisa che l'esito letale viene individuato nelle sue coordinate spaziali, temporali e modali, per cui si configura la fattispecie di omicidio colposo anche in presenza dell'accelerazione dell'evento morte di un individuo che, a fronte di una grave malattia, è destinato a decedere in poco tempo, in quanto realizza una morte diversa da quella che – in assenza di condotta colposa – si sarebbe avuta²⁸⁹.

Ad ogni modo, in capo al medico grava un'obbligazione di mezzi²⁹⁰ e non di risultato²⁹¹, per cui non è richiesto l'intervento salvifico del malato, ma un'attività scrupolosa, attenta ed adeguata alla situazione concreta in termini di protocolli di cura. Nell'ipotesi in cui la morte del paziente consegua alla scelta di un determinato

dell'evento, rivelandosi ex post inefficace. Si tratta del problema che, parallelamente, nel giudizio di causalità ex art. 40, è noto come causalità alternativa ipotetica: sia nel giudizio di causalità, che in quello di colpa, non rileva il decorso causale ipotetico. Affinché l'evento possa dirsi imputabile ex art. 43, aliena 3° è necessario accertare l'utilità del comportamento alternativo lecito. In caso diverso si rinunciarebbe ad un'imputazione per colpa, scivolando nella responsabilità oggettiva”.

²⁸⁷ Quest'ultimo, per inciso, determina il momento in cui si consuma il delitto in analisi. VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, Padova, 2003, 41 ss.

²⁸⁸ In cui vi è una sovrapposizione tra l'evento naturalistico, *id est* la morte, e l'evento inteso in senso giuridico, l'offesa al bene giuridico tutelato, la vita umana. Cfr. VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 46.

²⁸⁹ VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 43-44.

²⁹⁰ Sul punto, nella letteratura civilistica, D'AMICO G., *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Atti del Convegno Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 141 ss. Nella manualistica, v. per tutti TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, cit., 630 ss.; CHECCHINI A., AMADIO G., *Lezioni di diritto privato*, cit., 356 ss.; GALGANO F., *Diritto civile*, cit., 190 ss. e 198.

²⁹¹ In senso critico, FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale e della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 343 ss., spec. 347, evidenziano che la “*facilità dell'intervento e del risultato peggiorativo come presunzione di colpa tout court è risultato il primo passo verso la sostanziale trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi in obbligazione di (quasi) risultato*”.

trattamento piuttosto che ad un altro, la giurisprudenza di legittimità si orienta nel senso di escludere la colpa del medico allorché esso sia corretto alla stregua delle conoscenze medico-scientifiche del momento.

4.1. L'errore medico e l'evento morte

Nei reati colposi di evento, tra cui quello di cui all'art. 589 c.p., l'accertamento del nesso causale ha luogo mediante il criterio condizionalistico²⁹², che viene integrato con la sussunzione sotto leggi

²⁹² La problematica del nesso causale, in considerazione della sua vastità non può essere approfondita in questa sede. È di tutta evidenza che l'ampiezza del quadro bibliografico sulla causalità non consente indicazioni esaustive circa l'evoluzione del pensiero dottrinale sul punto. Fondamentale la monografia di STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, spec. 235, come commento al Progetto elaborato dalla Commissione Ministeriale per la riforma del Codice Penale, presieduta dal Prof. C.F. Grosso.

Per una panoramica sul tema, senza pretesa di esaustività: STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa; la condizione contingentemente necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1251 ss.; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi contro fattuali. L'attività medico-chirurgica*, in in AA.VV. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.F. (a cura di), II, Milano, 2006, 1893 ss.; FIANDACA G., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 126 ss.; ID., *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 50 ss.; PALIERO C.F., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 839 ss.; LICCI G., *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996; MORSELLI E., *Il problema della causalità in diritto penale*, in *Ind. Pen.*, 1998, 879 ss.; BLAIOTTA R., *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, in *Cass. pen.*, 2000, 1188; MASSA T., *Le Sezioni unite davanti a «nuvole ed orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, 3661 ss.; DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 634; MASERA L., *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 498 ss.; ANGIIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in AA.VV. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.F., II, Milano, 2006, 1329 ss.; VENEZIANI P., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in AA.VV. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.F., II, Milano, 2006, 1969 ss.; CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, II, Bologna, 2007, 364; ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in AA.VV., *Scritti per*

scientifiche o di copertura. Queste ultime, in particolare, costituiscono degli enunciati che indicano una regolarità causale nella successione di fenomeni sulla base della migliore scienza ed esperienza²⁹³.

Sul punto, le Sezioni Unite²⁹⁴, hanno stabilito il principio per cui, per sostenere la sussistenza del rapporto di causalità tra l'omissione di un trattamento sanitario e la morte del paziente, non è necessario avere a disposizione una legge scientifica universale che sancisca che il tipo di intervento medico, nel caso concreto omesso, evita la morte nel cento per cento dei casi.

Infatti, anche coefficienti probabilistici medio-bassi indicati dalle leggi statistiche non precludono all'organo giudicante di dichiarare la

Federico Stella, Napoli, 2007, 914 ss.; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, III ed., Milano, 2009, 209; PULITANO' D., *Diritto penale*, III ed. Torino, 2009, 243 ss.; IADECOLA G., *La causalità nella responsabilità civile del medico*, in *Giur. mer.*, 2010, 2057 ss.

²⁹³ PIRAS P., *Omicidio colposo (589)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 39.

²⁹⁴ Ci riferiamo alla fondamentale pronuncia Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. pen.*, 2002, 885 ss. per la quale assume rilevanza l' "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica". Il nesso causale sussiste quando "alla stregua del giudizio contraffattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica universale o statistica si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva". Inoltre, si precisa che "non è consentito dedurre automaticamente in base al coefficiente di probabilità l'ipotesi accusatoria, ritenendo provato il nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze di fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con 'alto o elevato grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica'" ed altresì che "l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso eziologico, quindi il ragionevole dubbio, della reale efficacia lesiva della condotta pregiudizievole del medico rispetto ad altri fattori interagenti [...] comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio". Sul punto, v. BILLO G., *L'indagine causale nell'ambito del settore medico alla luce delle indicazioni delle Sezioni Unite: profili problematici e spunti applicativi*, in *Ind. pen.*, 2008, 307 ss.

sussistenza del nesso causale²⁹⁵. Quest'ultimo sarà riconosciuto allorché le leggi statistiche che rivelano frequenze medie o basse, valutate congiuntamente con gli altri elementi probatori, portino alla certezza processuale che l'evento non si sarebbe verificato se il trattamento fosse stato compiuto²⁹⁶.

L'anzidetta certezza processuale richiesta dalla Suprema Corte consiste in un alto grado di probabilità logica, la quale è una verifica aggiuntiva rispetto al giudizio di probabilità statistica.

E' possibile che non esista una legge di copertura che si attagli al singolo caso concreto e, perciò, in assenza di leggi scientifiche applicabili, si dovrà fare riferimento a generalizzate regole di esperienza. Mentre le prime hanno come sostrato il sapere scientifico,

²⁹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 ss. *Per incidens*, per valutare dal punto di vista dinamico le ripercussioni pratiche di quest'ultima pronuncia sul versante processuale, v. il recente contributo di TONINI P., *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, 1225 ss. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Venezia, 2 novembre 2001, n. 173, con nota su entrambe di AMBROSETTI E.M., *Il problema della causalità: definizione concettuale e criterio di accertamento in due recenti decisioni giudiziarie*, in *Dialoghi dir.*, 2003, 31 ss., spec. 53-54, ove precisa "La sentenza delle Sezioni Unite costituisce un passaggio fondamentale nel cammino interpretativo, compiuto dalla giurisprudenza, in ordine al problema della causalità in diritto penale. Essa, infatti, recepisce gli sforzi dottrinali di fornire una chiave di lettura degli artt. 40 e 41 c.p. conforme ai principi di un diritto penale moderno. In tale prospettiva, particolarmente importante è l'aver chiarito in modo inequivocabile che il criterio condizionalistico, interpretato secondo il modello delle leggi scientifiche di copertura, vale in modo identico sia per l'illecito commissivo, sia per quello omissivo".

Nella dottrina tedesca, sul tema della causalità, v. per tutti ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, München, 2003, par. 31, n. 37 ss.

Per un'indagine comparata con quanto avviene a livello giurisprudenziale negli USA in punto di causalità, v. invece STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., 98 ss.

²⁹⁶ In questi termini, PIRAS P., *Omicidio colposo (589)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 39. V. in merito BLAIOTTA R., *La causalità e i suoi limiti: il contesto della professione medica*, in *Cass. pen.*, 2002, 181 ss.; ID., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, 365 ss.

le seconde costituiscono il portato della migliore esperienza²⁹⁷. Nel caso di omissione nella somministrazione di un farmaco antagonista a quelli somministrati per l'anestesia, a titolo esemplificativo, si può affermare, sulla base di una generalizzata regola di esperienza, che è quella per cui l'osservazione perita del paziente nella fase post-operatoria vale costantemente ad evitare l'insorgenza di complicazioni mortali legate all'uso di farmaci anestetici²⁹⁸, che l'evento morte non si sarebbe verificato.

²⁹⁷ Al riguardo, BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1339 ss.; AGAZZI E., *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 393 ss.; BRUSCO C., *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 2599 ss.;

²⁹⁸ Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2002, cit., 2379 ss.

Capitolo III

Violenza privata e stato d'incapacità procurato mediante violenza

SOMMARIO: **1.** Il bene giuridico tutelato: la libertà morale – **2.** La condotta incriminata dall'art. 610 c.p. - 2.1. La forma della violenza: propria ed impropria - 2.2. Violenza impropria e intervento medico non consentito – **3.** La costrizione a tollerare – **4.** L'evento della costrizione – **5.** Il ruolo del dissenso nella violenza privata – **6.** L'elemento soggettivo – **7.** Il delitto di cui all'art. 613 c.p. – **8.** Morte o lesioni come conseguenza della violenza

1. Il bene giuridico tutelato: la libertà morale

All'interno dello stesso Titolo XII in cui sono compresi i delitti di omicidio e lesioni²⁹⁹, si collocano anche gli artt. 610 e 613 c.p., i quali trovano la propria sede nel Capo III, dedicato ai delitti contro la libertà individuale³⁰⁰ e, più precisamente, nella Sezione III, rubricata “Dei delitti contro la libertà morale”. La libertà morale è riconducibile al concetto di autodeterminazione, o meglio, di libertà in assenza di limiti e condizioni che non siano quelli giuridici³⁰¹.

Dal bene giuridico di categoria, costituito dalla libertà morale o libertà del volere, scaturiscono due sottospecie di beni, ossia, da un

²⁹⁹ A differenza del Codice Zanardelli, la tutela della libertà non costituisce più titolo a sé stante, ma viene ricompresa nell'ambito del Titolo XII. Il legislatore del 1930 tuttavia attribuisce alla libertà un'ampiezza non riconosciuta dal codice del 1989, dal momento che intende la libertà individuale come un concetto di genere, quale somma delle singole libertà comprese nel Capo. Cfr. nella manualistica, COCCO G., *Reati contro la libertà individuale: introduzione*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 243 ss.

³⁰⁰ Per un quadro, FIORE C., voce *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.

³⁰¹ In questi termini, VIARO R., voce *Violenza o minaccia*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 967 ss.

lato, la libertà di determinazione e d'azione³⁰² e, dall'altro, la libertà psichica³⁰³.

La violenza privata³⁰⁴ offende le scelte volitive della vittima con riguardo ai propri comportamenti esterni, la cui estrinsecazione, anomala ovvero diversa da come avrebbe voluto in assenza di coartazione³⁰⁵, è sensibilmente verificabile nel mondo esteriore³⁰⁶. Queste modalità di costringimento della volontà, anche se solo a livello di finalità potenziale, si riscontrano anche nell'art. 613 c.p.³⁰⁷,

³⁰² Con la precisazione che questa libertà di autodeterminazione, o libertà cosiddetta esterna, si distingue dalla libertà personale, fisica o di movimento. Cfr. MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. VIII, Torino, 1985, 767.

³⁰³ *Rectius* libertà cosiddetta interna. Cfr. MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, 264 ss., spec. 271, sull'oggettività del delitto di violenza privata nel quadro dei delitti contro la libertà morale, che offre, anche a livello grafico, una tavola sinottica dell'anzidetta scomposizione dell'oggetto giuridico.

³⁰⁴ In particolare, questa figura delittuosa proviene dai codici germanici (*Nothigung*) e, dopo essere stata assunta all'art. 361 nel codice penale toscano del 1853, è passata all'art. 154 dell'abrogato codice del 1889, per ricevere infine una precisa disciplina nel codice vigente. Cfr. VIARO R., voce *Violenza o minaccia*, cit., 969.

³⁰⁵ MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 271.

³⁰⁶ Con riguardo al delitto di minaccia, invece, il bene che viene pregiudicato è quello della libertà psichica, anche detta di coscienza e di pensiero. Ciò comporta un'evidente difficoltà nell'accertare dall'esterno l'alterazione del processo motivazionale dell'individuo. Cfr. LUSSU E., *Minaccia (612)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 353 ss. Per inciso, la genericità dell'art. 612 c.p. comporta diversi orientamenti circa il bene giuridico protetto. In particolare, per MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, II ed., cit., 317 ss., viene protetta una fase prodromica alle interferenze esterne, ossia lo stato di tranquillità individuale. Sulla minaccia, DASSANO F., voce *Minaccia (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 334 ss. e, nella dottrina tedesca, v. anche HOYER A., *Der Sitzblockadenbeschluss des BVerfG und seine Konsequenzen für den Begriff der Drohung*, in *GA*, 1997, 451 ss.

³⁰⁷ E' una norma, di rara applicazione, introdotta dal codice del 1930 per completare la tutela della libertà morale. Nella manualistica, LUSSU E., *Stato di incapacità procurato con violenza (613)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 359 ss. In proposito, FLICK G.M., voce *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 544 ss., spec. 546, evidenzia che il bene giuridico è l'integrità o, meglio, l'inviolabilità, psichica.

in cui può farsi riferimento alla libertà cosiddetta esterna, intesa come libero condursi del soggetto nel mondo esterno³⁰⁸.

Nel delitto di cui all'art. 610 c.p., in particolare, la libertà psichica è offesa in via prioritaria, ma la progressione dell'offesa coinvolge la capacità di orientare i propri comportamenti, ossia di influire sulla libertà di autodeterminarsi, condizionando l'aspetto esteriore della libertà morale³⁰⁹. Diviene evidente che la scelta codicistica è quella di focalizzare la tutela penale della libertà morale sulla libertà di agire dell'individuo³¹⁰, o meglio, sulla libertà di non tenere comportamenti coattivamente imposti da parte di altri soggetti³¹¹.

Ciò premesso, per quanto riguarda l'ambito medico, il diritto al rispetto della determinazione del malato deriva dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost.³¹² e, più in generale, dal più ampio principio personalista adottato dalla Costituzione³¹³. L'individuo è primo ed unico arbitro del proprio volere, tanto che ha il diritto di privilegiare lo *status quo* di malato in luogo dell'intervento medico-

³⁰⁸ In questi termini, MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 271, il quale precisa che “la violazione della libertà morale trascende – in un certo senso – l'aspetto interiore della psichicità, per svolgersi sull'attitudine di fisicità della libertà”.

³⁰⁹ *Rectius* la libertà esterna. Così, MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 271. La libertà morale dell'individuo, nel senso di libertà di autodeterminarsi secondo le sue scelte, si articola nella facoltà di formare liberamente la volontà e in quella di orientare i comportamenti in conformità delle proprie determinazioni. V. sulla distinzione tra queste due componenti di un unitario concetto di libertà morale FLORIAN E., *Delitti contro la libertà individuale*, Milano, 1936, 357 ss.

³¹⁰ Diffusamente, VIARO R., voce *Violenza o minaccia*, cit., 968.

³¹¹ Cfr. MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, cit., 930 ss., spec. 931.

³¹² Per una trattazione *ex professo* della tematica del consenso informato, di recente, nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438.

³¹³ Sul modello personalistico accolto in Costituzione, che garantisce il primato della persona umana, AMBROSETTI E.M., *Reati contro la vita e l'incolumità individuale: introduzione*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 3.

chirurgico, ossia, di preservare la propria condizione nell'attualità, a nulla rilevando che la terapia possa essere migliorativa della salute³¹⁴.

Il passaggio dal paternalismo ippocratico al principio del consenso informato, si presta non solo ad una lettura di taglio storico³¹⁵, ma soprattutto trova una spiegazione nella natura della scelta da effettuare³¹⁶. La decisione di cura, infatti, si basa su un presupposto informativo di carattere tecnico, ma, nella sua essenza, si connota come scelta morale³¹⁷.

In questa cornice, l'intervento sanitario che venga eseguito senza rispettare la volontà del paziente, in un settore ove quella volontà è imprescindibile per fondare la liceità dell'atto terapeutico, risulta lesiva della libertà morale dell'individuo³¹⁸. A prescindere dall'esito

³¹⁴ Nella giurisprudenza di legittimità, in questo senso, Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, in *Cass. pen.*, 20, cit., 1346 ss.; e in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 573 ss., con nota di DE MATTEIS F., *Responsabilità professionale medica: finalità terapeutica e consenso del paziente*, che propende verso il reato di cui all'art. 610 c.p.

³¹⁵ V. in proposito, VIGANO' P., *Limiti e prospettive del consenso informato*, Milano, 2008, 39 ss.

³¹⁶ Il procedere della scienza medica, col passare del tempo, condiziona sempre più l'esistenza umana. Tuttavia, l'applicazione di ogni nuovo ritrovato tecnologico, non si auto-impone sull'individuo per il solo fatto di esistere, ma deve essere il frutto di una scelta personale. Si consideri, a titolo esemplificativo, ai primi usi del ventilatore meccanico, nel 1951, ovvero al primo trapianto di cuore, nel 1967. Sul tema, nella letteratura straniera, CALLAHAN D., *Bioethics*, in REICH W.T., *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1995, 248 ss.

³¹⁷ Così, CASONATO C., *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, 2 (dattiloscritto), che, sul punto, mette in risalto che "nella sua essenza la scelta terapeutica è basata su un giudizio di compatibilità e coerenza della proposta medica con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, con l'immagine che ha di sé e che vuole lasciare a chi potrà sopravvivergli: in una parola – potremmo dire – con la sua dignità". Collegato, v. anche, ID., *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009, 84 ss.

³¹⁸ Con riferimento al campo medico, in punto di violenza privata, è interessante la notazione di IADECOLA G., *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in IADECOLA G., BONA M., *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penale e civili*, Milano, 2009, 31, che testualmente evidenzia: "la prestazione medica che avvenga senza rispettare la volontà del paziente, all'interno dell'ambito in cui viceversa quella volontà ha

fausto ovvero fausto derivatone, la condotta del medico che agisce senza il consenso informato ovvero contro il rifiuto del malato, viola il diritto alla propria autodeterminazione, appartenente ad ogni singola persona³¹⁹ e tutelato penalmente proprio dall'art. 610 c.p.

Posto che la tutela della libertà morale predisposta dal delitto di violenza privata non si attiva in presenza di ogni coazione dell'altrui volere, bensì soltanto di quella che è effetto di violenza o minaccia³²⁰, occorre soffermarsi ad analizzare la condotta del reato, per verificare l'applicabilità della fattispecie delittuosa in ambito medico.

2. La condotta incriminata dall'art. 610 c.p.

La violenza privata, come noto, è un delitto a forma vincolata³²¹, in cui l'elemento materiale consiste nell'uso della violenza ovvero della minaccia³²² sulla vittima per costringerla a fare, tollerare od omettere qualche cosa.

rilievo, risulta lesiva della libertà morale della persona: a riguardo rimanendo da esplorare la configurabilità del reato di violenza privata (ex art. 610 c.p.)”.

³¹⁹ In questo senso si pone MARRA G., *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente in tema di attività medico-chirurgica*, cit., 1950 ss., spec. 1956. Al contrario, un altro orientamento nega debba prevalere la volontà dissenziente, specialmente di rifiuto dei trattamenti salvavita, motivando si negherebbe altrimenti la posizione di garanzia del medico e si renderebbero illogiche le previsioni degli artt. 579, 580 e 593 c.p. Cfr. su questa seconda teoria IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 2659 ss., spec. 2667. Ma in senso critico, PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., 177 e 215, replica che il medico deve desistere da ogni terapia allorché il paziente incapace d'intendere e di volere rifiuti l'atto curativo.

³²⁰ Diffusamente, MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 932.

³²¹ Nella manualistica, v. per tutti COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 339.

³²² NEPPI MODONA G., *Sulla posizione della “violenza” e della “minaccia” nella struttura della fattispecie criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 530 ss.

Per “minaccia”³²³ si intende qualunque comportamento che, tenuto conto delle condizioni in cui si svolge la vicenda³²⁴, sia idoneo ad eliminare o ridurre nel soggetto passivo la capacità di determinarsi liberamente³²⁵. In dottrina si richiede la prospettazione di un male ingiusto e futuro³²⁶ per sottomettere la volontà della vittima, che dipende dall’autore³²⁷.

In ambito medico, piuttosto che la minaccia, assume rilievo il requisito della violenza³²⁸.

Anzitutto, in dottrina si suole distinguere tra una “violenza-fine” ed una “violenza-mezzo”, a seconda che essa sia utilizzata per recare

³²³ Per un inquadramento, DASSANO F., voce *Minaccia (dritto penale)*, in *Enc. dir.*, cit., 334 ss.; nonché, SISTI U., voce *Minaccia*, in *Enc. for.*, IV, Milano, 1959, 1062 ss.

³²⁴ Sul piano giurisprudenziale, *ex multis*, di recente, Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7214, secondo la quale “*La minaccia, ancorché non esplicita, che si concreti in qualsiasi comportamento o atteggiamento idoneo ad incutere timore ed a suscitare la preoccupazione di un danno ingiusto al fine di ottenere che, mediante la detta intimidazione, il soggetto passivo sia indotto a fare, tollerare od omettere qualcosa*”. V. anche Cass. pen., Sez. VI, 26 gennaio 2005, n. 15805, per cui “*Nella previsione dell’art. 610 c.p. deve ritenersi compresa qualunque forma di minaccia, anche implicita e non presenti alcun male ingiusto, in quanto anche il semplice atteggiamento del soggetto attivo può costituire una minaccia punibile, soprattutto quando assuma carattere d’intimidazione in rapporto all’ambiente in cui la violenza si svolge e la minaccia stessa, percepita come tale dalla persona offesa, risulti quindi idonea ad eliminare o ridurre sensibilmente la sua capacità di determinarsi e di agire secondo la propria indipendente volontà*”. Le massime di queste pronunce, in tale ordine, sono riportate in PARODI C., *Stalking e tutela penale. Le novità introdotte nel sistema*, Milano, 2009, 188.

³²⁵ La minaccia, come la violenza, comporta delle reazioni psicodinamiche in cui la volontà viene coartata. In merito, MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, cit., 274, precisa che, mentre nella minaccia sia un’angoscia anticipatoria per un evento percepito come dannoso, la violenza comporta invece la conseguente destrutturazione della personalità in atto reale.

³²⁶ Comunemente si richiede anche l’illegittimità della condotta. In merito, MAZZI G., *sub art. 610*, in LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna*, V, Milano, 2005, 545. In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. V, 9 febbraio 1984, in *Riv. pen.*, 1984 670 ss.

³²⁷ Nel senso che potrà essere realizzato dall’agente qualora la vittima non si adegui alla sua volontà. Su questo requisito, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, cit., 181 ss. V. anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, VIII, Milano, 1981, 120 ss., spec. 123.

³²⁸ In punto di violenza, PECORARO ALBANI A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962. In merito, v. il contributo di PISAPIA D., *Violenza, minaccia e inganno nel diritto penale*, Napoli, 1940.

ad altri un danno ovvero per piegarne la volontà. Mentre, nella prima ipotesi, essa viene posta in essere per ledere la vittima, nel secondo caso, diversamente, essa viene impiegata al fine di costringerla a fare, tollerare od omettere qualche cosa³²⁹. Ciò premesso, a differenza di quanto si riscontra in altri reati, per quanto riguarda l'art. 610 c.p.³³⁰, può riconoscersi che la violenza rileva come mezzo di costrizione, e non come “fine” della condotta illecita³³¹.

Ad ogni modo, la nozione di violenza, all'apparenza intuitiva, è in realtà equivoca anche nel linguaggio comune³³². Infatti, tale termine possiede molteplici significati, che variano in ragione del contesto e del momento storico³³³. L'astratta determinazione del *Gewaltbegriff*, del resto, è un prodotto delle codificazioni dell'era moderna, dal momento che, in origine, non si conosceva una nozione di violenza avente carattere generale³³⁴.

³²⁹ Diffusamente al riguardo, DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 881 ss., spec. 892, nota 90, ove però si precisa che “*In base ad una valutazione attenta più dell'aspetto oggettivo del fenomeno che alla specifica finalità dell'agente, la prima potrebbe qualificarsi violenza-lesione e la seconda violenza di costrizione. Il che, però, non offrirebbe un sicuro parametro di distinzione in quanto, almeno di regola, anche quella usata a scopo di costrizione è al contempo violenza che lede o pone in pericolo beni giuridici e cioè violenza-lesione*”.

³³⁰ Su questa fattispecie, SANTORO A., voce *Violenza privata*, in *Enc. for.*, VII, Milano, 1962, 1047 ss.

³³¹ Come avviene invece, a titolo esemplificativo, nell'omicidio, su cui v. il contributo di AMBROSETTI E.M., *Omicidio doloso (575)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 11 ss.

³³² In merito, uno dei più autorevoli vocabolari della lingua italiana, ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 1970, 1961, definisce la violenza come “*coazione fisica o morale esercitata da un soggetto su un altro così da indurlo a compiere atti che altrimenti non avrebbe compiuto*”.

³³³ Come efficacemente segnalato da DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, cit., 881-882; e, nella dottrina tedesca, da MAURACH R., SCHROEDER F.C., MAIWALD M., *Strafrecht*, Besonder Teil, I, Heidelberg, 1988, 128 ss.

³³⁴ Infatti, nel diritto romano, in quello medioevale, come nell'*Ancien Régime*, era prevista dalle leggi penali un'elencazione dei tipi di condotta in cui presente la

Sebbene nel codice civile la violenza viene intesa come vizio della volontà³³⁵, tale concezione non risulta trasferibile nel settore penalistico, in considerazione del carattere autonomo del diritto penale. Con un parallelo tra i due ambiti, si evince che il significato assegnato nel diritto civile a tale termine corrisponde a quella che, nel diritto penale, è l'area ricoperta dalla minaccia³³⁶.

Anche se nel codice penale si richiama spesso il requisito della violenza come elemento della fattispecie, non ne viene fornita una definizione di carattere generale. Mentre al secondo comma dell'art. 392 c.p. è stabilito che, agli effetti della legge penale, si ha "violenza sulle cose" allorché la cosa venga danneggiata, trasformata o mutata la destinazione³³⁷, nessuna precisazione è invece fornita circa la violenza personale.

violenza. In proposito, BURDESE A., *Manuale di diritto pubblico romano*, III ed., Torino, 1987, 255.

³³⁵ Ci riferiamo agli artt. 1434 c.c. e seg., riguardo ai quali v., nella manualistica civilistica, TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, cit., 119 ss.; CHECCHINI A., AMADIO G., *Lezioni di diritto privato*, cit., 160 ss.; nonché, GALGANO F., *Diritto privato*, cit., 275 ss. Sull'elaborazione della violenza come vizio della volontà nell'antico diritto romano, BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Torino, 1993, 198.

³³⁶ Così, MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 939.

³³⁷ Peraltro, il terzo comma stabilisce che "si ha, altresì, violenza sulle cose allorché un programma informatico viene alterato, modificato o cancellato in tutto o in parte ovvero viene impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico". Inoltre, non possono essere utilizzate le definizioni degli artt. 46, 54 e 86 c.p., dal momento che hanno uno scopo diverso da quello di fornire una definizione di violenza. MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. IV, Torino, 1981, 628. Non può tornare utile nemmeno la definizione di cui all'art. 43 c.p.m.p., poiché troppo restrittiva, dal momento che, sulla base di tale richiamo normativo, "agli effetti della legge penale militare sotto la denominazione di violenza si comprendono l'omicidio, ancorché tentato o preterintenzionale, le lesioni personali, le percosse, i maltrattamenti e qualsiasi tentativo di offendere con armi", e considerato che lo stesso legislatore ne ha confinato l'ambito applicativo.

Innanzi al silenzio del legislatore su quest'ultima, si riscontrano molteplici indirizzi interpretativi, i quali hanno progressivamente smaterializzato o spiritualizzato la nozione di violenza.

Secondo l'impostazione più risalente e tradizionale, nell'accezione penalistica, la violenza è l'esplicazione di energia fisica dell'agente su una persona per dominarne il volere, e viene individuata nella *vis corpore corpori afflicta*³³⁸. Proprio sulla base di questa nozione restrittiva³³⁹, parte della dottrina penalistica argomenta che il medico dovrebbe essere incriminato *ex art. 610 c.p.*³⁴⁰ per l'intervento medico non consentito, dal momento che esplica energia fisica sul corpo del paziente e, in tal modo, pone in essere una condotta violenta³⁴¹. Si sostiene che tale condotta integra una *vis absoluta*, dinanzi alla quale il malato non può opporre alcuna resistenza³⁴².

Sul punto, la recente giurisprudenza di legittimità ritiene che si verta in un'ipotesi di violenza personale "diretta", sostenendo che la

³³⁸ Così, MINNELLA M., voce *Violenza privata*, in *Enc. giur. Trec.*, XXXII, Roma, 1994, 4.

³³⁹ Si pone in senso favorevole ad una nozione restrittiva di violenza, anche per l'incriminazione dell'intervento medico non consentito, MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 604 ss., spec. sul punto 623-624. La più recente dottrina, peraltro, si pone nel senso di recuperare l'originario e ristretto concetto di violenza. Per l'analisi delle ragioni cfr. COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 346.

³⁴⁰ Nella risalente dottrina, sostengono che il medico debba rispondere *ex art. 610 c.p.* allorché intraprenda una terapia non consentita, già ALTAVILLA E., *Consenso dell'avente diritto*, in *Nov. Dig. Ita.*, Milano, 1959, 118. V. anche VISCO A., *L'omicidio e la lesione personale del consenziente*, Milano, 1929, 133 ss. Nella medicina legale, BARNI M., DELL'OSSO G., MARTINI P., *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 26 ss.

³⁴¹ E' di questa opinione MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, 453, spec. 475-476, che sostiene "l'applicabilità dell'art. 613 c.p. alle ipotesi di trattamento medico arbitrario, previa sottoposizione del malato ad uno stato di narcosi, quale certamente appare quello derivante dall'anestesia".

³⁴² Così, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 476.

nota caratterizzante tale forma di violenza vada ravvisata nell'idea di aggressione di natura fisica.

Quest'ultima viene intesa come lesione oppure immediata esposizione al pericolo dei beni attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l'integrità fisica ovvero la libertà di movimento del soggetto passivo³⁴³.

Non persuade, tuttavia, inquadrare ogni ipotesi di condotta arbitraria del medico nella violenza propria, dato che quest'ultima è ravvisabile solo nelle eccezionali ipotesi in cui la volontà del paziente viene materialmente soppressa con la forza fisica.

Diversamente, allorché l'intervento difforme venga deciso ed eseguito isolatamente dal medico dopo l'anestesia del paziente, piuttosto che soffermarsi sull'esplicazione dell'energia fisica di quest'ultimo – che non coarta con violenza fisica poiché il malato si trova in stato di incoscienza – occorre focalizzare l'attenzione sulla violenza cosiddetta impropria³⁴⁴, ossia, sul momento della costrizione morale.

³⁴³ In questa direzione si orienta Cass. pen., Sez. Un., 18 gennaio 2008, n. 2437, che però esclude la configurabilità del delitto di violenza privata nel caso del paziente incosciente.

³⁴⁴ In dottrina non ci si è soffermati adeguatamente su questo profilo, anche se da taluno è stata avvertita la rilevanza della cosiddetta violenza impropria anche per pervenire a soluzioni differenti ed inesplorate sul punto. V. in particolare, CANESTRARI S., FANTINI M.P., *La gestione del rischio in medicina*, Milano, 2006, 61, che ritengono di difficile configurabilità il reato di cui all'art. 610 c.p., e al riguardo testualmente rilevano *“l'applicazione della fattispecie in discorso solleva non secondari problemi. Ciò non solo (o non tanto) in rapporto al requisito della “violenza” (che potrebbe essere interpretato, come è stato evidenziato in dottrina, senza richiedere la presenza di un “momento coattivo”), quanto in relazione all'evento di “costrizione” della vittima”*, ma vedi anche nota 183, ove ammettono che *“In questo contesto, potrebbe però pervenirsi ad una diversa soluzione facendo riferimento al concetto di così detta “violenza impropria”*.

2.1. La forma della violenza: propria ed impropria

Rispetto all'impostazione originaria, si riscontra che, nel tempo, l'elemento corporeo della *vis* è stato gradualmente stemperato dal formante dottrinale e da quello giurisprudenziale. Mentre, in un primo momento, è stato ritenuto sufficiente l'impiego di energia fisica, a prescindere dal grado d'intensità impiegato³⁴⁵, in seguito, si è giunti a valutare soltanto l'effetto costringente della condotta, tanto da ritenere quest'ultima integrata da ogni mezzo capace di privare coattivamente la vittima della libertà di autodeterminazione³⁴⁶.

Accanto alla violenza propria, consistente nel ricorso all'energia fisica, nell'elaborazione dogmatica³⁴⁷ è stata enucleata la figura della violenza cosiddetta impropria, comprensiva di ogni altro mezzo, esclusa la minaccia, capace di indurre lo stesso risultato di coazione nei confronti del soggetto passivo³⁴⁸.

A favore di quest'ultima nozione di violenza³⁴⁹, depongono alcuni dati testuali, tra cui, *in primis*, l'art. 613 c.p., il quale fa rientrare, nella concezione di violenza, la suggestione ipnotica o in veglia nonché la somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti e, più in

³⁴⁵ In questo senso, *ex multis*, di recente, Cass. pen., Sez. II, 17 maggio 2010, n. 18551.

³⁴⁶ In senso critico rispetto a quest'ultima ricostruzione si pone DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, cit., 893.

³⁴⁷ PECORARO ALBANI A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, cit., 18-19, evidenzia che “non è il concetto di energia, di forza, in sé, quello che va posto in rilievo, potendosi anche configurare casi di violenza che non richiedono affatto uno sforzo, una forza preponderante”.

³⁴⁸ Su questa distinzione e sulla dilatazione del concetto di violenza, nella manualistica, v. per tutti COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 345.

³⁴⁹ Nella letteratura tedesca, sull'argomento che la violenza fisica non è in grado di comprendere tutti le ipotesi di violenza, BLEI H., *Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff*, in *NJW*, 1954, 582 ss. nonché, BUSSE V., *Nötigung im Straßenverkehr*, Neuwied-Berlin, 1968, 94 ss.

generale, qualsiasi altro mezzo che procuri lo stato di incapacità della vittima³⁵⁰.

In secondo luogo, si rileva che alcune disposizioni del codice penale e, segnatamente, gli artt. 628, comma III, n. 2, nonché 629, comma II, prevedono, rispettivamente, l'aggravamento dei delitti di rapina ed estorsione, allorquando la violenza sia consistita nel porre il soggetto in stato di incapacità di intendere e di volere.

Con la motivazione che i concetti posti dai predetti richiami normativi non esauriscano la loro portata nelle norme stesse in cui contemplati, ma esprimano invece un significato generale³⁵¹, è stata ricostruita una nozione lata di violenza *ex art. 610 c.p.*³⁵², al fine di ampliare la tutela della libertà morale³⁵³.

³⁵⁰ Tale richiamo normativo qualifica come violenti tali mezzi, che, senza il consenso del soggetto passivo, lo riducono in stato d'incapacità di intendere o di volere. Sul punto, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 139. Non rileva invece l'inganno perpetrato nei confronti della vittima, la quale non subisce una costrizione della volontà, bensì agisce liberamente ma convinta da falsi presupposti creduti veri. MAZZI G., *sub art. 610*, in LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna*, cit., 543.

³⁵¹ Nella dottrina tedesca, per JAKOBS G., *Nötigung durch Gewalt*, in *Gedächtnisschrift für H. Kaufmann*, Berlin-New York, 1986, 791 ss., spec. 809, la violenza si traduce nella violazione dei diritti garantiti e viene ricompresa nella categoria delle forme di manipolazione dell'altrui comportamento. In questa linea si pone anche il suo allievo, TIMPE G., *Die Nötigung*, Berlin, 1989, 59 ss., spec. 133 e 171. Per un'una posizione diversa, v. invece, CALLIESS R.P., *Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände*, Tübingen, 1974, 31 ss., che tuttavia accoglie una definizione ampia di violenza.

³⁵² I casi pratici più significativi di violenza impropria sono quelli di cosiddetto picchettaggio, ove il comportamento passivo dell'agente impedisce l'accesso al luogo di lavoro, costringendo in tal modo la vittima ad adeguarsi alla volontà dei manifestanti. V. per tutti PULITANO' D., *Picchettaggio e categorie penalistiche: per una riconsiderazione del reato di violenza privata*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, 351 ss., spec. 354.

³⁵³ Impostazione accolta anche in giurisprudenza, tra cui, di recente, Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2007, in *G. dir.*, 2007, n. 18, 97 ss.; nonché, in tema di parcheggio irregolare, Cass. pen., Sez. V, 17 maggio 2006, n. 16571, secondo la quale, "il requisito della violenza, ai fini della configurabilità del delitto, si identifica con qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente della libertà di determinazione e di azione l'offeso, il quale sia, pertanto, costretto a fare, tollerare o omettere qualcosa contro la propria volontà".

Ciononostante, in dottrina è in atto una revisione in senso critico dell'anzidetta nozione di violenza³⁵⁴, la quale viene ritenuta eccessivamente dematerializzata e dilatata rispetto all'accezione originaria³⁵⁵. In particolare, essa sarebbe in contrasto con i principi di riserva di legge e di tassatività³⁵⁶.

In proposito, si contesta che le predette disposizioni possano costituire un valido sostegno normativo, in quanto non hanno portata generale o definitoria e sono interpretabili in senso opposto a quello proposto dalla dottrina tradizionale³⁵⁷.

Sul punto, si rileva che l'orientamento dominante, suggerendo di riconoscere la violenza in base alla costrizione derivatane, scambia la causa, *id est* la condotta violenta, con l'effetto, ossia il costringimento, assorbendo in tale modo la minaccia nell'area della violenza³⁵⁸.

Un'ulteriore critica si pone per il fatto che, se la nozione di violenza impropria si traduce nell'effetto della costrizione, il delitto di

³⁵⁴ In letteratura, si insiste sulla rimaterializzazione del delitto di cui all'art. 610 c.p. soprattutto per l'elemento costitutivo della violenza fisica. MONACO L., *sub* art. 610, in CRESPI A., STELLA F., ZUCCALA' G., *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Padova, 2003, 2010 ss., spec. sul punto 2012.

³⁵⁵ Tale operazione di revisione critica, che tenta di recuperare l'effetto fisico, cosiddetto *Körperliche Einwirkung*, è ormai in atto anche nella letteratura tedesca. Per un quadro delle varie posizioni, ESER A., *Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a*, in SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXV ed., München, 1997, 1658. In Italia, per una panoramica dei diversi orientamenti, COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 345.

³⁵⁶ Cfr. DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, cit., 897.

³⁵⁷ In questo senso critico rispetto alla nozione di violenza impropria MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 934 ss., spec. 936 ss.

³⁵⁸ E, di conseguenza, annullando la possibilità di distinguere la violenza dall'inganno. L'obiezione è di DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, cit., 896, nota 138. Ma v. anche MINNELLA M., voce *Violenza privata*, cit., 4, che, in punto di distinzione tra violenza e minaccia, precisa che "la violenza determina, per il soggetto passivo, un pregiudizio fisico immediato, essendo quindi un male in atto, mentre la minaccia consiste in un'intimidazione, che agisce non sul piano fisico del soggetto ma su quello psichico, attraverso la rappresentazione di un male futuro".

cui all'art. 610 c.p. diviene a forma libera e viene trascurata la funzione di delimitazione dell'area del penalmente rilevante che il legislatore ha assegnato alla violenza³⁵⁹. Nonostante tali rilievi critici, in letteratura è stata formulata un'alternativa tra la recente nozione dematerializzata di violenza e quella fisica originaria. Questo interessante approdo dottrinale sostiene una concezione normativizzata di violenza, per cui essa viene intesa come una modalità anomala di costrizione³⁶⁰, socialmente inadeguata rispetto al contesto³⁶¹, permettendo di cogliere la relazione mezzo-scopo, in un misto tra la nozione "materiale" e quella "spiritualizzata" di violenza.

2.2. Violenza impropria e intervento medico non consentito

Con specifico riferimento all'ambito medico, anche se, sul versante dottrinale, da taluno³⁶² è stata avvertita e segnalata l'opportunità di

³⁵⁹ La recente letteratura auspica una riforma legislativa in grado non solo di fornire chiarezza alla nozione di violenza, ma anche di articolarla in modo tale da ricomprendere i vari profili che emergono dalle norme in vigore. VIGANO' F., *La tutela penale della libertà individuale*, I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 161, e spec. 284-287.

³⁶⁰ V. in proposito, PULITANO' D., *Picchettaggio e categorie penalistiche: per una riconsiderazione del reato di violenza privata*, cit., 375. In senso contrario a tale formulazione di violenza si pone DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, cit., 897, spec. nota 152. Critico anche MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 623, che obietta che una simile concezione ha "condotto nell'alveo della violenza, sempre più normativizzato, ogni mezzo, predisposto dall'agente, suscettivo di privare coattivamente il soggetto passivo della capacità di autodeterminarsi e di agire secondo la propria volontà indipendente, sino al punto di rendere irricognoscibile il discrimine tra violenza e minaccia".

³⁶¹ Sul terreno della tipicità, tale concetto normativizzato di violenza dovrebbe esercitare un ruolo analogo a quello svolto dalla "clausola di riprovevolezza", cosiddetta *Verwerflichkeitsklausel*, di cui al § 240, II StGB. Cfr. MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, cit., 266, che si pone in senso critico rispetto al punto di partenza da cui valutare la condotta – *id est* l'antisocialità ovvero insopportabilità sociale – della condotta violenta.

³⁶² Cfr. IADECOLA G., *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in IADECOLA G., BONA M., *La responsabilità dei medici e*

soffermarsi sul profilo della violenza impropria³⁶³, tale punto non è stato approfondito³⁶⁴, anche considerato che l'orientamento che fonda la responsabilità penale del medico ai sensi dell'art. 610 c.p. richiama la forma della violenza propria³⁶⁵.

Al contrario, per quanto riguarda la violenza cosiddetta impropria, secondo autorevole parte della dottrina penalistica, occorre riferirsi ad un concetto normativizzato, nel senso che la violenza è realizzata sulla base di un'anomala modalità di costrizione, che deve risultare socialmente inadeguata rispetto al contesto³⁶⁶. Preliminarmente, pertanto, occorre esaminare l'ambito in cui deve essere valutato l'intervento medico difforme da quello consentito³⁶⁷.

Nello specifico settore sanitario, la regola del consenso informato, che ha matrice costituzionale nel combinato disposto degli artt. 13 e

delle strutture sanitarie. Profili penale e civili, cit., 31, ove testualmente si legge: “[...] a riguardo rimanendo da esplorare la configurabilità del reato di violenza privata (ex art. 610 c.p.) con l'approfondimento della questione della ravvisabilità della cd. violenza impropria nella condotta del medico”. Per le medesime riflessioni v. anche FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 211.

³⁶³ V. in proposito CANESTRARI S., FANTINI M.P., *La gestione del rischio in medicina*, cit., 61, nota 183, pur ritenendo di difficile configurabilità il delitto di cui all'art. 610 c.p. sulla base di una nozione di violenza cosiddetta propria, riconoscono che una diversa conclusione potrebbe essere raggiunta riferendosi alla violenza impropria.

³⁶⁴ Sulla violenza, VIARO R., voce *Violenza o minaccia*, cit., 969, evidenzia che il criterio della sua valutazione è quello della idoneità dei mezzi, intesa come capacità di produrre l'evento e “questo non solo in senso oggettivo ma anche soggettivo in rapporto alle condizioni fisiche e psichiche del soggetto passivo”. V. sul punto anche MAGGIORE G., *Diritto penale*, Vol. II, *Parte speciale*, Tomo II, IV ed., Bologna, 1961, 873.

³⁶⁵ V. per tutti, MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario “arbitrario”*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 623, per cui “residua la possibilità di incriminare, ex art. 610 c.p., il trattamento chirurgico arbitrario, senza peraltro la necessità di ricorrere alla nozione di violenza impropria”. Critico sulla forma della violenza impropria in ambito medico-chirurgico anche, MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 934 ss.

³⁶⁶ V. in proposito, PULITANO' D., *Picchettaggio e categorie penalistiche: per una riconsiderazione del reato di violenza privata*, cit., 375.

³⁶⁷ In punto di violenza impropria VERGALLO G.M., *Il rapporto medico-paziente: consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, 218.

32 Cost., sancisce il diritto del paziente a ricevere adeguate informazioni dal medico, in modo da poter esprimere una propria consapevole volontà rispetto alle cure³⁶⁸. Ciò posto, per fondare la legittimità dell'atto medico, si rende necessario il consenso del malato, dal momento che in tal modo si verifica la coincidenza della concezione soggettiva ed oggettiva di salute, e considerato che la scienza non è un formante esclusivo³⁶⁹.

Di conseguenza, si potrebbe sostenere che l'esecuzione di un intervento non urgente e non necessario, allorquando difforme da quanto pattuito, costituisce un mezzo anomalo di costrizione morale del malato incosciente³⁷⁰. Il paziente, per le condizioni d'incoscienza in cui versa, infatti, non risulta in grado di esprimere alcuna volontà ovvero apprezzare le possibili alternative di cura³⁷¹.

³⁶⁸ Al riguardo, diffusamente, PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., 23.

³⁶⁹ Dal momento che la nostra è una società democratica e non tecnocratica. Cfr. RIONDATO S., *Introduzione ai profili penalistici della responsabilità in ambito medico-chirurgico*, in BELVEDERE A., RIONDATO S. (a cura di), *Le responsabilità in medicina. Trattato di biodiritto*, cit., 36. Nella stessa direzione, già BARNI M., *Lo scopo della bioetica*, in AMMIRATI D. (a cura di), *La responsabilità penale del medico. Il nuovo corso introdotto dalla Suprema Corte*, Padova, 2004, 167 ss. Così anche, PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 396. Collegato, ABBAGNANO TRIONE A., *Contributo allo studio sul fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. pen.*, 297 ss., che segnala il carattere congetturale della medicina, evidenziando la collocazione nell'alveo delle "arti" anziché in quello delle "scienze".

³⁷⁰ In senso contrario, LOZZI G., *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 611 ss., spec. 614, ove esclude che l'intervento medico arbitrario possa integrare il delitto previsto e punito dall'art. 610 c.p., per la "difficoltà di configurare una forma di violenza, sia pur impropria nella condotta del medico".

³⁷¹ Intendere la nozione di violenza in senso lato valorizza la funzione preventiva della legge penale. Così, una condotta che impedisce al paziente la formazione di una volontà cosciente circa le scelte di cura della propria salute, può essere intesa come una costrizione. PASSACANTANDO G., *Il consenso e i suoi riflessi sulla responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 795 ss. In

In questo contesto³⁷², si potrebbe sostenere che la prestazione medica eseguita in difformità rispetto a quanto preventivamente pattuito con il paziente e, dunque, senza rispettare la sua volontà, all'interno di un ambito in cui viceversa tale volontà ha un rilievo fondamentale³⁷³, risulta lesiva della libertà morale della persona umana³⁷⁴.

Altrimenti ragionando, esulerebbero dal piano penale tali condotte per il solo fatto di perseguire e raggiungere obiettivi terapeutici che il chirurgo, nel rispetto delle *leges artis*, ha ritenuto importanti ed utili per la salvaguardia della salute del paziente³⁷⁵. La finalità terapeutica, in realtà, autorizza il medico ad intervenire sul corpo del malato sempre che sussista il presupposto indefettibile del consenso

sensu critico, MONTANARI VERGALLO G., FRATI P., ZAMPI M., DI LUCA N.M., *La responsabilità penale per trattamento chirurgico arbitrario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 21 ss., sul punto, 35-36, accolgono invece le riflessioni di Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437.

³⁷² Sulle scelte del paziente, FUCCI S., BARNI M., TURILLAZZI E., *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener "ambo le chiavi del cor" della Suprema Corte*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 262 ss., spec. 268, ove si precisa "Non si vuole sostenere che si debba, necessariamente e sempre perseguire, sul piano penale, il medico che agisca senza avere previamente ottenuto il "consenso informato" dell'interessato. Tuttavia appare in contrasto con il rilievo costituzionale attribuito al diritto di scelta del paziente il ritenere che quando l'esito della terapia è stato "fausto" perché sono migliorate le condizioni di salute della persona, esuli da ogni rilievo penale il comportamento del sanitario, il quale – pur potendo informare correttamente la paziente ed acquisire le sue scelte in merito alle modalità di tutela della sua salute – decida in via autonoma: ad esempio, asportando chirurgicamente una forma tumorale attraverso una operazione di salpingectomia non consentita, che può incidere negativamente non solo sulla capacità riproduttiva della donna, ma anche sulla possibilità di effettuare quelle scelte "esistenziali" che competono esclusivamente alla persona interessata".

³⁷³ Così, FUCCI S., BARNI M., TURILLAZZI E., *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener "ambo le chiavi del cor" della Suprema Corte*, cit., 268, che si sofferma però sulla configurabilità del delitto di lesioni personali.

³⁷⁴ In merito, IADECOLA G., *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 31.

³⁷⁵ V. le critiche a simili conclusioni di FUCCI S., BARNI M., TURILLAZZI E., *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener "ambo le chiavi del cor" della Suprema Corte*, cit., 269.

informato³⁷⁶, altrimenti attribuendosi al primo un potere che compete invece al legislatore quando introduce nell'ordinamento un trattamento sanitario obbligatorio³⁷⁷.

Sulla base di queste riflessioni, l'operazione sanitaria in sé, secondo una certa parte della dottrina, può essere considerata come un atto di violenza³⁷⁸, dal momento che essa concreta un intervento non consentito sul corpo del paziente³⁷⁹, e possiede una sua intrinseca valenza di *vis*³⁸⁰.

Di recente, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità giunge ad escludere il delitto di cui all'art. 610 c.p., dal momento che il medico

³⁷⁶ In proposito non rileva la figura del consenso presunto, in quanto la volontà del paziente viene ricostruita solo in via ipotetica e non è effettiva. Al contrario, favorevole all'operatività dell'istituto del consenso presunto Sull'operatività del consenso presunto RAMACCI F., *Stato giuridico del medico e garanzie del malato*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1707 ss., spec. sul punto 1713-1714, che evidenzia il principio di beneficenza o di beneficalità. Favorevole anche PEDRAZZI C., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 144.

³⁷⁷ L'osservazione è di FUCCI S., BARNI M., TURILLAZZI E., *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener "ambo le chiavi del cor" della Suprema Corte*, cit., 270.

³⁷⁸ Nella letteratura tedesca, sulla violenza intesa come "intervento fisico" sulla vittima che non può resistervi, ovvero che può farlo, ma in modo a lei inesigibile, cfr. OTTO H., *Grundkurs Strafrecht*, IV Auf., B.T., Berlin-New York, 1995, 90 ss.

³⁷⁹ Significative le riflessioni di MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, cit., 267, propone di abbandonare una nozione unitaria di violenza ma anche alternativa, innanzi al problema se considerarla in termini di estrinsecazione di forza fisica o come invece effetto di costrizione. In particolare, accoglie una "nozione, per così dire, "articolata" o "bidimensionale" di violenza, che abbracci in una definizione comprensiva i due momenti [...] è, in sostanza, necessaria la presenza cumulativa di entrambi i presupposti. La presenza aggressiva fisica preserva il principio di determinatezza della fattispecie consentendo di selezionare le condotte violente, l'effetto costrittivo tutela il principio di sufficiente lesività dell'illecito ancorando la punibilità alla verifica di fatti seriamente offensivi della libertà morale".

³⁸⁰ Così, anche VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, cit., 1811 ss., spec. 1814, che tuttavia esclude il reato di cui all'art. 610 c.p., in considerazione del fatto che la violenza viene utilizzato come mezzo per costringere la vittima a qualcosa di diverso e ritiene invece configurabile il delitto di cui all'art. 582 c.p. V. in proposito, ID., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, cit., 145 ss., e spec. sul punto 164 ss.

che approfitta della condizione di anestetizzato del paziente non realizza una violenza, ma un abuso delle sue condizioni di inferiorità.

Al riguardo si argomenta che il legislatore ha dovuto introdurre, nella fattispecie strutturalmente omologa dell'art. 609 *bis* c.p., un'espressa equiparazione tra l'ipotesi del costringimento³⁸¹, con violenza o minaccia, a subire atti sessuali, e quella del compimento dell'atto sessuale abusando delle condizioni d'inferiorità della vittima. Da ciò la giurisprudenza deduce che si è resa necessaria un'apposita disposizione per equiparare delle condotte tra loro non sovrapponibili, così da escludere che l'approfittamento della condizione di incapacità possa equivalere ad un fatto di per sé integrante violenza³⁸².

3. La costrizione a tollerare

Dall'art. 610 c.p. si evince che i diversi tipi di condotta che il soggetto passivo deve tenere, in conseguenza della violenza o minaccia subita, possono essere attive, nell'ipotesi del "fare"³⁸³, ovvero omissive, allorché versi nell'"omettere"³⁸⁴ o nel "tollerare".

³⁸¹ Non può non rinviarsi in proposito a PULITANO' D., voce *Costringimento fisico e psichico*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 209 ss.

³⁸² Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, per cui "in riferimento alla fattispecie, strutturalmente "omologa", dettata dall'art. 609 *bis* cod. pen. In essa, infatti, il legislatore ha ritenuto di introdurre una espressa equiparazione normativa tra l'ipotesi di costringimento, con violenza e minaccia, a subire atti sessuali, e l'ipotesi del compimento dell'atto sessuale "abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa": eventualità, quest'ultima, che certamente si realizza anche nell'ipotesi in cui la vittima sia – come nel caso di paziente anestetizzato – in condizioni di totale incoscienza".

³⁸³ In letteratura, il "fare" viene inteso in senso ampio, tanto da comprendere ogni comportamento attivo. V. per tutti, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 182.

³⁸⁴ Specularmente all'ampia lettura offerta dalla dottrina circa il termine "fare", l'omissione viene riferita a qualsiasi condotta che la vittima avrebbe tenuto allorché avesse potuto determinarsi liberamente. In proposito, nella manualistica, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 302.

Circa quest'ultima modalità, mentre la dottrina più risalente la intende nel senso di lasciare che l'agente tenga un certo comportamento, non impedito e nemmeno ostacolato dal soggetto passivo³⁸⁵, quella più recente ritiene che viene tollerato anche quel comportamento che risulta difforme rispetto a quanto pattuito con la vittima³⁸⁶. In questa direzione, il "tollerare" individua una particolare forma di condotta omissiva e permette di evitare la sostanziale identificazione tra il comportamento tollerato e quello omissivo.

Sulla base di quest'ultima e diversa interpretazione del verbo tollerare³⁸⁷, si evince che tale termine non significa soltanto sopportare un altrui comportamento non voluto, omettendo di opporvi resistenza, ma anche permettere, dopo che sia stato pattuito con l'agente un determinato comportamento, una condotta altrui difforme rispetto a quella originariamente consentita³⁸⁸.

³⁸⁵ Circa questo risalente orientamento, MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, cit., 779, nota 17.

³⁸⁶ Tale opinione è sostenuta da MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 949. Con la precisazione che, ad ogni modo, l'azione o l'omissione devono essere determinate, dal momento che la *littera legis* dell'art. 610 c.p. si riferisce a "qualche cosa" e, pertanto, se manca questa determinatezza, sussisteranno eventualmente i reati di minaccia, molestie, ingiuria, ma non quello di violenza privata. In merito, nella recente giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. V, 18 aprile 2000, n. 2480. Su quest'ultima pronuncia e per un'ampia disamina della violenza privata alla luce della recente giurisprudenza, FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 286.

³⁸⁷ E' interessante notare che, a livello lessicale, un autorevole vocabolario della lingua italiana, ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, Ed. min., Bologna, 1973, 1119-1120, tra i molteplici significati del termine, definisce "tollerare" anzitutto come "Sopportare con pazienza e senza lamentarsene cose spiacevoli o dolorose", ma anche nel senso di "Ammettere idee, convinzioni, opinioni contrarie alle proprie".

³⁸⁸ MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 949, pone, come ipotesi paradigmatica, quella dell'esecuzione di un intervento medico-chirurgico difforme da quello consentito su paziente in stato di incoscienza. Sulla questione, MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, cit., 276, preferisce intendere il "tollerare" come specie dell'omissione come condotta difensiva contro l'azione violenta dell'agente.

Ciò posto, in ambito medico, il trattamento diverso rispetto a quello concordato con il soggetto sottoposto alle cure, si pone contro, e comunque oltre, la volontà dello stesso e, pertanto, la condotta del sanitario risulta illecita a prescindere dall'esito³⁸⁹. Nell'ipotesi in cui il paziente versi in stato di incoscienza, secondo una parte della dottrina, quest'ultimo è costretto a tollerare un intervento non voluto, dal momento che è obbligato a soggiacere ad un comportamento non autorizzato poiché diverso da quello preventivamente oggetto di consenso³⁹⁰.

In tale caso, secondo questa impostazione, la condotta del medico integra una *vis absoluta*³⁹¹, dal momento che il soggetto passivo si riduce a strumento dell'altrui volontà³⁹².

4. L'evento della costrizione

Il reato di violenza privata, come noto, è un delitto di danno con evento naturalistico³⁹³, il quale discende dal comportamento, di violenza o minaccia, con cui si attua la costrizione della vittima. Si definisce reato ad evento duplice³⁹⁴, in quanto dalla condotta dell'agente derivano due progressivi effetti, *id est*, in primo luogo, la

³⁸⁹ Sul punto, MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 950.

³⁹⁰ In questi termini, MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 952. In senso contrario, MONTANARI VERGALLO G., FRATI P., ZAMPI M., DI LUCA N.M., *La responsabilità penale per trattamento chirurgico arbitrario*, cit., 35.

³⁹¹ Di questa opinione, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 476.

³⁹² Nella manualistica, sulla distinzione tra coazione assoluta e quella relativa, v. per tutti COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 341. Sul punto, MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, cit., 273.

³⁹³ MAGGIORE G., *Diritto penale*, cit., 874.

³⁹⁴ Sul punto, v. per tutti nella manualistica COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 342.

coazione e, conseguentemente, il comportamento tenuto, omesso o tollerato dalla vittima³⁹⁵.

In ambito sanitario, occorre premettere che l'orientamento posto dalle Sezioni Unite esclude la configurabilità dell'art. 610 c.p. allorché il medico esegua, su un paziente in stato di incoscienza, un intervento diverso da quello consentito, in ragione della coincidenza tra l'elemento della violenza e l'evento, entrambi consistenti nell'operazione arbitraria³⁹⁶. Inoltre, si argomenta, in tale specifica ipotesi difetterebbe un reale contrasto tra la volontà dell'autore e quella della vittima, non essendo stato espresso alcun dissenso da parte di quest'ultimo³⁹⁷.

³⁹⁵ Si tratta di un reato istantaneo che si consuma nel momento e nel luogo della condotta della vittima. Cfr. MONACO L., *sub* art. 610, in CRESPI A., STELLA F., ZUCCALA' G., *Commentario breve al codice penale*, cit., 2012.

³⁹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, che, in particolare, precisa al riguardo: *“la violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di un mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di “qualcosa” di diverso dal “fatto” in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poiché l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di “tollerare” l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di “costrizione a tollerare” rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 cod. pen.”*.

³⁹⁷ Rispetto a tale orientamento della giurisprudenza di legittimità, in senso critico, TURILLAZZI E., NERI M., RIEZZO I., *Le Sezioni Unite ed il consenso informato: una decisione tra miti e misteri disquisendo tra esito fausto (del trattamento) e malattia, indizi preziosi (ma non risolutivi) tra le pieghe delle frasi*, cit., 1086 ss., spec. 1099, in punto di conclusioni, precisano che *“la sentenza, nella sua struttura argomentativa, tradisca una evidente adesione ad una visione della medicina in cui si legittima l'intervento del medico, anche se non consentito dal paziente in quanto teso, pur sempre, all'interesse del paziente stesso; una visione della medicina fondata, in altri termini, su un'exasperata strumentalizzazione della necessità clinica e sulla presunzione del consenso del paziente a perseguire interessi e diversi ed ultronei rispetto a quelli di tutela della libertà e della autodeterminazione di quest'ultimo”*.

Al tempo stesso, secondo l'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte³⁹⁸, il delitto in questione risulterebbe configurabile nella differente ipotesi di dissenso manifestato dal paziente avverso l'intervento³⁹⁹.

In particolare, il problema più spinoso che si pone è che la violenza deve atteggiarsi alla stregua di un mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore⁴⁰⁰, ossia un "qualcosa" di diverso dal fatto in cui si esprime la violenza⁴⁰¹.

5. Il ruolo del dissenso nella violenza privata

In ambito medico-chirurgico, il caso più problematico si configura quando il sanitario ottiene dal paziente il consenso informato ad un determinato intervento e, mentre quest'ultimo si trova in stato di incoscienza, procede ad eseguirne uno differente, in assenza di alcuna causa di giustificazione. Ci si domanda se il chirurgo compia nei

³⁹⁸ Cfr. la stessa Cass. pen., sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, di cui l'inciso "*senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo*", induce a ritenere che la Corte di Cassazione configurerebbe in un caso simile il delitto di cui all'art. 610 c.p.

³⁹⁹ In tale direzione, Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446.

⁴⁰⁰ Pertanto, per la consumazione del delitto di violenza privata, è necessario che la vittima sia costretta a tenere un comportamento che dalla stessa si pretendeva, nel senso di "*contegno esterno della vittima diverso da quello che questa avrebbe, se moralmente libera, tenuto*". Cfr. VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1629 ss., spec. sul punto 1652.

⁴⁰¹ Mentre nell'art. 154 del codice penale Zanardelli, reato di pericolo, non si richiedeva la realizzazione dell'effetto costrittivo, nell'art. 610 del codice penale Rocco, reato d'evento, è necessaria l'offesa al bene giuridico della libertà di autodeterminazione e d'azione. Cfr. MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, cit., 275, e, in punto di rapporto di causalità, 276, ove si precisa che tra i mezzi coercitivi dell'agente e l'evento di costrizione deve sussistere un nesso causale per cui il comportamento della vittima deve essere la specifica nonché immediata conseguenza dei mezzi impiegati.

confronti del malato una “violenza”, con l’effetto di costringerlo a tollerare l’intervento medico.

In letteratura, al riguardo, si sostiene che la violenza è ammissibile anche nei confronti di soggetti incapaci, in quanto nell’art. 610 c.p. – al contrario del precedente art. 154 del codice penale Zanardelli – tale elemento non è più collegato alla perturbazione dell’altrui libera formazione del volere, bensì piuttosto ad un comportamento concreto non voluto dalla vittima, sia esso un’azione, tolleranza od omissione⁴⁰².

Mentre nella violenza usata per costringere a fare qualcosa risulta difficile pensare di poter prescindere dalla consapevolezza della vittima⁴⁰³, ciò non vale per la costrizione a tollerare od omettere, poiché non è richiesto al soggetto passivo di fare alcunché e, dunque, non si rende necessaria alcuna mediazione intellettuale.

In altri termini, mentre, nel primo caso, il soggetto costretto deve conoscere il contenuto del *facere*, in modo da adeguarsi a quanto richiesto – e quindi si richiede una mediazione dell’intelletto – nel secondo caso, la costrizione potrà prescindere dalla consapevolezza della vittima⁴⁰⁴.

Alla luce di quanto precisato, il termine “tollerare” non viene inteso soggettivamente, bensì oggettivamente, nel senso di soggiacere ad un

⁴⁰² In questi termini, MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 950.

⁴⁰³ Dal momento che, in tale ipotesi, la violenza in tanto può operare come mezzo di costrizione in quanto sia conosciuta e valutata dalla vittima al momento della decisione. In questo senso, DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, cit., 908, nota 275.

⁴⁰⁴ Così, DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, cit., 908.

comportamento diverso da quello preventivamente pattuito, in quanto non autorizzato⁴⁰⁵.

Pertanto, considerato che, per produrre i suoi effetti, la violenza non richiede alcuna mediazione intellettuale da parte di chi la subisce, essa può sussistere anche nei confronti di un soggetto incapace di dissentire⁴⁰⁶.

Diversamente ragionando, si evidenzia, si creerebbero pericolosi vuoti di tutela, in quanto si finirebbe per non fornire alcuna protezione ai soggetti più deboli, quali sono gli incapaci di dissentire, in violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*⁴⁰⁷.

Tuttavia, non può giustificarsi una differenziazione di tutela penale, rispetto ad un interesse costituzionalmente garantito, sulla base della sola incapacità di poterlo apprezzare da parte del titolare. Il bene giuridico viene tutelato allo stesso modo in ciascuna persona della società, senza che rilevi che essa sia capace di fruirne⁴⁰⁸.

Anzi, in considerazione della delicata condizione in cui versano i soggetti incapaci, si impone una tutela più incisiva, dal momento che

⁴⁰⁵ MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 951.

⁴⁰⁶ In merito, VIARO R., voce *Violenza e minaccia*, cit., 971, mette in risalto che “*E’ irrilevante riguardo al paziente del delitto in esame che esso goda o meno la sua ordinaria capacità del volere poiché la “tutela giuridica ha per oggetto non il volere giuridicamente responsabile, bensì la manifestazione della volontà in modo che non sia impedita da terzi”. La questione della capacità o dell’incapacità psichica, propria della teoria generale del delitto, resta pertanto estranea rispetto al delitto in esame*”. Su questo punto, FLORIAN E., *Dei delitti contro la libertà individuale*, cit., 364.

⁴⁰⁷ Nella manualistica, COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 339.

⁴⁰⁸ In dottrina si rileva che, collegare l’esistenza del reato, inteso come lesione di un bene giuridico, alla percezione dell’offesa che ne abbia il titolare del bene coinvolto, si pone in contrasto con le acquisizioni cui è pervenuta la teoria del bene giuridico. Quest’ultimo si connota per la sua dimensione oggettiva, da cui si ricava che la sua esistenza, così come la sua offesa in cui si concreta il reato, non dipendono dalle valutazioni del titolare. Cfr. MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 946.

altrimenti finirebbero per diventare *longae manus* a disposizione dei soggetti che intendano condurli a fare, tollerare od omettere ciò che vogliono, ai quali verrebbe riconosciuto un potere di supremazia in danno a coloro che ne sono privi⁴⁰⁹.

6. L'elemento soggettivo

Il dolo richiesto dall'art. 610 c.p.⁴¹⁰, secondo la tesi prevalente sia in dottrina⁴¹¹ che in giurisprudenza⁴¹², è quello generico⁴¹³, costituito dalla coscienza e volontà di costringere taluno, con violenza o minaccia, a fare, tollerare od omettere qualche cosa⁴¹⁴. Al riguardo, non assume rilievo il fine per cui agisce l'agente⁴¹⁵ e nemmeno è richiesto un fine illecito⁴¹⁶.

⁴⁰⁹ In questi termini MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 947, che mette in evidenza “*a chi, come ad esempio, l'infermo di mente, si trovi, a cagione del proprio stato, nell'incapacità di dissentire, potrebbe essere imposto con la forza di tenere qualsivoglia comportamento stabilito dai soggetti che, di volta in volta, su di lui esercitano (arbitrariamente) la propria signoria, senza che, a carico di questi ultimi, possa sorgere responsabilità penale alcuna*”.

⁴¹⁰ In merito, RAMAJOLI ., *Appunti sull'elemento psichico del reato di violenza privata*, in *Arch. pen.*, 1960, II, 149 ss.

⁴¹¹ Cfr. PISAPIA D., *Considerazioni sul dolo nel reato di violenza privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 150 ss. Nella manualistica, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 146.

⁴¹² Per un quadro dottrinale e giurisprudenziale, GIANESINI M., *sub art. 610*, in RONCO M., ARDIZZONE S., *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2007, 2733 ss., spec. 2736. Sul punto, volendo, ORFINO G., *Reati comuni. Questioni processuali*, Milano, 2007, 349.

⁴¹³ Su questa forma di dolo, v. per tutti FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 332-333.

⁴¹⁴ Nella manualistica, COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 339.

⁴¹⁵ E, altrettanto, sono irrilevanti i motivi. Cfr. MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 280.

⁴¹⁶ Cfr. MINNELLA M., voce *Violenza privata*, cit., 8.

Al contrario, un indirizzo interpretativo minoritario configura il dolo specifico⁴¹⁷ sostenendo che, accanto alla coscienza e volontà di coartazione, debba anche sussistere la finalità di ottenere un determinato comportamento della vittima⁴¹⁸. Tuttavia, si obietta che, ove, nelle fattispecie a dolo specifico, il fine verso il quale deve proiettarsi la volontà dell'agente si colloca al di là del fatto materiale tipico⁴¹⁹, invece, nell'ipotesi di cui all'art. 610 c.p., il conseguimento del fine integra il momento consumativo del reato e, come tale, non si pone oltre il fatto materiale tipico⁴²⁰.

Ciò premesso, in punto di coefficiente psicologico⁴²¹, in capo al medico che agisce in assenza di consenso nei confronti di un soggetto anestetizzato ovvero contro il suo rifiuto, si rinviene la coscienza di coartare la volontà altrui⁴²². In tale ipotesi, sussiste il dolo richiesto dall'art. 610 c.p., dal momento che nel fuoco di rappresentazione e volizione dello stesso si colloca l'imposizione al malato di un

⁴¹⁷ Per un quadro di entrambi gli orientamenti sul tipo di dolo, VIARO R., voce *Violenza e minaccia*, cit., 970.

⁴¹⁸ Cfr. MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, cit., 787-788.

⁴¹⁹ Onde il suo conseguimento non è richiesto per la consumazione del reato. Cfr. MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 952.

⁴²⁰ Tale profilo distingue la fattispecie di cui all'art. 610 del Codice penale Rocco da quella corrispondente prevista all'art. 154 del precedente Codice penale Zanardelli.

⁴²¹ La necessità di soffermarsi a valutare il profilo del dolo di cui all'art. 610 c.p. è stata evidenziata sul versante dottrinale: IADECOLA G., *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in IADECOLA G., BONA M., *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penale e civili*, cit., 31, infatti, pone il problema: "rimanendo da esplorare la configurabilità del reato di violenza privata (ex art. 610 c.p.) con l'approfondimento della [...] verifica dello stesso profilo del dolo (ferma restando la rilevanza penale del fatto, secondo i canoni classici della responsabilità professionale colposa, in caso di esito lesivo della prestazione non sostenuta da seria e reale indicazione terapeutica o eseguita senza il rispetto delle regole cautelari comprese quelle proprie dell'arte medica)".

⁴²² Così, MARRA G., *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente in tema di attività medico-chirurgica*, cit., 1957, precisa che ciò si verifica anche nell'ipotesi in cui il chirurgo violi la sfera di autodeterminazione del paziente sull'erroneo presupposto di essere titolare di una illimitata potestà di curare.

trattamento curativo rispetto al quale non è stato prestato alcun consenso⁴²³.

7. Il delitto di cui all'art. 613 c.p.

La tutela della libertà morale è attuata anche dalla fattispecie di cui all'art. 613 c.p., il quale protegge l'integrità, *rectius* l'inviolabilità, psichica della persona⁴²⁴. Tale richiamo normativo incrimina chiunque pone un'altra persona, senza il consenso della stessa, in stato di incapacità di intendere o di volere⁴²⁵, mediante suggestione ipnotica o in veglia ovvero mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo⁴²⁶.

Si tratta di un reato comune nonché a forma libera, dal momento che, nonostante l'elencazione legislativa, il mezzo risulta indifferente, come si evince dalla clausola di chiusura⁴²⁷.

⁴²³ Questa espressione è usata da MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario “arbitrario”*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 624 ss. V. anche ID., *Trattamento sanitario “arbitrario”: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 476. Restando invece estranea al medico la volontà di recare pregiudizio all'integrità fisica del paziente, come si esige, secondo una certa lettura, *ex art. 582 c.p.* V. al riguardo, MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, cit., 952.

⁴²⁴ Sul punto, FLICK G.M., voce *Libertà individuale (delitti contro la)*, cit., 546, che identifica l'oggetto di tutela con lo *status* di integrità psichica.

⁴²⁵ In dottrina si controverte se la nozione di incapacità sia quella di cui all'art. 85 c.p. Secondo MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, cit., 834, ai fini dell'art. 613 c.p., è necessario che la vittima sia stata posta in stato d'incapacità di intendere e di volere tale per cui, se commettesse un reato, non sarebbe punibile. Secondo MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, cit., 283, invece, lo stato di incapacità *ex art. 613 c.p.*, da intendere in senso relativo e concreto, dovrebbe restare distinto da quello assoluto ed astratto di cui all'art. 85 c.p.

⁴²⁶ La volontà del legislatore storico si pone nel senso che, sopprimendo la capacità di intendere e volere, anche solo temporaneamente, si sopprime anzitutto la libertà di autodeterminarsi liberamente. Diffusamente, MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, cit., 282-283 sulla fattispecie di cui all'art. 613 c.p.

⁴²⁷ In tale senso, nella manualistica, LUSSU E., *Stato di incapacità procurato con violenza (613)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 359 ss. All'opposto, per MEZZETTI E., voce *Violenza privata e*

Da un lato, è richiesto un presupposto positivo, costituito dalla capacità di intendere e di volere⁴²⁸ del soggetto passivo e, dall'altro, un presupposto negativo, il quale è la mancanza del consenso di quest'ultimo, a cui il secondo comma dell'art. 613 c.p. equipara quello invalidamente prestato⁴²⁹.

Il consenso deve essere personale ed esclude tale reato solo se prestato entro il limite della disponibilità relativa della libertà morale, nel senso che elide in radice il rilievo penale delle condotte a condizione che comporti uno stato di incapacità solo provvisorio⁴³⁰.

Sul versante dell'elemento soggettivo, inoltre, si precisa che il dolo è generico, per cui è richiesta la consapevolezza e volontà di porre una persona in stato d'incapacità senza il suo consenso⁴³¹.

Ciò posto, con riferimento all'ambito medico, parte della dottrina⁴³² muove dal combinato disposto degli artt. 728 e 613 c.p. ed evidenzia che la liceità dell'azione volta a porre un soggetto in stato

minaccia, cit., 283, si tratta di un reato a forma vincolata che si integra solo con le modalità contemplate dalla norma.

⁴²⁸ La quale può essere piena, parziale o ridotta, cfr. LUSSU E., *Stato di incapacità procurato con violenza (613)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 360.

⁴²⁹ Dal momento che è previsto che “*il consenso dato dalle persone indicate nell'ultimo capoverso dell'art. 579 non esclude la punibilità*”. Pertanto, si ritiene mancante il consenso prestato dal minore, da persona inferma di mente, o in stato di deficienza psichica per infermità o per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti, da persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia, suggestione o carpito con l'inganno e, si aggiunge, da persona il cui consenso sia prestato per errore. Sul punto, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 319.

⁴³⁰ Tale da non determinare una menomazione permanente dell'integrità psico-fisica. Cfr. LUSSU E., *Stato di incapacità procurato con violenza (613)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 360.

⁴³¹ Cfr. MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, cit., 283.

⁴³² MANNA A., *Trattamento sanitario “arbitrario”: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 476. In senso contrario, DEL CORSO ., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 569 ss.

di narcosi⁴³³ risulta subordinata dalla previa acquisizione del consenso dello stesso, richiedendosi altresì che non derivi pericolo per la sua incolumità.

Sulla base di tali premesse, nell'ipotesi in cui il medico decida, prima di somministrare l'anestetico al paziente, di sottoporlo ad un intervento diverso rispetto a quello consentito, un indirizzo dottrinale ritiene il sanitario punibile *ex art. 613 c.p.*, a prescindere dall'esito derivatone⁴³⁴. In tale caso, si argomenta, l'estremo della violenza si avrebbe nel fatto della cloroformizzazione⁴³⁵, dal momento che il consenso a quest'ultima non sarebbe più da ritenersi valido, poiché dato per rendere possibile un'operazione diversa da quella progettata⁴³⁶.

⁴³³ Per mera comodità di consultazione, riportiamo il dettato normativo dell'art. 728 c.p., rubricato *Trattamento idoneo a sopprimere la coscienza e volontà altrui*, che stabilisce: "*Chiunque pone taluno, col suo consenso, in stato di narcosi o d'ipnotismo, o esegue su di lui un trattamento che ne sopprima la coscienza o la volontà, è punito, se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità della persona, con l'arresto da uno a sei mesi o con l'ammenda da €30 a €516*".

Il secondo comma, inoltre stabilisce: "*Tale disposizione non si applica se il fatto è commesso, a scopo scientifico o di cura, da chi esercita una professione sanitaria*".

Su tale contravvenzione, MARINI L., *Polizia sanitaria (728/730)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 233-234; nonché, VIGNA P.L., BELLAGAMBA G., *Le contravvenzioni nel codice penale*, Milano, 1974, 238 ss. V. anche il contributo offerto da MAZZANTI M., voce *Polizia sanitaria (contravvenzioni concernenti la)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 232 ss.

⁴³⁴ L'opinione è di MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 623, che, circa l'esito derivatone, evidenzia "*esso non incidendo minimamente sul profilo inerente alla libertà di autodeterminazione del paziente*". Nel senso dell'applicabilità dell'art. 613 c.p., nella dottrina più risalente, BENINCASA M., *Liceità e fondamento dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. it.*, 1980, 733 ss.; nonché, LO MENZO G., PIRRONE V., PINTAUDI S., *Il consenso nella pratica anestesologica*, in *Giur. mer.*, 1982, 483 ss.

⁴³⁵ Su questo punto, MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1291.

⁴³⁶ Già in questo senso si orientava GRISPIGNI F., *La responsabilità penale per il trattamento medico chirurgico arbitrario*, in *Scuola Pos.*, 1914, 673 ss., il quale tuttavia scriveva sotto la vigenza del codice penale Zanardelli.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, peraltro, si precisa che, nella maggioranza dei casi pratici, il medico non decide previamente di eseguire un trattamento diverso da quello consentito, bensì decide solo in un momento successivo, ossia nel corso dello stesso, di realizzare un'operazione differente.

Vero è che se si considera l'art. 613 c.p. l'unica norma applicabile, si finisce per trovarsi innanzi ad una lacuna dell'ordinamento giuridico, dal momento che quest'ultima non comprende ogni ipotesi di trattamento medico arbitrario⁴³⁷, ma solo quello in cui si rende preventivamente necessario sopprimere la coscienza e volontà del paziente.

8. Morte o lesioni come conseguenza della violenza

Nel caso in cui, in conseguenza del trattamento medico-chirurgico non consentito, derivino lesioni o, addirittura, consegua il decesso del paziente, si ritiene⁴³⁸ che possa configurarsi una responsabilità del medico ai sensi dell'art. 586 c.p.

La suddetta previsione⁴³⁹, infatti, trova applicazione nelle ipotesi in cui l'evento morte o lesioni si profili come conseguenza non voluta

⁴³⁷ Così, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 32 ss., spec. 33-34, che, preferendo la fattispecie delittuosa di cui all'art. 613 c.p., rispetto a quello di cui all'art. 610 c.p., evidenzia che vi sono delle ipotesi di trattamento medico arbitrario non incriminabili sulla base del tessuto normativo esistente.

⁴³⁸ Di questa opinione, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 476.

⁴³⁹ Per mera comodità di consultazione riportiamo il testo di tale richiamo normativo, che, sotto la cui rubrica *legis* "Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto", stabilisce: "Quando da un fatto preveduto come delitto doloso deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona, si

derivante dalla commissione di un delitto-base doloso, consumato o tentato, al di fuori di quelli di percosse o lesioni⁴⁴⁰, dal momento che, altrimenti, sarebbe integrato l'omicidio preterintenzionale⁴⁴¹.

Circa la fattispecie in questione, come per quella dell'omicidio preterintenzionale, la *questio iuris* coinvolge il quesito se sia sufficiente un'imputazione obiettiva dell'evento non voluto, sulla base del solo nesso di causa o, piuttosto, se, nel rispetto del principio di colpevolezza *ex art. 27 Cost.*, la morte o le lesioni debbano anche costituire una conseguenza concretamente prevedibile⁴⁴².

A nostro modo di vedere, l'art. 586 c.p. deve essere interpretato nel senso che la morte o la lesione, conseguente ad un delitto doloso, debba essere ascritta all'agente soltanto se cagionate per colpa⁴⁴³, nel senso che si tratti di conseguenze concretamente prevedibili da un agente modello⁴⁴⁴, in ragione del rischio collegato alla pericolosità per

applicano le disposizioni dell'articolo 83, ma le pene stabilite negli articoli 589 e 590 sono aumentate".

⁴⁴⁰ E dei delitti dolosi in cui la morte o le lesioni non volute siano già normativamente configurate come eventi aggravatori. Nella manualistica, v. per tutti PIRAS P., *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (586)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 34 ss.

⁴⁴¹ La giurisprudenza si limita a prendere in considerazione la qualificazione del delitto doloso di base per l'applicazione dell'art. 584 c.p. ovvero 586 c.p. Per una critica circa l'applicazione di tale fattispecie delittuosa in ambito medico-chirurgico, IADECOLA G., *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. pen.*, 2002, 517 ss. Sul versante giurisprudenziale, esclude il delitto di cui all'art. 584 c.p., *ex multis*, *Cass. pen.*, 29 maggio 2002, n. 26446.

⁴⁴² Diffusamente, PIRAS P., *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (586)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 34 ss. Sul tema, v. anche ID., *Omicidio preterintenzionale (584)*, in *ivi*, 26 ss., spec. 30-31, circa i rapporti tra l'art. 584 e l'art. 586 c.p.

⁴⁴³ Cfr. MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., 219.

⁴⁴⁴ Nello stesso senso si orienta anche MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 624.

i beni della vita nonché dell'incolumità individuale, connaturata alla consumazione del *Grunddelikt*⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ In questi termini, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 476, che ritiene indispensabile che le conseguenze siano prevedibili da un agente modello "a motivo del rischio connesso".

PARTE II

**CONTRASTI SINCRONICI E DIACRONICI
NEL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE**

Capitolo I

Le prime pronunce e l'evoluzione interpretativa

SOMMARIO: **1.** Inquadramento della problematica – **2.** Il *leading case* del 1992: l'omicidio preterintenzionale – **3.** La giurisprudenza successiva e l'ipotesi di omicidio colposo – **4.** Le lesioni colpose per intervento chirurgico errato – **5.** Le lesioni personali dolose in caso di violazione del dissenso – **6.** La violenza privata in ipotesi di dissenso – **7.** L'ipotesi criminosa di lesioni colpose – **8.** L'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale – **9.** L'indicazione di farmaci *off label*

1. Inquadramento della problematica

Un'approfondita analisi del tema della responsabilità penale del medico, *sub specie* dell'intervento chirurgico non consentito, non può esimersi dal focalizzare l'attenzione sul percorso tracciato dalla giurisprudenza, non solo di merito, ma anche di legittimità. Si tratta un'evoluzione interpretativa ultraventennale, influenzata in modo sensibile dalle riflessioni critiche provenienti dalla dottrina.

A fronte della perdurante assenza di una norma *ad hoc* in *subiecta materia*, il formante giurisprudenziale continua a svolgere un ruolo fondamentale nel delineare ed affrontare le questioni giuridico-penali connesse ai trattamenti sanitari eseguiti *lege artis* ma in assenza di consenso informato⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ La perdurante assenza di un'apposita fattispecie incriminatrice, idonea a fornire una soluzione ai delicati problemi sollevati, soprattutto in relazione agli interventi sanitari tecnicamente ineccepibili, ma non consentiti ovvero rifiutati dal paziente, è criticata da larga parte della dottrina, la quale auspica un intervento legislativo sul punto. Per un recente quadro della giurisprudenza in punto di consenso informato, GRASSINI E., PACIFICO R., *Il consenso informato. Le basi, la pratica e la difesa del medico*, III ed., Torino, 2012, 83 ss.

Anzitutto, nel nostro ordinamento non è unanime la portata da assegnare a all'elemento del consenso del paziente, dal momento che è controverso se si tratti di un presupposto di liceità dell'atto medico o, viceversa, se abbia valore soltanto il dissenso espresso in modo decisivo. Tale profilo, in particolare, è strettamente connesso alla problematica di quali siano le ipotesi delittuose configurabili in capo al sanitario.

Su questo tema, non solo sul versante dottrinale, ma anche nel diritto vivente, si riscontrano molteplici e differenti indirizzi interpretativi.

Si rende necessaria, pertanto, una rassegna in chiave critica quantomeno delle più significative pronunce della Suprema Corte⁴⁴⁷, in modo da porre in evidenza i recenti contrasti interpretativi, al fine, anzitutto, di individuare i nodi ermeneutici che ancora non sono stati sciolti.

Prima di procedere alla trattazione anzidetta, preliminarmente, è d'uopo premettere che, nell'analisi delle singole pronunce, si procede in ordine cronologico⁴⁴⁸, in quanto tale ricostruzione risulta la più idonea alla realizzazione dell'obiettivo prefissato: permette di fare emergere, da un lato, i contrasti sincronici e diacronici esistenti in seno alla

⁴⁴⁷ Ciò assume particolare rilievo dal momento che l'orientamento della giurisprudenza locale, talvolta, risulta difforme da quello sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità dominante ovvero dalla dottrina penalistica.

⁴⁴⁸ La *ratio* di simile scelta espositiva risiede nel fatto che, nella parte conclusiva, viene assunta una prospettiva differente, la quale tiene conto invece della posizione sostenuta, in modo da fornire un quadro complessivo ed accorpate i diversi orientamenti interpretativi esistenti. Per l'adozione di un diverso angolo di visuale e trattazione, cfr. invece GALLI E., *Il consenso informato nell'attività medico-chirurgica: le controverse posizioni della giurisprudenza penale*, in *Resp. civ.*, 2011, 452 ss.

giurisprudenza circa le fattispecie delittuose configurabili e, dall'altro, anche il progressivo ammorbidimento della risposta penale.

2. Il *leading case* del 1992: l'omicidio preterintenzionale

Il *decisum* che, primo fra tutti, ha acceso il dibattito circa le fattispecie delittuose applicabili all'ipotesi di intervento medico-chirurgico eseguito *lege artis*, ma senza il consenso del paziente, si riferisce ad un caso affrontato dalla Suprema Corte circa venti anni addietro. Posto che la ricostruzione tecnico-giuridica della vicenda non può prescindere da una puntuale disamina del fatto nella sua concretezza, preliminarmente, si rende necessario esaminare il contesto in cui quest'ultimo si è svolto⁴⁴⁹.

Nel caso *de quo*, un'anziana paziente, dell'età di ottantatre anni, prestava il proprio consenso, libero ed informato⁴⁵⁰, ad un chirurgo - nonché professore universitario - per l'esecuzione di una specifica operazione chirurgica e, segnatamente, per l'asportazione transanale di un adenoma rettale benigno.

Tuttavia, nel corso dell'intervento, quest'ultimo procedeva ad un diverso intervento, ossia all'amputazione totale addomino-perineale

⁴⁴⁹ Per quanto riguarda l'approfondimento di questa vicenda v. nella manualistica, con la medesima modalità di analisi, PIRAS P., *Omicidio preterintenzionale (584)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 32.

⁴⁵⁰ Sull'obbligo di informazione, nella giurisprudenza di matrice civilistica, imprescindibile è il riferimento a Cass. Civ., Sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318, di particolare interesse in quanto affronta la questione dell'estensione dell'obbligo di informazione anche alla rottura di uno strumento, con ciò coinvolgendo, in relazione al caso di specie, anche il problema della retroattività di regole di condotta professionale stabilite *ex novo* in sede giurisprudenziale, in carenza di norme deontologiche e giuridiche specifiche. Sulla stessa linea, in seguito, v. anche Cass. Civ., Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638, la quale torna a scandagliare il tema dell'ampiezza dell'informazione.

del retto per via laparotomica, con la creazione di un ano preternaturale. Successivamente all'ecuzione dell'operazione, a seguito dell'infezione dovuta alla ferita chirurgica, la paziente sviluppava una grave tossiemia che, sommata ad uno stato di profonda prostrazione fisica e psichica, la portava alla morte⁴⁵¹.

Con la pronuncia della Corte di Cassazione⁴⁵², Sezione V, del 21 aprile 1992, n. 5639, in adesione all'impostazione seguita dalle Corti di Assise di primo e di secondo grado di Firenze⁴⁵³, veniva confermata la condanna del chirurgo a titolo di omicidio preterintenzionale⁴⁵⁴. I giudici sostenevano che l'antigiuridicità del fatto poteva essere esclusa solo in presenza del consenso dell'avente diritto, ai sensi dell'art. 50 c.p., ovvero in forza dello stato di necessità, di cui all'art. 54 c.p., il quale ultimo, nel caso di specie, non sussisteva⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ Con la precisazione che le complicanze insorgevano nei mesi successivi. Nella medicina legale, per la disamina di questo caso, FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 155 ss., spec. 157.

⁴⁵² Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, in *Riv. Pen.*, 1995, 1461 ss. con nota di GALANTI A., *Liceità dell'attività medico-chirurgica: alla ricerca di un fondamento normativo*; e in *Cass. Pen.*, 1993, 63 ss., con nota di MELILLO G., *Condotta arbitraria e responsabilità penale*; nonché in *Riv. Pen.*, 1993, 42 ss., con nota di POSTORINO E., *"Consenso" del paziente nel trattamento medico-chirurgico*.

⁴⁵³ In particolare, Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, in *Giur. mer.*, 1991, 119 ss., evidenza che nessuno, meglio del medico, è in grado di valutare con immediatezza i dati salienti di una situazione clinica connotata da un'urgenza tale da porre a repentaglio la salute del paziente e, dunque, da configurare uno stato di necessità. Su questa pronuncia, nel settore delle letterature della medicina legale, v. le riflessioni di ZANNOTTI R., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, in GIUSTI G. (a cura di), *Tutela della persona*, I, Padova, 2009, 635.

⁴⁵⁴ Su questa fattispecie, con osservazioni critiche circa la sua applicazione al caso di intervento medico terapeutico non consentito ma eseguito *lege artis*, v. le perplessità nonché le osservazioni in chiave critica esposte da PIRAS P., *Omicidio preterintenzionale (584)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 26 ss., spec. 32.

⁴⁵⁵ Cfr. sul punto ZANNOTTI R., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, in GIUSTI G. (a cura di), *Tutela della persona*, cit., 635, ma spec. nota 51. Circa la problematica che coinvolge lo stato di necessità ed il dissenso alle cure, v. nella giurisprudenza civilistica, Cass. Civ., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211, che richiama la scriminante dell'art. 54 c.p. piuttosto che quella dell'adempimento di un

Nel corso del giudizio, veniva accertato che il tipo di intervento chirurgico eseguito non costituiva l'unica alternativa all'asportazione transanale dell'adenoma e che risultava eccessivamente rischioso per le condizioni generali dell'anziana paziente, nonché sproporzionato all'entità della lesione che si intendeva curare.

Al contrario, l'imputato affermava che non aveva preventivamente deciso di sottoporre la paziente all'operazione per via laparotomica, dal momento che, inizialmente, aveva tentato di operare per via transanale, venendo in seguito costretto a mutare il tipo di intervento chirurgico a causa di un forte sanguinamento⁴⁵⁶.

I giudici, tuttavia, non credevano alla linea difensiva del medico e concludevano nel senso che, riscontrata l'impossibilità di asportare l'adenoma villosa nella modalità consentita, quest'ultimo doveva interrompere l'intervento chirurgico e risvegliare la paziente, al fine di

dovere, circa un caso di sinistro stradale ove il soggetto, ricoverato per molteplici fratture ossee e per rottura arteriosa, veniva sottoposto al trattamento di trasfusione del sangue nonostante il proprio dissenso a tale terapia manifestato per credenze religiose in quanto Testimone di Geova. Al riguardo, v. l'approfondimento di GIUNTA F., *Rifiuto di xenotrapianto per il figlio minorenne a causa di motivi religiosi. Il punto di vista giuridico*, in FUNGHI P., GIUNTA F. (a cura di), *Medicina, bioetica e diritto*, Pisa, 2005, 239 ss. Sul versante giurisprudenziale, cfr. Cass. Civ., Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. Giur.*, 2008, 12, 1671 ss., con nota di FORTE F., *Il dissenso preventivo alle trasfusioni del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*.

⁴⁵⁶ Vero è che, nell'urgenza della decisione, il medico non sempre trova parametri comportamentali idonei. Questo senso di incertezza è connotato alla materia stessa, considerato che non vi sono criteri di comportamento univoci per i vari casi che si possono presentare, considerato che vi è un profondo dinamismo evolutivo. Si pone in sintonia con queste osservazioni, sul versante della giurisprudenza di merito, Trib. Palermo, 31 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, III, 441 ss., che disponeva l'archiviazione del procedimento penale iniziato nei confronti di un chirurgo che, ottenuto il consenso di una paziente affetta da carcinoma della colecisti, anziché procedere all'impianto di una pompa per chemioterapia endoarteriosa, procedeva all'asportazione di una voluminosa massa neoplastica estesa a diversi organi vitali, cagionandone la morte.

informarla della sua situazione clinica ed ottenere un nuovo consenso per il diverso tipo di operazione⁴⁵⁷.

Pertanto, la Suprema Corte riteneva sussistente, in capo al sanitario, la premeditazione di eseguire l'intervento chirurgico con una tecnica diversa ed espressamente rifiutata dalla paziente, quale quella dell'apertura di un temporaneo ano artificiale⁴⁵⁸.

Sulla base di quanto precisato, veniva ritenuto sussistente il dolo di lesioni personali, con l'argomentazione che il delitto di cui all'art. 582 c.p. richiede il solo dolo generico, e non quello specifico⁴⁵⁹. Da questa premessa derivava l'affermazione che, il chirurgo, ogni volta che agisce in mancanza del consenso informato del malato, si rappresenta e vuole l'evento del delitto di lesioni personali, risultando influente il fine terapeutico eventualmente perseguito⁴⁶⁰.

Il decesso dell'anziana paziente, di conseguenza, veniva ascritto all'imputato con la precisazione che la preterintenzione consiste in un'ipotesi di dolo misto a responsabilità oggettiva e che, in ogni caso,

⁴⁵⁷ In senso contrario, nella medicina legale, definiscono contraddittoria questa motivazione della Suprema Corte, FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 156.

⁴⁵⁸ V. sul punto le osservazioni critiche di FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 157.

⁴⁵⁹ Così, tra tanti, nella risalente dottrina, AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 15. RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, 30. Più di recente, VIGANO' F., *sub art. 50*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 520. Nella univoca giurisprudenza, *ex multis* di recente, Cass. Pen., Sez. II, 22 dicembre 2011, n. 48074.

⁴⁶⁰ V. per tutti Cass. Pen., Sez. III, 30 giugno 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 250 ss. MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 645, il quale evidenzia che la sofferenza fisica arrecata, anche se a fine di bene, non per ciò solo fuoriesce dal raggio di operatività del delitto di cui all'art. 582 c.p. *Contra*, si pone ALTAVILLA E., *Consenso dell'avente diritto*, cit., 117.

la condotta del medico presentava profili di colpa tali da ritenere prevedibile il verificarsi di complicazioni potenzialmente letali⁴⁶¹.

Da questa ricostruzione deriva, anzitutto, che nessun rilievo viene attribuito all'esito conseguito con l'intervento, anche qualora risulti oggettivamente fausto, dal momento che l'operazione chirurgica viene considerata solo nella sua mera materialità e, quindi, parificata alla coltellata inferta con il pugnale⁴⁶².

In questo quadro, emerge la discrasia di ritenere l'incisione che il sanitario pratica con il bisturi sull'epidermide del paziente, a fini terapeutici, una lesione produttiva di una malattia, senza attribuire rilievo all'intrinseca direzionalità curativa del gesto ovvero agli esiti che ne possono derivare⁴⁶³. Anche nel caso di esito fausto, pertanto, l'intervento medico-chirurgico risulta tipico ed antiggiuridico⁴⁶⁴ e si ritiene configurato l'evento della malattia *ex art. 582 c.p.*

Come corollario, inoltre, deriva che non assume alcuna importanza il tipo di attività posta in essere, nel senso che non si distingue a seconda che il trattamento abbia natura terapeutica oppure venga

⁴⁶¹ Nella manualistica, in senso opposto rispetto alle conclusioni cui è giunta la Suprema Corte nel caso in esame, PIRAS P., *Omicidio preterintenzionale (584)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 32.

⁴⁶² Non può non rinviarsi, per una critica serrata a questa impostazione, alla dottrina tedesca e, su tutti, SCHMIDT E. *Der Arzt im Strafrecht*, in PONSOLD A., *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, cit., 36, il cui pensiero, in Italia, è stato seguito ed approfondito da MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 7 ss.

⁴⁶³ In senso critico a simile conclusione, in dottrina, già BETTIOL G., *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, 326, il quale esclude il delitto di lesioni personali dolose sul versante della tipicità, in quanto rileva che, diversamente opinando, si cadrebbe in un giudizio di logica astratta e formale che si colloca al di fuori della vita.

⁴⁶⁴ Concorda con il configurarsi del delitto in esame, nel caso di mancanza di consenso, nella recente dottrina padovana, RIONDATO S., *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., 115, spec. nota 417.

eseguito per fini meramente scientifici⁴⁶⁵, dal momento che, in entrambi i casi, esso risulta punibile alla stregua del delitto di cui all'art. 582 c.p.

In quest'ottica, non assume valore il rispetto o meno delle *leges artis* da parte del sanitario, nel senso che, anche qualora il medico abbia bene operato⁴⁶⁶, ossia abbia agito con scrupoloso ossequio di quanto indicato in sede scientifica per curare una determinata patologia, il fatto di lesioni risulta integrato⁴⁶⁷.

Altrettanto, questa impostazione non distingue il caso dell'assenza del consenso alle cure da quello del rifiuto, in quanto ambedue vengono ricondotti sotto il raggio d'azione dell'art. 582 c.p., ad eccezione del caso in cui operi una delle scriminanti legislativamente previste dal codice penale, in modo da elidere l'antigiuridicità del fatto di reato.

3. La giurisprudenza successiva e l'ipotesi di omicidio colposo

Circa una decina di anni dopo il caso suddetto, vero e proprio *leading case* nel settore del diritto penale della medicina, si presentava all'attenzione della Suprema Corte una vicenda a tratti simile al predetto caso giudiziario.

⁴⁶⁵ Nella medicina legale, sul punto, GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, I, *Tutela della persona*, Padova, 2009, 635, nota 51.

⁴⁶⁶ V. su questa problematica MELILLO G., *Condotta arbitraria e responsabilità penale*, cit., 63 ss.; nonché POSTORINO E., "*Consenso*" del paziente nel trattamento medico-chirurgico, cit., 42 ss.

⁴⁶⁷ E' interessante osservare che la Corte di Assise fiorentina non ha messo in discussione l'indicazione all'operazione posta in essere, bensì la modalità operativa prescelta, la quale doveva essere invece condizionata dal consenso del paziente. Cfr. Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, cit., 163 ss.

Nel corso di un intervento di asportazione di una cisti ovarica, consentito dalla paziente di quarantatre anni e preventivamente concordato con il chirurgo, quest'ultimo estendeva l'operazione alla più impegnativa e rischiosa asportazione di un voluminoso carcinoma.

A seguito di tale mutamento del programma operatorio, tuttavia, seguivano gravi ed immediate complicanze, le quali portavano al decesso della paziente, sebbene trasferita in un altro presidio ospedaliero.

A differenza del primo caso giudiziario sopra esaminato, i giudici di merito e, in seguito, di legittimità, rilevavano che l'intervento chirurgico veniva eseguito, nonostante il dissenso della paziente, a causa della valutazione intraoperatoria di una patologia tumorale che era in precedenza ignota⁴⁶⁸.

Nella fase esecutiva, tuttavia, il chirurgo poneva in essere una condotta colposa in nesso causale con l'evento morte. Di conseguenza, la Corte di Cassazione, Sezione IV, con la sentenza del 9 marzo 2001, n. 28132, confermava la rubricazione dell'evento morte dei giudici di merito come omicidio colposo⁴⁶⁹, con la motivazione che il sanitario aveva operato improvvidamente e con imperizia⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Tra i più recenti interventi normativi, i quali stabiliscono l'obbligo di consenso informato per alcune particolari attività, è d'uopo ricordare il d.m. 15 luglio 1997, circa l'esecuzione delle sperimentazioni cliniche, ma anche, più in particolare, il d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, sulle sperimentazioni cliniche in ambito oncologico.

⁴⁶⁹ E non, viceversa, come omicidio preterintenzionale, come invece richiesto dal pubblico ministero. La qualificazione in termini di omicidio colposo, operata da Ass. Catanzaro, 24 settembre 1999, e dalla successiva sentenza Ass. App. Catanzaro, 12 luglio 2000, veniva confermata da Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, in *Foro it.*, II, 591 ss.

⁴⁷⁰ Si nota che la questa impostazione, nel medesimo anno, viene confermata dalla stessa Sezione della Corte di Cassazione anche in altri casi simili di decesso a

In particolare, è interessante osservare che la sentenza in commento si sofferma a considerare il ruolo da assegnare al consenso informato e, in proposito, precisa che sua la finalità non è quella di legittimare interventi lesivi dell'integrità fisica della persona umana. Con questa argomentazione, si orienta ad escludere l'automatica equiparazione della prestazione medico-chirurgica, anche se non consentita dal malato, agli atti diretti a commettere i delitti di lesioni personali volontarie o di omicidio preterintenzionale⁴⁷¹.

Premesso che il medico non aveva eseguito l'intervento chirurgico contro il rifiuto della paziente, bensì nell'assenza di consenso, veniva escluso l'elemento soggettivo dell'art. 584 c.p., *id est* il dolo intenzionale⁴⁷².

Infatti, per eliminare la patologia neoplasica scoperta durante l'operazione, il chirurgo eseguiva, in modo non corretto, un intervento demolitivo, nell'erronea valutazione che esso fosse idoneo a curare la paziente⁴⁷³. Tale erronea rappresentazione della realtà si riverberava sull'elemento soggettivo dell'agente⁴⁷⁴, con la conseguenza che veniva escluso il dolo generico del delitto di lesioni, nonché il dolo

seguito di intervento non consentito. Cfr. *ex multis* le pronunce di Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, cit., 1346 ss.; nonché, Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, cit., 1321 ss.

⁴⁷¹ Concordano con questa motivazione FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 179.

⁴⁷² V. per tutti, sul tema della preterintenzione, più in generale, CANESTRARI S., voce *Preterintenzione*, cit., 684 ss.

⁴⁷³ Nella manualistica, v. su questa fondamentale pronuncia le riflessioni di PIRAS P., *Omicidio preterintenzionale (584)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 32.

⁴⁷⁴ La falsa rappresentazione della realtà, in altri termini, ha escluso il dolo. Cfr. su questo punto FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 178, i quali condividono tale conclusione.

intenzionale richiesto dalla fattispecie criminosa di omicidio preterintenzionale⁴⁷⁵.

Tuttavia, come precisato nella pronuncia in esame, quest'ultima forma di dolo non è esclusa *tout court* in ogni caso di intervento chirurgico, dal momento che si possono configurare delle ipotesi in cui risulta sussistente la fattispecie di cui all'art. 584 c.p. Se, da un lato, è criticabile la scelta operata dalla Suprema Corte di fornire una linea interpretativa mediante l'utilizzo di esempi, dall'altro, emerge l'intento di delimitare il campo di applicazione del delitto di omicidio preterintenzionale⁴⁷⁶.

In linea generale, emerge che il dolo intenzionale risulta arginato ad alcune specifiche ipotesi, tra cui, *in primis*, rientrano quelle in cui la menomazione dell'individuo avviene per scopi scientifici o di ricerca, oppure esclusivamente estetici.

In secondo luogo, il medesimo elemento soggettivo si configura nei casi di interventi demolitivi coscientemente inutili, di amputazioni volte a curare una malattia che può essere fronteggiata con altre scelte terapeutiche, nonché di interventi terapeutici eseguiti contro il dissenso del paziente ed in assenza di un pericolo grave ed attuale per la vita o la salute.

⁴⁷⁵ In particolare, la sentenza in esame, *rectius* Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, cit., 591 ss., puntualizza che la finalità di evitare al soggetto sottoposto alle cure un altro intervento ovvero quella di prevenire pericoli futuri costituiscono dei motivi di esclusione dell'intenzionalità della condotta.

⁴⁷⁶ Intento apprezzato e definito lodevole nella dottrina medico-legale e, in particolare, da FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 180.

4. Le lesioni colpose per intervento chirurgico errato

In una nota vicenda giudiziaria, un ortopedico procedeva ad eseguire un intervento di artroscopia diagnostica su una paziente affetta da gonalgia sinistra, operando erroneamente il ginocchio destro.

Il medico veniva imputato del delitto di cui all'art. 590, comma II, c.p., per avere asportato il menisco destro, cagionando alla donna lesioni personali guarite in un tempo superiore ai quaranta giorni e l'indebolimento permanente dell'organo della deambulazione⁴⁷⁷.

Nel primo grado di giudizio, inizialmente, l'imputato veniva assolto perché il fatto non costituiva reato. In particolare, veniva riscontrato che l'operazione sul ginocchio destro era stata condotta correttamente, tanto che a seguito dell'artroscopia diagnostica, il chirurgo aveva riscontrato una sofferenza mediana del menisco in precedenza non rilevata. L'asportazione parziale del menisco era stata eseguita in ossequio dei criteri della tecnica operatoria, dal momento che sussistevano i presupposti per la resezione.

L'assoluzione del medico veniva motivata dal giudice monocratico nel senso che l'errore non era attribuibile a quest'ultimo poiché, il giorno precedente all'intervento, all'atto di ingresso all'Ospedale, la diagnosi compiuta da altro sanitario riportava l'indicazione di sofferenza al ginocchio destro per probabile meniscopatia, da accertarsi con artroscopia diagnostica.

⁴⁷⁷ V. la ricostruzione in fatto ed in diritto operata da Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cass. pen.*, 2002, 2041 ss., con nota di IADECOLA G., *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*.

Inoltre, entrato in sala operatoria, l'imputato aveva rinvenuto la paziente sul tavolo operatorio già in stato di anestesia generale, nonché con il ginocchio destro preparato per l'indagine endoscopica.

Nel successivo grado di giudizio, la Corte di Appello riformava la sentenza impugnata e riconosceva colpevole l'imputato per il reato ascritto, con la concessione delle circostanze attenuanti generiche, ritenute prevalenti sull'aggravante contestata. In particolare, veniva riscontrata la condotta negligente del sanitario per non avere effettuato gli accertamenti sull'arto sofferente.

L'imputato proponeva ricorso per Cassazione avverso quest'ultima decisione che, tuttavia, veniva rigettato dalla sentenza della Suprema Corte⁴⁷⁸, Sezione IV, di data 11 luglio 2001, n. 35822, in quanto infondato.

Secondo i giudici di legittimità, il ruolo del consenso è quello di costituire un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico, in forza del quale non è attribuito al medico un diritto di curare, bensì una facoltà o potestà di curare⁴⁷⁹, considerato che quest'ultimo è abilitato dall'ordinamento ad esercitare la professione sanitaria⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cass. pen.*, 2002, 2041 ss., con nota di IADECOLA G., *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*.

⁴⁷⁹V., su questo particolare profilo, l'approfondimento di IADECOLA G., *Diritto di morire e potestà medica di curare*, in *Cass. pen.*, 1997, 3661 ss.

⁴⁸⁰ Su questa ricostruzione, in letteratura, non può non rinviarsi alla monografia di IADECOLA G., *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, il quale configura in capo al medico una sorta di potere-dovere di curare il malato. Tale ricostruzione già si rinvia in ID., *Il medico e la legge penale*, cit., 15.

Secondo questa impostazione, le uniche eccezioni sono costituite dai trattamenti sanitari obbligatori⁴⁸¹ ovvero dai casi in cui il paziente rifiuti ovvero non sia in grado di prestare il proprio consenso ad un'operazione urgente per salvarlo dalla morte o da un grave pericolo per la salute⁴⁸².

Nella sentenza in esame, in punto di reati dolosi, la Corte di Cassazione distingue i trattamenti terapeutici non chirurgici dagli interventi di natura chirurgica⁴⁸³. Mentre, per i primi, vengono in rilievo i reati previsti e puniti dagli artt. 610 e 613, nonché 605 c.p., per i secondi, a prescindere dall'esito derivatone, vengono considerati quelli di cui agli artt. 582 e 583 c.p. Ciò con la motivazione che ogni intervento chirurgico, sebbene eseguito a scopo di cura e con esito fausto, implica il compimento di atti che, nella loro materialità, integrano l'elemento oggettivo del delitto di lesioni personali, in quanto ledono l'integrità del corpo del soggetto⁴⁸⁴.

Tuttavia, in senso critico rispetto a tale ultima ricostruzione, non può essere sottaciuto che la medicina, alla luce delle odierne modalità tecniche, seguite sia in ambito diagnostico che in quello terapeutico,

⁴⁸¹ V. per tutti PORTIGLIATTI BARBOS M., voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 336 ss.

⁴⁸² Sul punto, tuttavia, PESANTE M., voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 659 ss., precisa che, in nessun caso, l'operazione chirurgica può essere eseguita in contrasto con la volontà del paziente.

⁴⁸³ Con la dovuta precisazione che questa ricostruzione si distingue nettamente da quella, definita "intermedia" da GIROLAMI P., *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all'ambito psichiatrico*, in *Riv. med. leg.*, 1997, 292, rappresentata invece dalla distinzione tra esito fausto ed infausto dell'intervento.

⁴⁸⁴ V. al riguardo la posizione seguita da RIONDATO S., *Introduzione ai profili penalistici della responsabilità in ambito medico-chirurgico*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE A., RIONDATO S., in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTA' S., ZATTI P., cit., 37.

ha sempre più di frequente caratteri di invasività che, da un punto di vista naturalistico, possono configurare di per sé una lesione, anche se posti in essere per curare una malattia, in un ponderato equilibrio tra costi e benefici⁴⁸⁵. A titolo esemplificativo, l'uso di alcuni farmaci talvolta producono effetti collaterali dannosi, alterazioni della cenestesi che, di per sé, possono costituire malattia⁴⁸⁶.

Diversamente, per quanto concerne il caso di specie, la Corte di Cassazione sostiene che il criterio di imputazione soggettiva deve essere ritenuto di natura colposa⁴⁸⁷, in quanto l'intervento terapeutico veniva eseguito dal medico in assenza del consenso del paziente ma nella convinzione, per negligenza od imprudenza a lui imputabile, dell'esistenza del consenso⁴⁸⁸.

5. Le lesioni personali dolose in caso di violazione del dissenso

Una recente vicenda che è opportuno prendere in considerazione, a questo punto, riguarda la morte di un paziente sottoposto, a seguito di

⁴⁸⁵ L'obiezione è sollevata dalla dottrina medico-legale e, in particolare, da FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 198.

⁴⁸⁶ In questo senso, FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 199, rilevano che tale somministrazione, ad esempio, a scopo di prevenzione di recidive di carcinomi maligni già asportati, può portare a conseguenze rilevanti come nausea, vomito, perdita di capelli, astenia od alterazioni ematologiche.

⁴⁸⁷ In giurisprudenza, sulla responsabilità per colpa, v. Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 2005, n. 38852, che ha mandato assolto il medico dal delitto di omicidio colposo per insussistenza del fatto, avendo quest'ultimo tempestivamente informato il paziente e avendo ricevuto un espresso e reiterato dissenso alle cure.

⁴⁸⁸ In dottrina si sono manifestate perplessità riguardo al caso in esame, in quanto la colpa sembra ascrivibile al sanitario in ragione non dell'esecuzione dell'intervento nonostante l'assenza del consenso, bensì perché il sanitario ha operato sull'arto su cui non doveva intervenire. Così, CARUSO G., *Il trattamento medico/chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, cit., 1037.

sua richiesta, ad anestesia generale anziché a quella spinale consigliata dal sanitario, per procedere ad un intervento artroscopico ad un ginocchio.

In questo caso, al medico veniva profilata una responsabilità penale per l'anestesia praticata in ragione del fatto che il paziente presentava il collo corto ed ipomobile, il quale pertanto impediva una corretta iperestensione del capo.

In particolare, il sanitario veniva accusato di avere omesso di farsi assistere da altri anestesisti, nonché di avere usato un farmaco miorilassante non idoneo. Inoltre, al medesimo veniva contestato di avere effettuato tardivamente l'intubazione orotracheale e di avere richiesto con ritardo l'intervento dell'otorinolaringoiatra per la tracheotomia.

Nella vicenda giudiziaria *de qua*, inizialmente, la responsabilità penale dell'anestesista veniva affermata in primo grado, nonchè confermata in appello, con la motivazione che quest'ultimo avrebbe dovuto rifiutare l'intervento ovvero procedere all'anestesia spinale rifiutata, finanche ricorrendo a pratiche ipno-analgesiche, ossia all'annullamento coatto della capacità di intendere e volere del paziente mediante somministrazione di appositi sedativi, in modo da vincerne la resistenza⁴⁸⁹.

Successivamente, la Corte di Cassazione⁴⁹⁰, Sezione IV, in data 27 marzo 2001, rilevava che la predetta ricostruzione finiva per

⁴⁸⁹ Si pone in senso critico rispetto a queste conclusioni, nella recente letteratura, BASTIANELLO A., *La responsabilità penale dei professionisti*, Padova, 2012, 97.

⁴⁹⁰ Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, cit., 1346 ss.

configurare l'istigazione a commettere un reato. Di conseguenza, i giudici di legittimità accoglievano il ricorso dell'imputato avverso la sentenza di condanna della Corte d'appello, annullandola senza rinvio con la formula "perché il fatto non sussiste". In altri termini, veniva escluso l'addebito all'anestesista di non avere adottato pratiche ipnotiche volte ad annullare il dissenso del paziente all'anestesia spinale⁴⁹¹.

Secondo questa impostazione, a seguito della manifestazione del dissenso, viene in rilievo il divieto di manomissione del corpo dell'individuo, in quanto vi è il diritto di mantenere l'integrità fisica quale è nell'attualità. La Suprema Corte precisa che il trattamento medico effettuato contro la volontà del paziente, salvo il pericolo di morte ovvero danno sicuramente irreparabile, esita in una condotta illecita⁴⁹².

Circa le fattispecie criminose, si sostiene che può essere integrato il reato di cui all'art. 610 c.p. in quanto la violenza è insita nella violazione della contraria volontà⁴⁹³, ma anche quello previsto e

⁴⁹¹ Su questo delicato punto, sul versante giurisprudenziale, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 23 gennaio 2008, n. 16375, riguardante un caso di decesso a causa di una emorragia ove il paziente, dopo la caduta, aveva rifiutato di essere trasportato in ospedale e sottoposto ai necessari approfondimenti diagnostici. La Suprema Corte ha ritenuto corretta la decisione del giudice di merito di non configurare alcuna responsabilità in capo al sanitario poiché, nel nostro ordinamento, è esclusa la possibilità di effettuare trattamenti sanitari contro la volontà del paziente quando quest'ultimo è in grado di manifestare il consenso e non ricorrono i presupposti dell'art. 54 c.p.

⁴⁹² V. su questa pronuncia, le riflessioni di LO PIANO M., *sub* art. 589, in LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. XI, cit., 532.

⁴⁹³ Tuttavia, circa il delitto violenza privata, residuano alcune perplessità in merito alla sua configurabilità con riferimento all'ipotesi in cui al dissenso del paziente non vengano associati degli atti di vera e propria costrizione del medico. Questo è il pensiero di FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 199.

punito dall'art. 582 c.p. e, in caso di morte in conseguenza dell'operazione chirurgica, il reato di cui all'art. 584 c.p. Ciò in quanto, malgrado la finalità terapeutica, viene violato il diritto della persona a preservare la propria integrità fisica nell'attualità⁴⁹⁴.

Ciò premesso, nell'arco temporale in analisi, emerge un contrasto interpretativo sincronico in seno alla giurisprudenza di legittimità, circa i reati configurabili in caso di violazione del dissenso. Infatti, con un'altra sentenza⁴⁹⁵, la Corte di Cassazione giunge ad una soluzione opposta a quella sostenuta dalla pronuncia in esame, riguardo alla configurabilità dei delitti previsti e puniti dagli artt. 582 e 584 c.p. Per evidenziare tale contrasto interpretativo, a questo punto, si rende necessario esaminare la decisione citata.

6. La violenza privata in ipotesi di dissenso

Con una pronuncia del 2002, si assiste, sul versante della giurisprudenza della Suprema Corte, ad un significativo cambio di rotta rispetto all'orientamento dominante, non solo in punto di fattispecie incriminatrici configurabili, ma anche circa il ruolo da attribuire al consenso alle cure.

⁴⁹⁴ Su questo punto, per un analitico approfondimento, v. nella recente dottrina, PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 79, spec. nota 28.

⁴⁹⁵ Ci riferiamo, in particolare, al *decisum* di Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446. Con la precisazione, tuttavia, che concorda con l'asserita esistenza di uno stato di necessità generale o, meglio, intrinseco all'attività medica, anche la presente sentenza in analisi, *id est* Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519. Cfr. su questo punto anche l'approfondimento di FLAMMINEIS S., *Il consenso all'atto medico attraverso il profilo del diritto al rifiuto alle cure (e dell'eutanasia)*, in *Corr. Giur.*, 2009, II, 187, nota 11.

Nel caso in analisi, un paziente si trovava ricoverato in ospedale a causa di un'ernia ombelicale e prestava il consenso all'operazione di riduzione dell'ernia, nonché all'esplorazione della cavità addominale. Con l'esplorazione anzidetta, il medico accertava la presenza di un tumore maligno endocrino angioinvasivo e procedeva alla demolitiva operazione chirurgica di duodenocefalopancreasectomia, in seguito alla quale, un mese più tardi, il malato decedeva per sopravvenute complicanze di varia natura⁴⁹⁶.

L'accusa iniziale veniva formulata in relazione al delitto di cui all'art. 584 c.p., per avere eseguito un intervento altamente mutilante e complesso, senza informare preventivamente il paziente nonché in assenza di uno stato di necessità. Tuttavia, in primo grado, veniva modificata la contestazione originaria e l'imputato veniva ritenuto responsabile dei reati di violenza privata seguita da morte, di cui agli artt. 610 e 586 c.p.

Al contrario, nel giudizio di appello, veniva ripristinata l'originaria imputazione ed il reo veniva condannato per il delitto di omicidio preterintenzionale. Successivamente all'annullamento, ad opera della Suprema Corte, della sentenza della Corte d'appello per incompetenza per materia, venivano trasmessi gli atti alla Corte d'assise d'appello, la quale pronunciava una sentenza assolutoria con formula piena.

⁴⁹⁶ Con la precisazione che, prima del decesso, il malato veniva sottoposto ad altre tre rilevanti operazioni chirurgiche da parte dello stesso medico imputato nonché ad un quarto intervento presso un ospedale parigino.

A seguito del ricorso del Procuratore Generale della Repubblica, il caso veniva nuovamente esaminato dalla Corte di Cassazione⁴⁹⁷ che, con la sentenza della Sezione I, di data 29 maggio 2002, n. 26446, nel rigettare il ricorso, sosteneva che la volontà del paziente svolge un ruolo decisivo solo quando espressa in forma negativa.

Il medico, secondo questa impostazione, è legittimato a sottoporre il paziente al trattamento che giudica necessario per la salvaguardia della sua salute, anche in assenza di consenso. Di conseguenza, non risulta illecita la condotta del chirurgo che, concordato con il malato un determinato intervento sanitario, dilati l'azione terapeutica oltre i confini tracciati dal consenso informato⁴⁹⁸.

Al contrario, in caso di dissenso alle cure, la Suprema Corte ritiene che il medico non possa eseguire l'intervento rifiutato, in quanto, altrimenti, potrebbero configurarsi gli estremi del reato di cui all'art. 610 c.p. Rimane esclusa, anche nel caso di interventi chirurgici, la configurabilità del delitto di cui all'art. 582 c.p., dal momento che dall'atto medico non deriva l'insorgenza, bensì l'eliminazione, della malattia⁴⁹⁹. In altri termini, il sanitario pone in essere un'attività che è priva di autonomia funzionale ed è strumentale a liberare il paziente dal male che lo affligge⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446.

⁴⁹⁸ Si sofferma diffusamente ad analizzare questa pronuncia BASTIANELLO A., *La responsabilità penale dei professionisti*, cit., 102.

⁴⁹⁹ Concorda con questa soluzione interpretativa, nella dottrina del ramo della magistratura, IADECOLA G., *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in IADECOLA G., BONA M., *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penale e civili*, cit., 26.

⁵⁰⁰ Giova sottolineare che il riferirsi al caso chirurgico, in cui l'incisione praticata con il bisturi richiama l'immagine del pugnale perfora l'epidermide, non limita il problema ai soli casi di lesione cruenta. A ben vedere, la questione si

Da queste premesse, posto che rimane escluso il delitto di lesioni personali dolose e, in particolare, considerato che il chirurgo opera perché non ha scelta, nel senso che l'operazione è l'unico modo per curare il malato⁵⁰¹, nel caso del decesso, rimane preclusa la configurabilità del delitto di cui all'art. 584 c.p. Ciò in quanto l'intervento medico, correttamente eseguito e provvisto di indicazione terapeutica, non risulta un atto che cagiona una malattia *ex art. 582 c.p.*, ancorché l'esito derivatone sia infausto.

Sulla base di questa corrente esegetica, tuttavia, l'evento morte può rientrare nella previsione dell'art. 586 c.p., sempre che sia connesso al delitto base di violenza privata, eventualmente accertato.

7. L'ipotesi criminosa di lesioni colpose

In un'altra interessante e più recente vicenda, un paziente si sottoponeva ad un intervento di tipo odontoiatrico, da cui derivava l'indebolimento permanente dell'organo della funzione masticatoria.

Con la sentenza del 14 febbraio 2006, la Corte di Cassazione, Sezione IV, ritiene integrato, nel caso in analisi, il reato di lesioni personali colpose. Nel soffermarsi a valutare la natura giuridica del

riprende anche in riferimento ad interventi non invasivi, i quali comunque possono incidere sull'integrità individuale. In questo senso, a titolo esemplificativo, parte della dottrina della psichiatria parifica l'azione del bisturi a quella dei neurolettici. Tanto è vero che, nel settore della psicopatologia forense, GIROLAMI P., *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all'ambito psichiatrico*, cit., 291, estende il riferimento ai trattamenti psicoterapici, all'ipnosi e all'elettroshock.

⁵⁰¹ In questi termini si esprime, testualmente, Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, che ritiene sussistente una sorta di stato di necessità generale, cosiddetto istituzionalizzato, ossia intrinseco all'attività terapeutica, in forza del quale rimane esclusa la responsabilità penale del medico in presenza di un intervento chirurgico eseguito secondo le regole proprie della scienza e della tecnica medica.

consenso informato, nonché le conseguenze della sua assenza od invalidità, la Suprema Corte statuisce che ogni attività medica, per la sua concreta liceità, richiede la previa manifestazione del consenso del paziente, il quale, tuttavia, non coincide con la causa di giustificazione di cui all'art. 50 c.p.

In altri termini, il consenso alle cure non viene identificato nella scriminante del consenso dell'avente diritto, bensì configurato come un presupposto di liceità del trattamento medico, il quale afferisce alla libertà morale ed alla libertà fisica del paziente, intesa quest'ultima come diritto alla propria integrità corporale⁵⁰².

In questa cornice, la mancanza del consenso ovvero la sua invalidità determinano l'arbitrarietà del trattamento medico e, di conseguenza, la sua rilevanza penale⁵⁰³. Tale opzione interpretativa si basa sul dato che l'operazione chirurgica, non previamente consentita, costituisce una violazione della sfera personale dell'individuo e, in particolare, del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo.

Questa pronuncia della Suprema Corte si caratterizza per il dato che, a differenza delle decisioni precedenti, abbandona le posizioni più estreme e rigorose, per collocarsi su una linea intermedia. In questa stessa direzione, senza approdi innovativi, si accoda anche una successiva sentenza, che è opportuno trattare separatamente per il suo articolato percorso motivazionale.

⁵⁰² In letteratura, si sofferma su questo profilo, BASTIANELLO A., *La responsabilità penale dei professionisti*, cit., 103-104.

⁵⁰³ Cass. pen., Sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 11640, in *Riv. pen.*, 2007, 229 ss.

8. L'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale

In linea con la decisione precedentemente vista, una successiva pronuncia della Corte di Cassazione⁵⁰⁴, Sezione IV, del 14 marzo 2008, n. 11335, precisa che dalla teoria dell'autolegittimazione dell'attività medica non può ricavarsi che il medico possa operare senza consenso oppure contro il dissenso del paziente.

Dal punto di vista fattuale, la vicenda in esame riguarda il decesso di due pazienti, rispetto ai quali la Suprema Corte si sofferma a valutare la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale⁵⁰⁵.

Il primo caso riguardava un paziente nato nell'anno 1925, già sottoposto in precedenza a laringectomia a causa di un carcinoma, ed affetto da diabete⁵⁰⁶. In un ricovero dal 23 aprile al 25 giugno 2000, data di decesso del paziente, era stato riconosciuto affetto da neoplasia della colecisti T3N0M1, con ittero ostruttivo insorto nel malato già drenato con *stent*, fistola biliare, arresto cardiaco e respiratorio terminale⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, riguardo alla quale v. il contributo di CIAURI A., *Consenso informato e omicidio preterintenzionale nella responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1100 ss.

⁵⁰⁵ V. per un'ampia trattazione di questa vicenda, FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 226, che si soffermano diffusamente sulla ricostruzione in fatto.

⁵⁰⁶ Più precisamente, nel novembre dell'anno 1999 il malato si era sottoposto a colangiopancreatografia retrograda con reperto di stenosi del tratto intermedio del coledoco serrata, con dilatazione a monte anche delle vie biliari intra-epatiche, e dotto cistico e colecisti non visualizzati, ed era stata praticata sfinterotomia e dilatazione della stenosi con protesi biliare con regolare flusso di bile e di mezzo di contrasto.

⁵⁰⁷ In particolare, al fine di ricostruire la situazione in cui versava il paziente, è d'uopo precisare che, nel maggio del 2000, un intervento chirurgico laparotomico aveva riscontrato una tumefazione neoplastica che riguardava la colecisti, la via biliare all'ilo, il ramo destro dell'arteria epatica e della vena porta. L'esame istologico aveva diagnosticato un adenocarcinoma differenziato stenostante la

La consulenza effettuata su incarico della pubblica accusa riteneva che l'intervento chirurgico eseguito, di duodenocefalopancreasctomia e mesoepatectomia per carcinoma della colecisti, considerate le metastasi omentali, fosse stato eccessivo in quanto ad alto rischio di complicanze, in assenza di reali benefici come aumento del tempo di sopravvivenza.

Il secondo caso di decesso, invece, riguardava un paziente del 1939, sottoposto, nel febbraio dell'anno 1999, ad un esame TC addome che aveva diagnosticato ispessimento della parete a livello della piccola curva gastrica, esteso con direzione cranio-caudale, da riferire a processo di tipo primitivo, nonché numerosi linfonodi aumentati di volume a livello retrocurvale, al tripode celiaco ed in sede intera orto-cavale.

Nel marzo dell'anno 1999, veniva eseguito l'intervento chirurgico di asportazione in blocco del pezzo comprendente moncone gastrico, segmento digiunale, colon traverso, milza, coda del pancreas e lobo epatico di sinistra.

I consulenti della pubblica accusa, al riguardo, criticarono l'opportunità di tale intervento demolitivo, con il rilievo che il modulo di consenso informato si riferiva ad un consenso generico ed omnicomprensivo. Al tempo stesso, tuttavia, l'opzione terapeutica non veniva giudicata erronea o ingiustificata.

colecisti, infiltrante la via biliare, il letto epatico e la parete duodenale, estesa infiltrazione perineurale, aree di linfagite neoplastica e noduli metastatici omentali, infiltrazione neoplastica della vena porta e ventitre linfonodi.

In punto di diritto, è interessante rilevare che, circa le fattispecie delittuose applicabili all'intervento chirurgico non consentito, la Suprema Corte esclude la configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale. Ciò deriva dal fatto che la finalità curativa, perseguita dal medico, risulta incompatibile con la consapevole intenzione di cagionare un'alterazione lesiva dell'integrità fisica altrui⁵⁰⁸, necessaria per l'integrazione degli atti diretti a commettere il reato di lesioni personali richiesti ex art. 584 c.p.

Al tempo stesso, viene ribadito che la relazione tra il medico ed il malato è basata sul criterio della libera disponibilità del bene salute da parte di quest'ultimo, allorché in possesso delle proprie facoltà intellettive e volitive, secondo una autonomia decisionale che deve essere rispettata dal primo⁵⁰⁹. Il medico, al di fuori di casi eccezionali, scriminati ai sensi dell'art. 54 c.p., non può operare il paziente senza il consenso o malgrado il dissenso dello stesso.

Pertanto, il consenso, che legittima il trattamento terapeutico, deve essere innanzi tutto informato, ossia deve essere espresso a seguito di un'informazione completa circa le possibili controindicazioni e la

⁵⁰⁸ Per un confronto in chiave critica con la diversa posizione assunta da Cass. pen., Sez. V., 21 aprile 1992, n. 5639, v. le osservazioni di CIAURI A., *Consenso informato e omicidio preterintenzionale nella responsabilità del medico*, cit., 1103 ss., e spec. 1105, il quale precisa “Non si tratta forse di una fattispecie delittuosa eccessivamente grave che mal si addice – quasi una contraddizione in termini – a quella che è l'attività (nonché la volontà) del medico chirurgo, il quale si adopera per migliorare la salute del malato, per salvare il paziente da una patologia, non già per mutilare o peggio ancora per uccidere?”.

⁵⁰⁹ Questa impostazione si colloca sulla scia tracciata da Cass. Civ., Sez. III, 4 ottobre 2007, n. 21748, per cui il fine dell'informazione è quello di consentire di scegliere tra i vari possibili tipi di trattamenti medici ovvero rifiutare la terapia consigliata e decidere di interrompere la cura, finanche nella fase terminale della vita. Su questa pronuncia v. l'approfondimento di PAVAN G., *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *Ind. pen.*, 2009, 1, 227 ss.

gravità e gli effetti della cura stessa. In questa cornice, il consenso ha come contenuto non solo la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico ma anche, eventualmente, di rifiutare od interrompere la terapia.

Tuttavia, non si configura automaticamente in capo al medico una responsabilità a titolo di lesioni personali dolose o, nel caso di decesso del paziente, a titolo di omicidio preterintenzionale, in quanto, normalmente, il contenuto dell'elemento soggettivo di tali delitti non è compatibile con riferimento all'attività medica. In altri termini, sulla base di queste premesse, deriva che un consenso invalido, poiché non consapevolmente prestato, non può comportare, di per sé, l'addebito al sanitario a titolo di dolo.

9. L'indicazione di farmaci *off label*

Una vicenda di particolare interesse concerne la prescrizione di farmaci *off label*, vale a dire per scopi terapeutici diversi da quelli registrati nel cosiddetto bugiardino. Non si tratta, è di tutta evidenza, di un'ipotesi di intervento chirurgico eseguito *lege artis* in assenza consenso del paziente⁵¹⁰.

In particolare, il caso in analisi riguarda la prescrizione di un medicinale antiepilettico nell'ambito di un trattamento di cura

⁵¹⁰ Per inciso, è opportuno ricordare che anche la legge 8 aprile 1998, n. 94, cosiddetta nella prassi "legge Di Bella" – legge di conversione di un decreto legge approvato per la necessità ed urgenza di assicurare una procedura di sperimentazione accelerata al noto trattamento Di Bella per la cura delle malattie oncologiche – all'art. 3, comma 2, riferibile a qualsiasi prescrizione di farmaci *off label*, impone la sussistenza del consenso informato tra i presupposti di liceità dello stesso. Altri presupposti sono, inoltre, l'impossibilità, in base a dati documentali, di trattare in modo utile il paziente in *label* e l'utilizzo *off label* deve essere conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in ambito internazionale.

dell'obesità⁵¹¹. Tuttavia, nell'aumentare la dose del farmaco, il sanitario ometteva di monitorare il paziente e valutare i motivi della carenza di una risposta positiva⁵¹².

Un primo dato di particolare interesse: mentre, nel primo grado di giudizio, l'imputato veniva condannato per lesioni dolose aggravate, viceversa, in grado di appello, veniva condannato a titolo di lesioni personali colpose.

La Corte di Cassazione, Sezione IV, con la sentenza del 24 giugno 2008, n. 37077, confermava quest'ultima qualificazione ed escludeva, circa l'ipotesi di intervento terapeutico eseguito senza consenso, la configurabilità dei reati di cui agli artt. 582 e 584 c.p. Tale risultato veniva motivato in base al dato che il sanitario, salvo casi anomali e distorti, agisce con una finalità curativa che risulta incompatibile con il dolo di lesioni personali.

La Suprema Corte, inoltre, evince che l'obbligo di acquisizione del consenso alle cure non costituisce una regola cautelare e, pertanto, la sua inosservanza non può fondare, nell'ipotesi di esito infausto, un addebito a titolo di colpa a carico del medico, salvo che la mancata sollecitazione del consenso abbia a quest'ultimo impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente⁵¹³. In altri

⁵¹¹ Ci riferiamo al caso valutato e deciso da Cass. pen., Sez. IV, 30 settembre 2008, n. 37077, in *Corr. Giur.*, 2009, 2, 182 ss., con nota di FLAMMINEIS S., *Il consenso all'atto medico attraverso il profilo del diritto al rifiuto alle cure (e dell'eutanasia)*.

⁵¹² Su questa vicenda, nel settore medico-legale, v. l'approfondimento condotto da FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 228.

⁵¹³ Concordano con questa conclusione, nella dottrina medico-legale, FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 230.

termini, la mancanza del consenso, ad eccezione del caso in cui questa impedisca al medico di conoscere pregresse patologie, ossia di fornire un'anamnesi completa, non influisce sulla colpa⁵¹⁴.

In letteratura, se, da un lato, si riconosce che, in alcuni casi, la mancanza del consenso non appare confacente a configurare una responsabilità a titolo di colpa, dall'altro, si obietta che, in altre ipotesi, l'esito infausto del trattamento medico è il risultato di un rischio, insito in tale specifico trattamento, non preventivamente accettato dal paziente⁵¹⁵. Pertanto, mentre nel primo caso non vi è relazione tra il consenso informato e la responsabilità a titolo di colpa del medico, in quanto l'agire del medico, sebbene non consentito, non ha modificato in senso negativo la situazione di rischio in cui versava il paziente⁵¹⁶, nel secondo caso si può configurare la responsabilità colposa del sanitario *ex art. 589 e 590 c.p.*

In questa ultima ipotesi, avendo l'intervento medico cagionato lesioni o peggiorato un pregresso quadro clinico o, addirittura, anticipato l'evento morte, si può profilare una responsabilità colposa del sanitario per avere operato senza il previo consenso informato del paziente, dal momento che, in tale caso, il consenso ha il ruolo di

⁵¹⁴ Sul terreno giurisprudenziale, circa la libertà di autodeterminazione del malato come limite al dovere del medico di intervenire, v. *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 4 luglio 2005, n. 38852; Cass. pen., Sez. IV, 23 gennaio 2008, n. 16375. Sempre in tema di colpa v. anche ROIATI A., *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *Ind. pen.*, 2007, 2, 727 ss.

⁵¹⁵ Cfr. sul punto VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da MARINUCCI G., DOLCINI E., III, tomo II, Padova, 2003, 306 ss., spec. 307.

⁵¹⁶ Ipotesi in cui la pregressa malattia, pur a seguito di un intervento medico condotto *lege artis*, non solo non si risolve in senso positivo, ma anzi porti alla morte del malato. Cfr. GALLI E., *Il consenso informato nell'attività medico-chirurgica: le controverse posizioni della giurisprudenza penale*, cit., 461.

determinare la soglia del rischio consentito, *id est* il confine entro il quale il medico può spingersi nell'espletamento dell'attività sanitaria⁵¹⁷.

⁵¹⁷ Secondo l'opinione di GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 406 ss., per un'imputazione colposa, lo spettro preventivo della regola cautelare violata in sede di informazione nonché la sua idoneità ad evitare l'esito sfavorevole del trattamento, devono essere esaminati sulla base dei coefficienti di rischio, che lasciano residuare le *leges artis* adottabili nel prosieguo dell'attività del medico.

Capitolo II

L'intervento delle Sezioni Unite e la giurisprudenza successiva

SOMMARIO: 1. L'intervento delle Sezioni Unite nel 2008 – 2. La giurisprudenza dopo le Sezioni Unite – 3. La sentenza del 2010 sull'omicidio preterintenzionale – 4. La sentenza del 2011 sull'omicidio preterintenzionale – 5. La sentenza sul delitto di lesioni con dolo eventuale – 6. La responsabilità per lesioni colpose dello specializzando – 7. Il ruolo del consenso nel quadro giurisprudenziale

1. L'intervento delle Sezioni Unite nel 2008

La sentenza di maggiore rilievo, nel settore in esame, è stata pronunciata di recente dalle Sezioni Unite della Suprema Corte⁵¹⁸, circa un caso di intervento chirurgico differente da quello consentito e in assenza di necessità.

Una donna di ventisei anni, nel corso dell'anno 1997, veniva ricoverata in un reparto di ginecologia e sottoposta ad un intervento di laparoscopia operativa e, senza soluzione di continuità, a cosiddetta salpingectomia, la quale portava all'asportazione della tuba sinistra⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Cfr. la nota decisione di Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, *Dir. pen. e proc.*, 2009, 447 ss., con il commento di PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*; e in *Foro it.*, 2009, 305 ss., con nota di FIANDACA G., *Luci e ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; nonché in *Cass. pen.*, 2009, 1793 ss., con nota di VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*; e anche in *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 395 ss., PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*.

⁵¹⁹ Con riferimento ad un caso a tratti simile a quello in esame, cfr. anche la precedente decisione di legittimità di Cass. pen., sez. V, 16 settembre 2008, n. 40252, ove due chirurghi procedevano alla laparoistectomia totale su una paziente, con conseguente perdita della capacità di procreare, senza il suo consenso informato nonché in assenza di necessità terapeutica. Se, da un lato, i giudici di merito condannavano i sanitari a titolo di lesioni volontarie aggravate, dall'altro, la

Tale intervento chirurgico, secondo la ricostruzione processuale, veniva eseguito nel rispetto delle *leges artis*, sebbene non consentito dalla paziente, informata soltanto della laparoscopia⁵²⁰.

I giudici di legittimità, anzitutto, ritengono che non sussista in delitto di violenza privata. Ciò viene motivato nel senso che la violenza, nella struttura dell'art. 610 c.p., non risulta posta in rapporto con una perturbazione dell'altrui libera formazione del volere, ma con un comportamento di azione, tolleranza od omissione, non voluto dal soggetto passivo⁵²¹.

Posto che, nell'ipotesi di intervento su paziente anestetizzato, la violenza consiste nell'operazione e che l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di tollerare l'operazione medesima, la Suprema Corte evince che non è tecnicamente configurabile il delitto di cui all'art. 610 c.p.

Nei confronti del soggetto anestetizzato *pleno iure* in base ad un concordato trattamento terapeutico, si aggiunge, il medico che si discosti da quel intervento commetterà un fatto di abuso, ma non di

Suprema Corte criticava il rigido automatismo di configurare l'atto medico come lesivo per effetto della mancanza del consenso.

⁵²⁰ Circa l'*iter* processuale, è opportuno precisare che, mentre in primo grado l'imputato veniva ritenuto colpevole del reato di violenza privata, la Corte d'Appello di Bologna, nel 2007, rilevava la prescrizione del reato e reputava insufficiente la prova in ordine all'acquisizione del consenso informato. La Sezione V della Corte di Cassazione, nel 2008, con la sentenza n. 38354, rimetteva al vaglio delle Sezioni Unite la risoluzione del quesito se abbia o meno rilevanza penale la condotta del medico che, in assenza di consenso, sottoponga il paziente ad un intervento chirurgico eseguito *lege artis* e con esito fausto.

⁵²¹ In altri termini, la violenza viene considerato un requisito essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di un mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore, ossia la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa.

costrizione, per la mancanza, in tale frangente di tempo, del necessario contrasto di volontà tra l'agente ed il soggetto passivo⁵²².

A questo punto, la Corte regolatrice si sofferma ad analizzare il delitto di lesioni personali dolose.

In via preliminare, si mette in luce la sostanziale incompatibilità concettuale che è possibile cogliere tra lo svolgimento dell'attività sanitaria e l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 582 c.p. In effetti, una condotta istituzionalmente rivolta a curare, ossia a rimuovere un male, non può essere posta sul medesimo piano di una condotta, viceversa, destinata a provocare quel male⁵²³.

Per quanto concerne la condotta del medico, è d'uopo sottolineare che essa è teleologicamente orientata al raggiungimento di un risultato utile per la salute complessiva del paziente. L'atto operatorio, in sé considerato, rappresenta soltanto una porzione della condotta terapeutica, dal momento che la stessa, pur avendo preso avvio con

⁵²² Più in particolare, Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, cit., 447 ss., argomenta nel senso che nella fattispecie di cui all'art. 609 *bis* c.p., strutturalmente omologa a quella dell'art. 610 c.p., il legislatore ha ritenuto di introdurre un'espressa equiparazione normativa tra l'ipotesi del costringimento, con violenza o minaccia, a subire atti sessuali, e l'ipotesi del compimento dell'atto sessuale con abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della vittima. Sulla base di questo rilievo, i giudici di legittimità evincono che il legislatore, nel dettare la disciplina, ha dovuto stabilire un'apposita disposizione per equiparare condotte fra loro non sovrapponibili, escludendo che l'approfittamento della condizione di incapacità possa equivalere ad un fatto, di per sé, integrante violenza.

⁵²³ Con la precisazione, tuttavia, che la giurisprudenza si pone nel senso di ritenere non necessario, nel delitto di lesioni personali, che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione di conseguenze lesive, in quanto risulta sufficiente che l'intenzione di infliggere ad altri una violenza fisica, *rectius* il cosiddetto dolo generico. In questo senso, *ex multis*, si orientato Cass. pen., Sez. I, 7 giugno 1996, n. 6773; Cass. pen., Sez. VI, 13 ottobre 1989, n. 3103, cit. 1566 ss.; Cass. pen., Sez. V, 25 novembre 1986, n. 3038; e, ancora più risalente, Cass. pen., Sez. V, 12 aprile 1983, n. 4419.

quell'atto, potrà misurarsi, nelle sue conseguenze, in ragione degli esiti scaturiti dall'intervento⁵²⁴.

Ciò premesso, la Suprema Corte si sofferma sull'elemento della "malattia", richiesto dalla struttura del delitto di lesioni personali dolose.

Anzitutto, occorre premettere che si tratta di un parametro normativo extragiuridico, di matrice tecnico-scientifica, tale da fare in modo che il fenomeno morboso, altrimenti apprezzabile da chiunque in termini soggettivi e, pertanto, indistinti, presenti dei connotati definitivi propri del settore medico di appartenenza⁵²⁵.

Secondo la scienza medica e, ancora prima, per la *communis opinio*, per malattia non deve intendersi una mera alterazione anatomica⁵²⁶, bensì un processo patologico evolutivo, accompagnato da una compromissione, più o meno rilevante, dell'assetto funzionale dell'organismo⁵²⁷.

⁵²⁴ Questo passo motivazionale di Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, cit., 447 ss., si apprezza tenendo presente che il caso di specie riguarda un intervento non consentito ma oggettivamente fausto nell'esito. La Suprema Corte, viceversa, non approfondisce la differente e più problematica ipotesi di un intervento eseguito *lege artis* e con esito infausto.

⁵²⁵ In senso critico rispetto ad una nozione oggettiva di salute, PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, in *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 396 e 397.

⁵²⁶ Non può essere sottaciuto che, per lungo tempo, soprattutto sul versante giurisprudenziale, la nozione di malattia ha risentito di quanto indicato nella Relazione ministeriale sul Progetto del codice penale, dal momento che in essa si era precisato che la malattia è indistintamente qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, anche se localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali. In proposito, è opportuno ricordare che l'art. 372 del codice Zanardelli incriminava chiunque "senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione nella mente".

⁵²⁷ La prima pronuncia, in via giurisprudenziale, che ha segnato una profonda innovazione rispetto all'orientamento più risalente è Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 1996, n. 10643, cit., 481 ss., la quale ha statuito che il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito di una apprezzabile riduzione di

In effetti, il concetto di durata della malattia, rispetto al quale è parametrata la gravità e procedibilità del reato *de quo*, conferma una propensione al recepimento di una nozione funzionalistica di malattia⁵²⁸.

Posto che la semplice alterazione anatomica non costituisce un presupposto indefettibile della malattia⁵²⁹, possono verificarsi modificazioni di quest'ultimo tipo che non determinano alcuna incidenza sulla normale funzionalità dell'organismo.

Il giudizio positivo sul miglioramento delle condizioni di salute del paziente, tuttavia, deve essere ragguagliato non solo alle regole della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali confluiscono anche le manifestazioni di volontà provenienti dal paziente. Questa precisazione è di particolare importanza, considerato che permette di evitare che la scelta monologante degli obiettivi terapeutici sia compiuta soltanto isolatamente dal medico, negligendo a ciò che il paziente abbia potuto indicare in proposito.

In questo quadro, l'approdo cui giungono le Sezioni Unite è quello di escludere la responsabilità penale in capo al medico nell'ipotesi in cui l'intervento chirurgico sia stato eseguito *lege artis* e ed abbia avuto esito felice.

funzionalità, cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, nonché di quello di un fatto morboso in evoluzione verso un determinato esito.

⁵²⁸ In giurisprudenza, con la stessa linea di pensiero, accolgono la nozione funzionale di malattia ed escludono, di conseguenza, le alterazioni di natura soltanto anatomica, Cass. pen., Sez. V, 15 ottobre 1998, n. 714, cit., 312 ss.; nonché, più di recente, Cass. pen., Sez. IV, 19 marzo 2008, n. 17505.

⁵²⁹ Considerato che possono sussistere processi patologici che non derivino da una modificazione anatomica.

Il delitto di cui all'art. 582 c.p., in altri termini, non risulta integrato⁵³⁰ allorché in cui il sanitario abbia operato secondo quanto indicato in sede scientifica per contrastare una determinata patologia e, in aggiunta, tale condotta abbia curato la pregressa malattia⁵³¹.

La subordinazione della responsabilità penale del medico al verificarsi di un esito fausto, a nostro sommo avviso, non risolve il problema, considerato che può accadere che ad un atto terapeutico non consentito, ma imposto dalle necessità del caso, conseguano delle complicanze infauste non addebitabili ad alcuna condotta colposa dell'agente.

La preoccupazione che ne discende è quella di configurare il delitto di cui all'art. 582 c.p., nonostante il rispetto delle cosiddette *leges artis*, in base agli esiti che ne conseguono⁵³².

⁵³⁰ Dal punto di vista dinamico, di conseguenza, si verifica un'assoluzione con la formula piena "perché il fatto non sussiste", dal momento che difetta l'evento del reato. V. per tutti sul punto TONINI P., *Manuale di procedura penale*, IX ed., Milano, 2008, 629 ss., spec. 630 su questa formula di assoluzione. Il profilo della mancanza del consenso, secondo Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, cit., 447 ss., rileverà su altri piani, come quello civile, ma non su quello penale. In letteratura, in senso opposto a quest'ultima considerazione giurisprudenziale, v. le osservazioni critiche di PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito* (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437), in *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 398, nelle ultime riflessioni critiche di chiusura al commento.

⁵³¹ Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, cit., 447 ss., precisa che, viceversa, ove l'esito sia stato sfavorevole per il paziente, avendo cagionato una malattia, la condotta del sanitario integra un fatto conforme al tipo previsto e punito dall'art. 582 c.p.

⁵³² Nella medicina legale, questa preoccupazione è condivisa da FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., 296, che testualmente rilevano: "ciò che può preoccupare, nella prospettiva delle future sentenze, è la condizione che la sentenza pone per negare che un intervento esteso oltre il consenso del paziente – ma non in presenza di un esplicito dissenso – configuri il reato di lesioni personali volontarie. Tale condizione sembra essere quella è che alla condotta del medico consegua un esito fausto". V. nello stesso settore, il contributo di BARNI M., *Impunità, colpa o dolo del chirurgo: tutto – o quasi – dipende dall'esito!*, cit., 759, spec. 761.

A questo proposito, si impone di prendere in esame le pronunce successive alle Sezioni Unite, al fine di valutare la portata nomofilattica della pronuncia in esame ovvero i nodi ermeneutici ancora da sciogliere.

2. La giurisprudenza dopo le Sezioni Unite

Dopo la sentenza a Sezioni Unite, nel 2010, la Corte di Cassazione è tornata sul tema dell'esecuzione di un trattamento medico-chirurgico diverso da quello consentito dal paziente.

Con due importanti pronunce, pure affrontando una problematica non identica, perviene, su alcuni aspetti, a considerazioni che, almeno in parte, si discostano da quanto sostenuto dalla predetta sentenza delle Sezioni Unite⁵³³.

Anzitutto, il primo caso riguarda l'esecuzione, da parte di un medico oculista, di un intervento volto a curare un'elevata miopia ad entrambi gli occhi ed astigmatismo. Il sanitario, dopo la normale visita oculistica, consigliava un'operazione di natura correttiva, definita routinaria, a cui il paziente si sottoponeva⁵³⁴.

Tuttavia, mentre quest'ultimo prestava il proprio consenso affinché l'intervento correttivo venisse compiuto soltanto con la tecnica di tipo *lasik*, il medico procedeva, viceversa, con la rifiutata metodica di tipo

⁵³³ V. per un commento alle sentenze di legittimità immediatamente successive alle Sezioni Unite, ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2010, 64.

⁵³⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799, in *Riv. it. med. Leg.*, 2010, 747 ss., con nota di BARNI M., *Impunità, colpa o dolo del chirurgo: tutto – o quasi – dipende dall'esito!*; nonché, con nota di IADECOLA G., *Atto medico, consapevole violazione della regola del consenso del paziente e responsabilità penale: tra nostalgie del passato e l'attesa del legislatore (en attendant Godot...?)*, in *ivi*, 2010, 1050 ss.

PRK. Successivamente all'esecuzione di quest'ultimo tipo di operazione, conseguiva, in capo al paziente, l'indebolimento permanente del senso della vista.

Dal punto di vista processuale e dinamico, a seguito di giudizio abbreviato, il Giudice per l'Udienza Preliminare derubricava il fatto, dall'originario delitto di lesioni dolose contestato dal Pubblico Ministero, in lesioni colpose, ritenendo integrata la colpa in base ad una serie di omissioni colpevoli poste in essere dall'oculista, tra cui avere omesso di effettuare alcuni esami preparatori⁵³⁵.

Contro la predetta sentenza, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Sassari ricorreva in Cassazione, motivando nel senso che il medico, il quale agisce senza il consenso del paziente, pone in essere un'aggressione all'incolumità individuale di quest'ultimo, protetta dal delitto di cui all'art. 582 c.p.⁵³⁶.

Considerato che l'intervento chirurgico, a differenza del caso preso in analisi dalle Sezioni Unite, si è concluso con esito infausto, dal momento che è conseguito al paziente l'indebolimento permanente

⁵³⁵ In particolare, il G.U.P. derubricava il fatto in lesioni colpose con la motivazione che il medico agisce con il solo fine di curare o, meglio, per scopi terapeutici e, pertanto, non vuole cagionare lesioni. Inoltre, rilevava l'intervenuta prescrizione del reato.

⁵³⁶ In particolare, nella parte motiva si riscontra il seguente *iter* logico-giuridico: *“asserita la colposità della condotta, la qualificazione giuridica del fatto è avvenuta da parte del giudice con semplice adesione ad una nota giurisprudenza, per la quale il fine terapeutico esclude il dolo delle lesioni personali, salvo casi eccezionali. [...] in tal modo si trasforma un delitto a dolo generico in un delitto a dolo specifico”*. Cfr. sul punto, Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799. Inoltre, il Procuratore della Repubblica sostiene che, anche adottando una nozione funzionale di malattia, non può essere sottaciuto che dalla ferita chirurgica comunque deriva una malattia, a prescindere dall'esito derivatone.

della vista, la Corte di Cassazione, Sezione IV, 20 aprile 2010, n. 27199, decide nel senso di accogliere il predetto ricorso⁵³⁷.

In primis, i giudici di legittimità, in accordo con quanto statuito dalle Sezioni unite, premettono che il consenso alle cure non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p. Tuttavia, considerato che il paziente è libero di effettuare scelte autonome, il consenso alle cure costituisce un presupposto di legittimità dell'intervento chirurgico.

Sulla base di tale premessa, la Suprema Corte puntualizza che non si può addivenire a soluzioni interpretative che finiscano per vanificare il suddetto principio, nel senso che il medico non può compiere a propria discrezione qualsiasi attività terapeutica. Ne deriva che, in caso di esito infausto, il criterio di imputazione può essere colposo quando il medico, in carenza di un valido consenso, interviene sul paziente nella convinzione, per negligenza ovvero imprudenza, dell'esistenza dello stesso⁵³⁸.

In aggiunta, la pronuncia *de qua* stabilisce che deve ritenersi insuperabile il dissenso manifestato dal paziente. Da questa premessa, la Suprema Corte evince che, nell'ipotesi in cui consegua un esito infausto all'intervento terapeutico rifiutato, si configura il delitto di lesioni personali dolose.

In punto di fattispecie soggettiva, sebbene, a prima vista, sembra che la sentenza in analisi condivide quanto statuito dalle Sezioni Unite, ad un più approfondito esame emerge che tale condivisione

⁵³⁷ Peraltro, dopo un tentativo, risultato vano, di rimettere la questione alle Sezioni Unite. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 gennaio 2010, n. 5076.

⁵³⁸ V. al riguardo Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799.

risulta più formale che sostanziale. Ciò in quanto, nel sottolineare i profili di dolo ascrivibili al medico specialista, la pronuncia *de qua* si sofferma sulla figura del dolo eventuale⁵³⁹, senza escludere che lo specialista abbia pure agito per fini curativi⁵⁴⁰.

In particolare, si ricava che l'evento dannoso deve essere imputato all'oculista non a titolo di colpa, bensì per quello di dolo, dal momento che il delitto di cui all'art. 582 c.p. non richiede il dolo specifico e, di conseguenza, è indifferente che l'intervento che ha cagionato la malattia finale sia stato eseguito per eliminarne un'altra⁵⁴¹.

Gli elementi dell'esito infausto, da un lato, e del dolo eventuale, dall'altro, divengono lo strumento per discostarsi dall'orientamento tracciato dalle Sezioni Unite e configurare in capo al reo il delitto di lesioni personali dolose.

3. La sentenza del 2010 sull'omicidio preterintenzionale

La seconda importante pronuncia, successiva al *dictum* delle Sezioni Unite, riguarda un caso nel quale un medico viene accusato di

⁵³⁹ Tuttavia, come osservato anche da GALLI E., *Il consenso informato nell'attività medico-chirurgica: le controverse posizioni della giurisprudenza penale*, cit., 453, la motivazione su questo punto è piuttosto vaga.

⁵⁴⁰ Non può non rinviarsi, sul punto, a VALSECCHI A., *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*, cit.

⁵⁴¹ Ne deriva che soltanto il paziente può stabilire quale opzione terapeutica intraprendere, nel senso che è *dominus membrorum suorum*. A differenza dall'impostazione delle Sezioni Unite, Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799, precisa che la "valutazione complessiva della salute" spetta in via esclusiva al paziente. Sul punto, v. PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 395, nonché spec. 397. Sul diritto alla salute, nella recente giurisprudenza, v. *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254, la quale riguarda il decesso di un soggetto affetto da una grave forma di cardiopatia e dimesso in termini troppo brevi.

avere eseguito, su una giovane paziente, un'operazione inutilmente demolitiva⁵⁴². In seguito a complicanze di natura post-operatoria, conseguiva all'operazione la morte della paziente.

Secondo l'assunto accusatorio, l'intervento chirurgico veniva posto in essere solo per ottenere un rimborso maggiore dal Servizio sanitario nazionale.

Nonostante l'iniziale accusa a titolo di omicidio preterintenzionale, in primo grado, l'imputato veniva condannato per omicidio colposo e, in fase d'appello, la sentenza veniva confermata. In particolare, la suddetta derubricazione aveva luogo con la motivazione che la finalità curativa che anima il medico risulta incompatibile con il dolo richiesto dall'art. 584 c.p.

Tuttavia, rilevato come, nell'ipotesi in esame, il medico non fosse mosso da alcun intento terapeutico, il Pubblico Ministero ricorreva in Cassazione. A questo punto, a seguito di una articolata motivazione, il ricorso veniva accolto dalla Corte di Cassazione⁵⁴³.

Un punto di particolare interesse, nell'*iter* motivazionale della sentenza, riguarda anzitutto l'esito dell'intervento chirurgico. Si possono immaginare, con riferimento al caso in cui l'esito sia fausto, delle ipotesi in cui il beneficio si realizza, ma accanto conseguenze negative.

⁵⁴² In particolare, l'imputato procedeva all'asportazione dell'intestino, dell'utero e della vescica, al fine di rimuovere un tumore, nonostante fosse consapevole che, per quel tipo di patologia, l'unica terapia praticabile è quella farmacologica e non chirurgica. Cfr. la ricostruzione in fatto condotta da Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521.

⁵⁴³ La Suprema Corte prende in esame i precedenti giurisprudenziali in materia, tra cui la decisione delle Sezioni Unite e, in particolare, si sofferma sul fondamento dogmatico dell'attività medica e sulla tipicità del delitto di cui all'art. 582 c.p. Cfr. al riguardo spec. il punto 4 di Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521.

Nel caso esaminato dalle Sezioni Unite – *id est* l'esecuzione non consentita dell'operazione di salpingectomia – se, da un lato, si riscontra un esito fausto, in quanto tale intervento risulta imposto per curare la paziente, dall'altro vi sono significative ripercussioni sulla capacità di procreare.

Ciò posto, la sentenza *de qua* si sofferma diffusamente sulla questione della configurabilità dell'omicidio preterintenzionale in ambito medico. La Suprema Corte, dopo avere premesso che, in caso di esito fausto⁵⁴⁴, difetta la tipicità dell'art. art. 582 c.p. e, dunque, anche dell'art. 584 c.p., puntualizza che tale esito favorevole per la salute non si verifica già solo per la mera sopravvivenza del paziente all'intervento chirurgico arbitrario⁵⁴⁵.

In punto di fattispecie soggettiva, la Corte di Cassazione evidenzia che l'inciso “*atti diretti a*” dell'art. 584 c.p. richiede, per quanto riguarda l'evento voluto, il dolo intenzionale ovvero diretto. Ne discende, nel settore in esame, che tali forme di dolo sussistono nei casi in cui la menomazione del corpo viene compiuta per scopi di scientifici o di ricerca ovvero esclusivamente estetici⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Cfr. il punto 1, sezione terza, secondo cui nel caso di esito fausto la condotta è da ritenersi priva di offensività ovvero deve ritenersi che “*difetti proprio l'evento del reato di lesioni*”.

⁵⁴⁵ Si scorge, in queste considerazioni di Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521, una velata critica nei confronti delle Sezioni Unite, nel senso di non condivisione nei confronti di un'asettica valutazione dell'esito favorevole.

⁵⁴⁶ In questi ultimi casi, infatti, non viene in rilievo la finalità terapeutica. In giurisprudenza, in questo senso, v. già l'orientamento seguito da Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, in *Cass. pen.*, 2001, 517 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 66 ss., con il commento di PIETRA G., *Trattamento medico chirurgico: un'assenza legislativa non più tollerabile*.

Sulla base di queste premesse, la Suprema Corte evince che se il paziente esprime il proprio dissenso a sottoporsi ad una determinata operazione chirurgica, quest'ultima, se eseguita, costituisce una violazione sia della libertà di autodeterminazione terapeutica sia dell'integrità fisica.

Tuttavia, il medico che sottoponga il paziente ad un trattamento non consentito, anche con esito infausto, non risponde del delitto di omicidio preterintenzionale se la terapia sia inquadrabile nella categoria degli atti medici. Viceversa, tale fattispecie delittuosa risulta configurabile in mancanza di alcuna finalità terapeutica perseguita dal medico⁵⁴⁷.

Inoltre, la Sprema Corte manifesta delle perplessità nel ricollegare la tipicità del delitto di lesioni personali agli esiti dell'intervento chirurgico, dal momento che sono delle conseguenze spesso casuali. Circa quest'ultima fattispecie delittuosa viene precisato, in un *obiter dictum*,⁵⁴⁸ che in presenza di dolo eventuale viene meno il delitto di cui all'art. 584 c.p., ma non quello dell'art. 582 c.p.

Residua pertanto il dubbio se, nel caso di esito di esito infausto, diverso dal decesso del paziente, possa profilarsi una responsabilità penale del sanitario, a titolo di dolo eventuale, per lesioni personali volontarie⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ A titolo esemplificativo, a fini meramente didattici.

⁵⁴⁸ V. in particolare il punto 2, sezione terza, dell'*iter* motivazionale seguito da Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521.

⁵⁴⁹ Forma di dolo che, come rilevato in dottrina, non contrasta con la finalità terapeutica perseguita dal medico. V. a tale proposito le riflessioni di VALSECCHI A., *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità. Relazione all'incontro di studio "Questioni nuove o controverse nella giurisprudenza della Corte di Cassazione"*, organizzato

4. La sentenza del 2011 sull'omicidio preterintenzionale

Il processo trae origine da dichiarazioni rese al Pubblico Ministero da un paziente che, presso il reparto di cardiocirurgia di un Istituto Clinico aveva subito un intervento al cuore, di sostituzione della valvola aortica ed applicazione di una protesi meccanica, deciso a seguito di visita da parte del primario del reparto, secondo il quale era necessario sostituire sollecitamente la valvola⁵⁵⁰.

La denuncia del paziente dipendeva dall'aver avuto, dopo l'operazione, plurime indicazioni circa la non necessità di un intervento così invasivo, e comportante conseguenze di rilievo per la sua qualità di vita, essendo costretto, tra l'altro, a quotidiana terapia anticoagulante. L'indagine preliminare del Pubblico Ministero, che aveva riguardato una serie di analoghi interventi, si era conclusa con la richiesta di rinvio a giudizio di alcuni medici.

In tutti i capi di imputazione riguardanti gli interventi chirurgici si contestava l'esecuzione senza necessità di interventi al cuore dei pazienti, di sostituzione o di plastica valvolare, o di altri analoghi, perché, secondo l'accusa, non ricorrevano i presupposti ovvero i parametri universalmente riconosciuti⁵⁵¹ ed era mancato un valido

dall'Ufficio del Referente per la Formazione decennale della Magistratura ordinaria della Corte d'Appello di Bologna il 29.11.2010, cit.

⁵⁵⁰ Questo caso è deciso, in ultima fase, da Cass. pen., Sez. V, 28 giugno 2011, n. 33136.

⁵⁵¹ La Corte territoriale sorregge il proprio giudizio sull'indicazione peritale di contrasto della decisione di operare dell'imputato con le linee guida elaborate sia dall'*European Society of Cardiology – ESC*, sia dall'Associazione Americana di Cardiologia – AHA, circa la necessità dei diversi interventi nei tempi in cui erano stati eseguiti, linee guida che in altri casi la Corte territoriale aveva ritenuto di sottovalutare, seguendo un'impostazione dei periti sul valore in generale di quelle

consenso, per non essere stati informati i pazienti della loro reale situazione e delle conseguenze del trattamento.

Quale evento lesivo di tali interventi si contestava l'aver provocato lesioni personali gravi, consistite nell'alterazione anatomica, la stereotomia, determinata dall'operazione chirurgica, nella messa in pericolo della vita della persona offesa e nella diminuzione funzionale dell'organismo per un periodo superiore ai quaranta giorni. Inoltre, veniva contestato il delitto di lesioni personali gravissime, essendo determinatosi, a carico di un paziente, una diminuzione funzionale dell'organismo a tempo indeterminato ed insanabile.

Ciò posto, il profilo più interessante del caso in esame riguardava la contestazione del delitto di omicidio preterintenzionale, in quanto il fatto di lesioni volontarie, dipendente dall'intervento realizzato nelle condizioni sopra indicate, avrebbe determinato la morte del paziente a causa di infarto perioperatorio non rilevato sino alla data delle dimissioni dalla clinica, avvenute con infarto in atto⁵⁵². Circa quest'ultima fattispecie, mentre, in primo grado, la condanna aveva luogo a titolo di omicidio preterintenzionale, in sede di appello, il

linee guida e sull'incidenza delle stesse nelle decisioni da assumere da parte del medico.

⁵⁵² Dal punto di vista dell'*iter* processuale, all'esito del giudizio abbreviato, il Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di Milano, riconosciute agli imputati le circostanze attenuanti generiche ritenute alle circostanze aggravanti contestate, ha dichiarato non doversi procedere per prescrizione in relazione ai delitti di lesione volontaria e ne ha affermato la penale responsabilità per i delitti restanti. Sull'appello, la Corte di Assise d'appello di Milano ha qualificato come lesioni personali colpose gravi e gravissime, *ex art. 590 c.p.*, e ha dichiarato non doversi procedere per essere i reati estinti per prescrizione. Inoltre, veniva derubricato il delitto di omicidio preterintenzionale in quello di omicidio colposo.

delitto dell'art. 584 c.p. veniva derubricato⁵⁵³ in quello di cui all'art. 589 c.p.

Con la pronuncia della Corte di Cassazione, Sezione V, 28 giugno 2011, n. 33136, la sentenza della Corte di Assise d'appello di Milano viene fondatamente attaccata con argomentazioni che inducono il Collegio a ritenere necessaria una generale rivalutazione della vicenda da parte del giudice di merito. Uno dei tratti caratteristici del caso per cui si procede e che ha connotato l'impostazione accusatoria è quello dell'esistenza del movente economico, che avrebbe motivato l'attività compiuta dal chirurgo presso la clinica⁵⁵⁴.

L'attività operatoria, in particolare, sarebbe stata condizionata dalla necessità di superare un certo numero di interventi annui per potersi garantire un rilevante incremento del compenso pattuito con l'Istituto⁵⁵⁵. In vista di tale obiettivo, il primario avrebbe considerato preminente su ogni altra valutazione, di necessità terapeutica e di generale opportunità per le condizioni del malato, quella di eseguire interventi operatori, del tipo e dell'impegno per il paziente di quelli

⁵⁵³ Cfr. sul punto la sentenza n. 33/2009 della Corte d'Assise d'Appello di Milano, di data 28 aprile 2010.

⁵⁵⁴ La Corte di merito ha tratto la convinzione, dalla deposizione di un testimone, che l'imputato percepisse un compenso fisso di Euro 25.000,00 mensili, corrispondenti ad Euro 325.000,00 annui – considerate dodici mensilità oltre alla tredicesima – in relazione al rapporto di lavoro e, in più, esistesse un accordo verbale in forza del quale raggiunta la soglia di seicento interventi all'anno, ogni operazione sarebbe stata compensata con l'importo di Euro 500,00 cadauno, per un totale di almeno ulteriori Euro 300.000,00 annuali, e possibilità di ulteriore aumento del compenso se il numero dei trattamenti si fosse ancora incrementato.

⁵⁵⁵ Il presupposto dell'accusa è il cosiddetto cottimo della cardiocirurgia, la cui esistenza il giudice d'appello ritiene confermata anche all'esito del giudizio d'impugnazione. Per rendere concretamente l'idea, giova precisare che la Corte territoriale ha ritenuto che il guadagno annuale dell'imputato, in forza dei rapporti di lavoro dipendente ed a cottimo in corso con la clinica si aggirava almeno su Euro 625.000,00 circa, sulla base di un numero di seicento interventi, ma che era destinato ad incrementarsi.

tipici della cardiocirurgia, mettendo così in atto vere e proprie azioni lesive che avrebbero perso ogni connotazione di intervento a vantaggio della salute⁵⁵⁶.

Di conseguenza, in ambito medico-chirurgico, l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 584 c.p. rimane configurabile con riferimento a quei tipi di interventi che, anche se non di carattere scientifico o di ricerca ovvero meramente estetici, risultano posti in essere non per portare un beneficio alle condizioni del malato, bensì per lucrare ed ottenere un guadagno.

5. La sentenza sul delitto di lesioni con dolo eventuale

Un caso di particolare interesse riguarda la recente condanna di un sedicente medico dentista per avere cagionato volontariamente lesioni personali all'apparato dentale di una paziente⁵⁵⁷. Dall'intervento posto in essere derivava, in particolare, una malattia di durata superiore ai quaranta giorni, nonché l'indebolimento permanente dell'organo della masticazione.

Il responsabile dello studio dentistico ed un collaboratore dello studio sottoponevano la paziente a complesse operazioni chirurgiche dell'apparato dentale, inadeguate rispetto al tipo di patologia sofferta, e senza la necessaria abilitazione e, pertanto, in mancanza delle

⁵⁵⁶ Il ricorso del Procuratore generale fonda la sua critica alla sentenza del giudice d'appello sull'impossibilità di configurare come solo colposo l'atteggiamento di chi abbia operato, effettuando interventi non considerati necessari, mosso dalla precisa e preminente volontà di realizzare una particolare utilità economica.

⁵⁵⁷ Ci riferiamo al caso deciso da Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 3222. V. anche, per un caso analogo a quello in esame e, in ultimo grado, deciso nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 22 dicembre 2011, n. 48074.

competenze tecniche richieste. Al riguardo difettava un valido consenso informato, dal momento che entrambi tacevano la mancanza dei titoli professionali prescritti e l'assenza delle qualifiche richieste per il tipo di intervento.

All'esito del giudizio abbreviato, con sentenza del Tribunale di Milano, ufficio Gip, la condanna per il delitto di lesioni personali dolose era alla pena di un anno, sei mesi e venti giorni di reclusione. La Corte di Appello di Milano, con sentenza del 14 maggio 2010, riformava la pronuncia del Gip e riteneva non sussistente il predetto reato, non essendo provata la volontà di cagionare alla paziente la malattia ed i postumi invalidanti verificatisi⁵⁵⁸.

Proposto ricorso per cassazione da parte del Procuratore Generale di Milano e della parte civile, viene lamentata la violazione ed erronea applicazione della legge penale in riferimento agli articoli 582 e 583 c.p., nonché la manifesta illogicità della motivazione⁵⁵⁹. Ciò in quanto l'asserita incompatibilità dell'attività del medico, il quale agisce per scopi curativi, con il dolo di lesioni personali, si sostiene, può valere esclusivamente per il medico e non per chi sia privo di tale titolo professionale.

⁵⁵⁸ Al contrario, la Corte d'appello motivava nel senso che entrambi gli imputati, sebbene consapevoli dei potenziali effetti pregiudizievoli delle cure, avessero agito nella convinzione di evitarli e di risolvere i problemi sanitari della paziente.

⁵⁵⁹ In proposito, è opportuno precisare che i Gip del Tribunale di Milano, sia in sede di opposizione all'archiviazione, sia in sede di giudizio abbreviato, avevano ritenuto sussistente il dolo, quantomeno nella forma del dolo eventuale.

La Suprema Corte, investita della questione, si sofferma sul confine che separa il dolo eventuale dalla più mite figura della colpa con previsione⁵⁶⁰ di cui all'art. 61, n. 3, c.p.

Anzitutto, il dolo eventuale si configura quando il soggetto pone in essere una determinata condotta e, nonostante la previsione della possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze, agisce accettando il rischio di cagionarle⁵⁶¹. L'agente, altri termini, esegue una determinata azione ed accetta il rischio del verificarsi di un evento che, nella rappresentazione psichica, non è da lui direttamente voluto, ma appare probabile. Quest'ultimo, tuttavia, pur non prendendo di mira quel determinato evento, agisce anche a costo di cagionarlo, tanto che l'accadimento non può non considerarsi riferibile alla determinazione volitiva⁵⁶².

Al contrario, il mancato rispetto delle regole dell'arte medica, a causa di negligenza od imperizia, determina l'attribuzione dell'evento lesivo a titolo di colpa, mentre difficilmente si riscontrerà il dolo diretto, ossia la volontà di produrre l'evento infausto. La colpa con previsione dell'evento si profila qualora l'agente pone in essere una

⁵⁶⁰ Sul punto, di recente, si soffermano anche Cass. pen., Sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 1367; Cass. pen., Sez. I, 29 gennaio 2008, n. 12954; Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712.

⁵⁶¹ Su questa forma di elemento soggettivo, per un quadro fornito da alcuni significativi precedenti giurisprudenziali: Cass. pen., Sez. Un., 12 ottobre 1993, n. 748; Cass. pen., Sez. Un., 14 febbraio 1996, n. 3571; Cass. pen., Sez. I, 12 novembre 1997, n. 6358; Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 1998, n. 8052; Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 1998, n. 13544; Cass. pen., Sez. V, 17 gennaio 2005, n. 6168; Cass. pen., Sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 1367; Cass. pen., Sez. I, 24 maggio 2007, n. 27620; Cass. pen., Sez. I, 29 gennaio 2008, n. 12954.

⁵⁶² Nel dolo eventuale, il rischio viene accettato in conseguenza di una scelta per cui il soggetto subordina volontariamente un bene ad un altro. In altri termini, l'agente effettua preventivamente una valutazione comparata tra gli interessi in gioco ed attribuisce prevalenza ad uno di essi, nonostante la consapevolezza che un interesse può essere perseguito con il sacrificio di uno diverso.

condotta, nonostante la previsione dell'evento, ma escludendo la possibilità di realizzazione dello stesso. Quest'ultimo non è voluto in quanto non è accettato il rischio del suo verificarsi, nel senso che l'agente agisce, ma nella convinzione ovvero nella ragionevole speranza di poterlo evitare, in ragione della propria abilità personale o per l'intervento di altri fattori⁵⁶³.

Ciò posto, si evidenzia che se, in generale, la linea di demarcazione tra le due figure anzidette è molto sottile⁵⁶⁴, lo è ancora di più in ambito medico, dal momento che vi è sempre un margine di rischio più o meno elevato, legato all'esecuzione dell'intervento. Il medico, in ragione della preparazione professionale e della sua esperienza, è in grado di prefigurarsi i possibili esiti negativi del trattamento.

Sulla base di quanto detto, emerge che il punto determinante non è quello della rappresentazione, bensì quello della scelta. Si profila il dolo eventuale se il medico agisce a prescindere dal rischio, nel senso che rappresenta una circostanza per quest'ultimo irrilevante.

⁵⁶³ V. *ex multis* nella più recente giurisprudenza, Cass. pen. Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411. La rappresentazione del fatto tipico come probabile o possibile è, secondo la giurisprudenza di legittimità, sia presente nel dolo eventuale sia nella colpa con previsione. Pertanto, il *discrimen* deve essere individuato sul terreno della volizione dell'evento. Il dolo eventuale richiede, in vero, che la realizzazione del fatto sia stata psicologicamente accettata dall'agente, dal momento che quest'ultimo avrebbe ugualmente agito anche se avesse avuto la certezza del suo realizzarsi. Viceversa, nella colpa con previsione, la rappresentazione come certa avrebbe trattenuto l'agente dal porre in essere la condotta.

⁵⁶⁴ Per non dire "malleabile", come ritiene SUMMERER K., *Aids e diritto penale. La responsabilità per contagio da virus HIV*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, cit., 419; ovvero, addirittura, "indistinto", come invece sostiene MANNA A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, cit., 9 ss., spec. 17, circa il coefficiente psicologico del soggetto attivo nei casi di trasmissione del virus HIV per via sessuale.

La Suprema Corte puntualizza che, nella prospettiva penalistica, non vi è sostegno soggettivo all'azione quando il medico agisce nella convinzione di riuscire a tenere sotto controllo i fattori di rischio⁵⁶⁵ e, ragionevolmente di escludere, con alta probabilità, le conseguenze sfavorevoli⁵⁶⁶.

Al riguardo, la Corte d'Appello ha sostenuto l'assenza di dolo in capo agli imputati con la motivazione che è inverosimile che il medico, il quale interviene con finalità di cura, voglia cagionare volontariamente una malattia. Quest'ultimo, lungi dall'accettare il rischio di procurare un evento lesivo, agisce nella convinzione di poter evitare ogni danno alla salute del paziente⁵⁶⁷.

Su questo punto, viceversa, la Corte di Cassazione giunge ad un risultato opposto, in quanto valorizza il dato che l'agente non era un medico. Da questa premessa, i giudici di legittimità deducono che era molto più alto il rischio che si verificassero complicazioni e, pertanto,

⁵⁶⁵ Cfr. la parte motiva di Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 3222. Tuttavia, posto che non è possibile indagare direttamente all'interno della psiche umana, al fine di verificare che cosa abbia pensato il medico in concreto, nel momento in cui operava, occorre compiere la valutazione in via indiretta con indici sintomatici e con valutazioni di tipo deduttivo.

⁵⁶⁶ Il Giudice è chiamato a compiere una penetrante indagine in ordine al fatto unitamente inteso, alle sue probabilità di verificarsi, alla percezione del rischio, al fine di non svuotare di significato la dimensione psicologica dell'imputazione soggettiva. Come riconosciuto dalla stessa Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 3222, si tratta di un'indagine ad alto tasso di complessità, dal momento che si riferisce a processi psicologici del foro interno della persona, condotta con un procedimento di verifica dell'*id quod plerumque accidit*.

⁵⁶⁷ Su questo profilo, per un'ipotesi di lesione prevedibile, cfr. Cass. pen., Sez. V, 7 dicembre 2011, n. 4000, in punto di lesioni personali gravissime colpose. In questo caso, un medico specializzando in chirurgia ed un chirurgo, nel sottoporre la paziente ad un'operazione di exeresi del linfonodo latero-cervicale sinistro (biopsia linfonodale), cagionavano la lesione della diramazione periferica del ramo esterno del nervo accessorio spinale di sinistra, con conseguente paresi del muscolo trapezio sinistro. I medici erravano nell'esecuzione dell'intervento in quanto allargavano la zona chirurgica da asportare oltre il piano capsulare del linfonodo. Tale errore chirurgico era determinato da colpa sia generica, intesa come imprudenza ed imperizia, sia da colpa specifica, per violazione delle *leges artis*.

il medico non poteva non rappresentarsi i potenziali e probabili effetti lesivi.

Secondo quanto emerge dalle difese della parte civile e dal ricorso del Procuratore Generale, l'aver taciuto alla paziente che un imputato non era un medico costituisce un indizio del fatto che quest'ultimo sapeva che, in questo caso, la cliente avrebbe potuto negare il consenso⁵⁶⁸ e sarebbe venuta meno l'opportunità di attività lucrose. Di conseguenza, ciò diviene un indice del fatto che, pur di incassare elevati compensi per l'attività dentistica, gli imputati, consapevoli che lo svolgimento dell'operazione dentale avrebbe potuto portare ad effetti lesivi, erano pronti ad accettarli, ritenendo prevalente l'interesse economico alla percezione dei compensi⁵⁶⁹.

6. La responsabilità per lesioni colpose dello specializzando

Nel caso sopra analizzato, i giudici hanno ritenuto sussistente il delitto di lesioni personali con dolo eventuale, ponendo l'accento sul fatto che l'imputato era un sedicente dentista. Al contrario, dalla

⁵⁶⁸ Per un approfondimento su questo punto, nella recente giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. V, 7 dicembre 2011, n. 4000, ove si delinea una responsabilità per colpa sia generica che specifica, in capo a due chirurghi, in quanto, nonostante una lesione prevedibile, omettevano di richiedere alla paziente il consenso informato. Per effetto della condotta professionale colposa, la paziente riportava lesioni personali gravissime con postumi permanenti.

⁵⁶⁹ In questo senso, un passo di notevole rilevanza, in quanto chiarisce l'impostazione della recente giurisprudenza sul tema, è posto nella parte motiva finale di Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 3222, la quale richiama e si pone in linea con un altro precedente collegato, e puntualizza che: *“l'esito infausto, la lunghezza del trattamento, la dissimulazione della mancanza della qualifica professionale, la delicatezza e la invasività degli interventi praticati sulla paziente, soverchiano largamente la “sicumera” del Pa., accreditato immotivatamente dai giudici di merito della “piena convinzione” di evitare danni alla P., senza precisazione alcuna del quadro clinico, delle difficoltà del caso e del grado di esperienza e di abilità sul quale il prevenuto faceva affidamento temerario”*

casistica emerge che, nel caso di medico abilitato, il quale accetti lo svolgimento un incarico ma con la consapevolezza di non esserne in grado, la responsabilità sarà a titolo di colpa.

A titolo esemplificativo, in una recente vicenda giudiziaria, due medici venivano condannati alla pena di tre mesi di reclusione per ognuno, con sentenza del Tribunale di Isernia, in composizione monocratica, in data 6 aprile 2010, per avere concorso, con condotte colpose indipendenti *ex art. 113 c.p.*, alla produzione di lesioni gravissime a danno di un paziente minorenne⁵⁷⁰.

In particolare, il primo imputato, in qualità di medico radiologo, sottoponeva a TAC il minore e redigeva un referto secondo cui non si riscontrava la presenza di alcun processo espansivo intracranico, mentre, viceversa, la radiografia in realtà mostrava con evidenza il contrario⁵⁷¹.

Alla seconda imputata, invece, che teneva in cura il paziente con visite ambulatoriali presso il Centro Cefalee di un Policlinico, veniva contestato di non avere svolto i necessari approfondimenti diagnostici né esaminato i precedenti referti medici, nonostante lo strabismo e le persistenti cefalee lo rendessero opportuno. Il sanitario, in particolare,

⁵⁷⁰ Successivamente, la Corte di Appello di Campobasso, con sentenza di data 7 luglio 2011, parzialmente riformava quella di primo grado, riducendo la pena inflitta ai due imputati a mesi due di reclusione, al radiologo, e a mesi due e giorni quindici di reclusione all'altro sanitario.

⁵⁷¹ Più in particolare, il referto medico precisava che non si riscontravano “alterazioni apprezzabili densiometriche né processi espansivi dei parenchima cerebrale”. Al contrario, nella regione immediatamente sovrastante la sella turcica, era già presente un tumore del tipo craniofaringioma, sebbene allo stadio iniziale.

formulava diagnosi improprie nonché prescriveva cure inadeguate al minore⁵⁷².

Con riferimento alla posizione del primo imputato, la Suprema Corte pone in evidenza che il medico specializzando non è presente nella struttura per la sola formazione professionale, nel senso che la sua non è una mera presenza passiva⁵⁷³. Pertanto, lo specializzando non può essere considerato come un mero esecutore di ordini, anche se non gode di piena autonomia, in quanto ha conseguito la laurea in medicina e chirurgia.

Nel caso di specie, alla luce dei rilievi dello stesso consulente della difesa, i giudici affermavano che l'imputato disponeva di tutte le cognizioni necessarie per l'effettuazione di una diagnosi corretta e, per questi motivi, escludono la necessità, a tale fine, di una peculiare ed ulteriore specializzazione⁵⁷⁴.

Secondo la Corte di Cassazione, se lo specializzando non è in grado di compiere una determinata attività, deve rifiutarne lo svolgimento, in quanto, diversamente, se ne assume la piena

⁵⁷² Secondo la tesi accusatoria, il concomitante apporto di tali condotte aveva determinato, a tre anni di distanza dalla TAC, un accrescimento considerevole della massa tumorale – da uno a sei centimetri circa – tale da rendere necessario sottoporre il paziente ad alcuni difficili interventi chirurgici che, sia pure correttamente eseguiti, per le notevoli dimensioni assunte dal tumore, cagionavano lesioni gravissime rubricate in imputazione *ex art. 590 c.p.* In particolare, queste ultime consistevano in danni neurologici costituiti dalla perdita del senso della vista e dall'indebolimento permanente dell'organo della masticazione e di quello della prensione.

⁵⁷³ Circa questo soggetto, nel ricorso per cassazione viene denunciata la violazione di legge in relazione al D. Lgs. 17 agosto 1999, n. 368 che, all'art. 38, prescrive che l'attività formativa e assistenziale dei medici in formazione specialistica si svolge sotto la guida di tutori. Secondo la linea difensiva, essendo stato prosciolto il tutore, la condanna del medico specializzando obbligava alla stesura di una motivazione congrua che la Corte territoriale aveva omissa.

⁵⁷⁴ In sede penale, peraltro, non trova applicazione il principio civilistico della colpa grave sancito dall'art. 2236 c.c. Su questa problematica, in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 46412.

responsabilità⁵⁷⁵. In altri termini, si configura la cosiddetta colpa per assunzione in chi cagiona un evento dannoso essendosi assunto un compito che non è in grado di svolgere secondo il livello di diligenza richiesto all'agente modello di riferimento.

Nell'ipotesi in analisi, il grado macroscopico dell'errore commesso si evince dalla trascrizione, in modo del tutto difforme, della diagnosi oculistica. Il medico, come dallo stesso ammesso, non aveva nutrito il minimo sospetto delle anomalie in atto, come cefalee, risvegli notturni e vomito, lamentati dal giovane paziente. In conclusione, con riferimento al caso di specie, la colpa per assunzione si profila per il fatto che la dottoressa, ormai prossima alla specializzazione, non aveva rifiutato l'incarico affidatole⁵⁷⁶.

7. Il ruolo del consenso nel quadro giurisprudenziale

Come emerge dall'analisi di alcune fra le più interessanti e rilevanti pronunce in questo settore, la giurisprudenza ha avuto e, continua ad avere ancora oggi, un ruolo fondamentale, a causa della perdurante assenza di una norma apposita⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Il medico aveva ommesso, come rilevato in primo grado da Trib. Isernia, 6 aprile 2010, cfr. pag. 15, di diagnosticare *“lo slargamento della regione sellare all'interno della quale era presente un tessuto con pareti calcifiche ed a contenuto pseudo cistico con la componente posteriore più voluminosa”*. Questa omissione, a detta del consulente della parte civile, andava considerata macroscopica e, inoltre, andava anche escluso che la rarità della patologia potesse confondersi con la difficoltà della diagnosi.

⁵⁷⁶ Dunque, sussiste la responsabilità professionale sia per i medici strutturati che per gli specializzandi. Cfr., di recente, la pronuncia di Cass. pen., Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 6215.

⁵⁷⁷ V. per tutti, su questo delicato profilo, PIETRA G., *Trattamento medico chirurgico: un'assenza legislativa non più tollerabile*, cit., 66 ss.

Tuttavia, nonostante il percorso ultraventennale di elaborazione ermeneutica sopra esaminato ed i recenti approdi raggiunti dalle Sezioni Unite, rimangono alcuni nodi interpretativi ancora da sciogliere.

Nel nostro ordinamento, anzitutto, non è unanime la portata da attribuire al consenso informato: in effetti, è controverso se trattasi di un presupposto di liceità del trattamento medico o, viceversa, assuma rilievo solo se espresso in forma negativa, in termini di dissenso alle cure.

A questo punto, è opportuno effettuare un raggruppamento di ordine logico, in modo da fare alcune riflessioni complessive con un criterio riguardante la posizione assunta.

Un primo orientamento giurisprudenziale, che è quello più risalente e tradizionale⁵⁷⁸, sostiene che l'attività medica richiede, per la sua liceità, la manifestazione del consenso. Quest'ultimo, in particolare, funge da presupposto di liceità dell'operazione medico-chirurgica, dal momento che riguarda non solo la libertà del paziente e la sua autodeterminazione, ma anche la sua libertà fisica⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ La sentenza più risalente al riguardo è pronunciata da Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639. Nello stesso senso, quasi dieci anni dopo, si pone Cass. pen., Sez. VI, 11 luglio 2001, n. 35822; e, più recente, nella medesima direzione, ma prima dell'intervento delle Sezioni Unite, anche Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335.

⁵⁷⁹ Per libertà fisica deve intendersi il diritto al rispetto dell'integrità del corpo. Cfr. STRANO LIGATO S., *Lesioni personali e omicidio colpose nell'ambito dei trattamenti sanitari*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE A., RIONDATO S., in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTA' S., ZATTI P., cit., 1329 ss., spec. 1340, la quale, in particolare, accoglie una nozione soggettiva circa l'idea di salute. Per un approfondimento di questa posizione, in modo concorde, v. anche quanto sostenuto da RIONDATO S., *Introduzione ai profili penalistici della responsabilità in ambito medico-chirurgico*, in *ivi*, 37 ss.

Da quanto detto, discende che non viene attribuito al sanitario un diritto di curare perché, se così fosse, il consenso informato sarebbe svilito, poiché il paziente si troverebbe in una posizione di soggezione rispetto al primo.

All'interno di questa impostazione, che attribuisce al consenso il ruolo di protezione della libertà fisica del malato, si ravvisano dei contrasti interpretativi in punto di fattispecie delittuose applicabili all'agire del medico. Infatti, non sempre si profila la responsabilità per lesioni volontarie ovvero omicidio preterintenzionale, dal momento che, normalmente, come testimoniato dalla maggioranza dei casi pratici, il medico agisce mosso da una finalità curativa, la quale non è concettualmente compatibile con il dolo di lesioni⁵⁸⁰.

Inizialmente, nel primo caso di intervento medico-chirurgico arbitrario deciso dalla Suprema Corte⁵⁸¹, il medico veniva condannato *ex art. 584 c.p.* La Corte di Cassazione argomentava che il consenso, quale manifestazione della volontà di disporre del proprio corpo, era imprescindibile per escludere l'antigiuridicità del fatto e rendere legittimo l'intervento chirurgico.

Il passaggio argomentativo successivo riguarda il rapporto di causalità con l'evento morte. Se si configura il delitto di cui all'art. 584 c.p. come ipotesi di dolo misto a responsabilità oggettiva, il decesso, quale ulteriore conseguenza non voluta dall'agente, viene

⁵⁸⁰ Cfr. su questo punto, Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132. Di conseguenza, la fattispecie dell'art. 584 c.p. rimane confinata a casi eccezionali ed abnormi, come quello, a titolo esemplificativo, della menomazione inferta al malato per fini scientifici o di ricerca.

⁵⁸¹ Ci riferiamo a Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639.

posta a carico di quest'ultimo in base alla mera esistenza del rapporto di causalità, senza un'indagine di carattere psicologico. La distanza tra questa pronuncia e quelle successive⁵⁸² si coglie in punto di elemento soggettivo, in quanto viene posto in evidenza che la finalità curativa della condotta del medico si pone in termini di incompatibilità rispetto al dolo intenzionale ovvero diretto delle lesioni⁵⁸³.

Al contrario, secondo un'opposta interpretazione giurisprudenziale, assume rilievo soltanto il dissenso del paziente⁵⁸⁴. Ciò in quanto il medico è legittimato, anche in mancanza del consenso del paziente, a sottoporre il paziente alle cure che giudica necessarie, dal momento che l'attività medica si autolegittima. Il rischio di siffatta impostazione è quello di ritornare all'ormai abbandonato rapporto medico-paziente di tipo paternalistico.

In questa direzione, posto che il bene giuridico protetto è la libertà di autodeterminazione terapeutica del paziente, si sostiene la tesi che l'intervento medico-chirurgico eseguito in modo conforme alle regole dell'arte, ma contro la volontà del soggetto sottoposto alle cure, integri il reato di cui all'art. 610 c.p. Tuttavia, tale impostazione assegna

⁵⁸² Cfr. *ex pluribus*, per l'orientamento successivo, Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335.

⁵⁸³ La figura delittuosa di omicidio preterintenzionale tratteggiata in termini di dolo misto a responsabilità oggettiva ha suscitato, sul versante dottrinale, forti critiche, per avere imputato al medico la morte del malato in forza del solo nesso causale, senza investigare il coefficiente psicologico. V. le perplessità manifestate da LOZZI G., *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza del consenso informato*, cit., 614 ss.

⁵⁸⁴ Su questo punto v. le riflessioni di CASCIARO G., SANTESE P., *Il consenso informato*, Milano, 2012, spec. 257.

marginari ristretti al consenso del malato e, secondo parte della dottrina, lascia spazi eccessivi al solo dissenso espresso⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ Questa è l'opinione di IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 2664 ss., spec. 2667.

PARTE III

**SUL FONDAMENTO GIURIDICO DELLA LICEITA' PENALE
DELL'INTERVENTO MEDICO-CHIRURGICO: DAL
VERSANTE DELL'ANTIGIURIDICITA' ALL'ATIPICITA'**

Capitolo I

Profili problematici sulle singole cause di giustificazione

SOMMARIO: **1.** Inquadramento sistematico – **2.** La scriminante del consenso dell'avente diritto - 2.1. Tesi della disponibilità dell'integrità fisica in conformità alla consuetudine - 2.2. Teoria dell'inapplicabilità dell'art. 5 c.c. in ambito penale - 2.3. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.c. - 2.4. La portata dell'art. 50 c.p. e del consenso informato – **3.** L'attività medica autorizzata: l'esercizio di un diritto - 3.1. Il consenso come "requisito-limite" della professione sanitaria – **4.** Protezione del paziente ed adempimento di un dovere – 4.1. L'omissione di soccorso ed il rifiuto delle cure – **5.** La scriminante dello stato di necessità – 5.1. Dissenso alle cure e beni indisponibili - 5.2. Sui singoli requisiti dell'art. 54 c.p. – **6.** Teoria della scriminante non codificata - 6.1. L'alto interesse sociale del trattamento medico-chirurgico - 6.2. Consenso presunto e necessità medica

1. Inquadramento sistematico

In via preliminare, è d'uopo un chiarimento sulla collocazione sistematica del presente capitolo e, dunque, sul complessivo ordine di trattazione seguito.

Quest'ultimo rispecchia un'impostazione metodologica per cui riteniamo sia corretto affrontare *prima* la problematica inerente se e quali fattispecie penali siano applicabili al trattamento medico e, *posterior*, procedere ad investigare quale è il perimetro entro cui l'attività sanitaria risulta lecita dal punto di vista penale.

Ciò poiché ha senso interrogarsi su quest'ultimo profilo in tanto in quanto sia stata *prima* affrontata la questione della riconducibilità o meno, già a livello di tipicità, del trattamento sanitario ad un fatto di

reato⁵⁸⁶. L'attività medica in generale, e quella chirurgica in specie, ancorché intrinsecamente finalizzata al miglioramento dello stato di salute del malato, talvolta, può comportare delle ingerenze nella sfera personale di quest'ultimo, corrispondenti a fatti previsti dalle legge penale.

Alla luce di tali premesse, si rende necessario indagare quale è il fondamento tecnico-giuridico della liceità dell'intervento sanitario eseguito sul paziente. Con la precisazione che tale tema è oggetto di un profondo dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza, in quanto non si registra una posizione comune ovvero di compromesso tra le molteplici e contrastanti ricostruzioni esegetiche esistenti.

Anzitutto, l'impostazione più risalente della dottrina e della giurisprudenza muove dal presupposto che l'incisione eseguita con il bisturi sul corpo del paziente, ad opera del medico, risulti tipica ai sensi del delitto di lesioni personali⁵⁸⁷ in quanto, *de facto*, equiparabile alla lesione inferta dall'accoltellatore alla vittima mediante l'uso del pugnale⁵⁸⁸. In particolare, si ritiene che il chirurgo, sebbene nell'esercizio dell'attività sanitaria cui è abilitato dallo Stato, commette atti sussumibili nel paradigma criminoso di cui all'art. 582

⁵⁸⁶ Per una corrispondenza a tale approccio metodologico, cfr. VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, cit., 1811 (spec. nota 1).

⁵⁸⁷ V. sul punto RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 299 ss.; nonché, più di recente, nello stesso senso, VIGANO' F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, cit., 150.

⁵⁸⁸ In senso contrario, parte della dottrina tedesca ha denunciato la discrasia della suddetta equiparazione: v. per tutti SCHMIDT E. *Der Arzt im Strafrecht*, in PONSOLD A., *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, cit., 35 ss., i cui rilievi critici sono stati recepiti e sviluppati, in Italia, da MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 7 ss.

c.p. dal momento che, sulla base della fattispecie in questione, a nulla rileva il *fine* perseguito dall'agente⁵⁸⁹.

Alla luce di tali premesse, posto che si è di fronte di un fatto tipico di reato, per giustificare l'operato di quest'ultimo si rende necessario ricorrere ad una scriminante atta ad escluderne l'antigiuridicità⁵⁹⁰.

2. La scriminante del consenso dell'avente diritto

Secondo l'orientamento tradizionale della dottrina penalistica⁵⁹¹ e della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità⁵⁹², il consenso

⁵⁸⁹ La giurisprudenza è costante in tal senso: di recente, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. II, 22 dicembre 2011, n. 48074; Cass. Pen., Sez. IV, 8 giugno 2010, n. 21799. Sempre nel settore medico, degna di particolare interesse, in quanto riguardante la problematica distinzione tra il dolo eventuale e la colpa con previsione, Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2012, n. 3222.

⁵⁹⁰ Per una panoramica: GROSSO C.F., voce *Cause di giustificazione* in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 5; MARINUCCI G., voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1988, 132; ID., voce *Antigiuridicità*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1987, 172 ss.; ID., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, cit., 1190 ss.; MORO A., *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947; DELL'ANDRO R., voce *Antigiuridicità*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 552; PETROCELLI B., *L'antigiuridicità*, Padova, 1951. Recentemente, dall'angolo di visuale di ricomprendere nella tipicità elementi dell'antigiuridicità: DONINI M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *RIDPP*, 9, 2009, 1646 ss.; PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in *RIDPP*, 2009, 1033 ss.

⁵⁹¹ Di questa opinione, nella recente letteratura PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., 19; BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, VI ed., Padova, 2005, 262; RIONDATO S., *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., 115; ID., *Il diritto alla salute come diritto costituzionalmente garantito e come diritto individuale: selezione e temperamento*, cit., 48; DASSANO F., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *St. on M. Gallo*, Torino, 2004, 341; nonché, SALCUNI G., *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, cit., 602.

Nella dottrina più risalente, già CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 144; SALTELLI C., *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto (in tema di attentati all'integrità personale)*, Torino, 1934, 130; SANTORO A., *Manuale di diritto penale*, cit., 226; oltre RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., 39; ed anche NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano 1989, 77.

⁵⁹² Sul versante giurisprudenziale, *ex multis*, fondamentale Cass. Pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, cit., 1461 ss.

prestato dal malato all'intervento chirurgico assume la veste della scriminante di cui all'art. 50 c.p., in quanto elide l'antigiuridicità del fatto tipico di lesioni personali compiuto dal medico⁵⁹³.

Il predetto richiamo normativo codifica il principio *volenti non fit iniuria*, ed infatti esclude la punibilità del soggetto che lede un diritto o lo pone in pericolo con il consenso della persona che può validamente disporre⁵⁹⁴.

Tuttavia, l'applicazione dell'art. 50 c.p. nel settore in esame impone di affrontare la problematica della disponibilità o meno, da parte del titolare, dei beni che vengono in rilievo, ossia la vita e l'integrità del corpo⁵⁹⁵. In altri termini, considerato che il trattamento terapeutico incide sull'integrità fisica dell'individuo e, nel caso di esito letale, sulla sua vita, si rende necessario investigare la portata

Di particolare interesse, nella giurisprudenza di merito: Pret. Arezzo, Sez. Montevarchi, 24 marzo 1997, in *Giur. Mer.*, 1998, 1012 ss., con nota di BISACCI M.C., *Difetto di consenso informato al trattamento medico-chirurgico e responsabilità del medico*.

⁵⁹³ Con la precisazione che, in generale, la maggioranza dei sostenitori dell'applicazione del consenso dell'avente diritto in ambito medico-chirurgico, si riferiscono all'art. 54 c.p. per le ipotesi in cui il paziente non è in grado di acconsentire.

⁵⁹⁴ Per un quadro generale su questa scriminante: ALBEGGIANI F., *sub art. 50*, in RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2009, 354 ss., spec. 361 in punto di attività medico-chirurgica; PISTORELLI L., *sub art. 50*, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALA' G., *Commentario breve al codice penale*, cit., 243 ss.; VIGANO' F., *sub art. 50*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 522 ss.; CERASE M., *sub art. 50*, in LATTANZI G., LUPO E. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2005, 528 ss.

⁵⁹⁵ V. in merito i contributi di MARINI G., *Consenso dell'avente diritto*, in *Nov.mo Dig. It.*, Appendice, II, Torino, 1980, 402 ss.; nonché, PANNAIN R., *Appunti intorno alla scriminante o esimente del consenso dell'avente diritto*, in *Arch. Pen.*, I, Torino, 1971, 1967 ss.; GUZZON C., *Consenso e stato di necessità nell'atto medico*, in *Riv. Pen.*, 1967, 671 ss.

applicativa dell'art. 50 c.p., al fine di chiarire se tale causa di giustificazione possa rendere lecita la violazione dei beni suddetti⁵⁹⁶.

Anzitutto, per quanto riguarda il bene della vita, la dottrina penalistica ritiene quest'ultimo indisponibile da parte dell'individuo⁵⁹⁷, considerate le previsioni degli artt. 579 e 580 c.p., fattispecie delittuose che, rispettivamente, incriminano l'ipotesi dell'omicidio del consenziente e quella dell'istigazione ed aiuto al suicidio⁵⁹⁸. Dai richiami normativi anzidetti si desume che, nel nostro ordinamento, la vita non è un bene disponibile e, pertanto, il titolare non può validamente acconsentire ad atti che lo possono esporre al rischio di lesione, in quanto l'interesse alla vita esorbita dalla disponibilità dell'individuo⁵⁹⁹.

Con riferimento al bene dell'integrità fisica - e, *a fortiori*, con riguardo a quello della vita - viene in rilievo il disposto dell'art. 5

⁵⁹⁶ Sul punto, si soffermano FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996, 96; ALBEGGIANI F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, 46; RIZ R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1998, 202 ss.; ID., *La responsabilità penale del medico*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, 9 ss.; GALISAI PILO M.G., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, 71.

V. altresì nella dottrina più risalente, LOGUERCIO L., *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955; DELOGU T., *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936; SPIEZIA V., *La natura giuridica del consenso del titolare del diritto*, in *Riv. Pen.*, 1933, 918 ss.; TESAURO A., *La natura giuridica del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato*, Padova, 1932.

⁵⁹⁷ Così, v. per tutti GROSSO C.F., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 3.

⁵⁹⁸ Sulle ipotesi criminose in esame, FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008, 87; FERRATO A., *Sub artt. 579, 580*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, cit., 44 ss.; MANNA A., *Artt. 579 - 580 - Omicidio del consenziente ed istigazione al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 40 ss.

⁵⁹⁹ V. in merito RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 84; GIUNTA F., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della propria vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 4, 403 ss.

c.c.⁶⁰⁰, la cui rubrica di legge testualmente recita “*atti di disposizione del proprio corpo*”. Tale richiamo normativo, in particolare, sancisce il divieto di disporre del proprio corpo mediante atti che cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica, ovvero negli altri casi contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume⁶⁰¹.

Posto che l’art. 50 c.p. non descrive quali siano i beni disponibili, la maggioranza della dottrina penalistica⁶⁰², per quanto riguarda i diritti riguardanti l’integrità fisica, prende in considerazione quanto stabilito dall’art. 5 c.c., con la conseguenza che, in linea generale, tale bene è considerato – come avviene per quello della vita – di natura indisponibile⁶⁰³. Sulla base di quanto precisato, si desume che l’art. 5 c.c. costituisce un limite alla sfera di efficacia della scriminante del consenso dell’avente diritto, a causa della limitata disponibilità dell’integrità fisica⁶⁰⁴.

Dunque, considerato che, i beni giuridici dell’integrità fisica e della vita non sono disponibili da parte del titolare, ne deriva che, rispetto ad essi, l’ambito di operatività dell’art. 50 c.p. risulta limitato. Quanto detto si riverbera in modo problematico in ambito sanitario, in

⁶⁰⁰ V. per tutti nella dottrina civilistica, sull’art. 5 c.c., FARNETI M., *sub* art. 5, in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, cit., 72 ss., spec. 73 su trattamenti medico-chirurgici a scopo terapeutico.

⁶⁰¹ Su tale disposizione, BESSONE M., FERRANDO G., voce *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 200 ss.; PESANTE M., voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, cit., 653.

⁶⁰² In senso contrario la dottrina minoritaria, tra cui, AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 25.

⁶⁰³ V. per tutti GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale – I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 88.

⁶⁰⁴ Nella manualistica, sulla questione, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 147; PULITANO’ D., *Diritto penale*, II ed., cit., 273; FIANDACA G., MUSCO E., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 234; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 153.

quanto l'intervento medico, *sub specie* chirurgico, può anche comportare in capo al paziente delle lesioni ovvero delle mutilazioni permanenti del proprio corpo.

Tale questione non coinvolge soltanto il bene dell'integrità fisica, ma vale anche per il bene della vita, in quanto quest'ultimo può rimanere esposto al rischio di subire pregiudizio, quanto meno nella possibile anticipazione dell'evento morte, che in assenza di trattamento sarebbe procrastinato.

Sulla base di tali premesse, di conseguenza, si pone il problema che non risultano giustificati dalla scriminante del consenso dell'avente diritto gli atti medico-chirurgici che producono una diminuzione permanente dell'integrità fisica, come si verifica nel caso dell'amputazione di un arto oppure dell'asportazione di un organo, ovvero che conducono alla morte del paziente⁶⁰⁵.

Sul versante dottrinale, per superare l'*impasse*, sono state prospettate diverse soluzioni interpretative nel tentativo di estendere l'efficacia dell'art. 50 c.p. oltre i limiti tracciati dall'art. 5 c.c., al fine di rendere leciti gli atti di disposizione della propria integrità corporea da parte del paziente.

Considerata la diversità delle accennate opzioni ermeneutiche, risulta opportuna una trattazione separata, allo scopo di evidenziarne i tratti salienti.

⁶⁰⁵ Cfr. MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 28.

2.1. Tesi della disponibilità dell'integrità fisica in conformità alla consuetudine

Secondo un primo risalente orientamento dottrinale, il disposto civilistico *de quo* non renderebbe inoperante il consenso del paziente al trattamento chirurgico quando l'atto di disposizione dell'integrità fisica sia conforme alla consuetudine⁶⁰⁶. In tal caso, dunque, l'art. 5 c.c. incontrerebbe un suo limite tacito⁶⁰⁷.

Sulla base di questa impostazione, l'intervento del medico risulta tipico ai sensi dell'art. 582 c.p., ma viene giustificato dalla scriminante dell'art. 50 c.p. in forza dell'atto di disposizione, da parte del soggetto sottoposto alle cure, del proprio bene giuridico, il quale trova fonte nella consuetudine⁶⁰⁸.

Tuttavia, tale ricostruzione non persuade in quanto configura una consuetudine *praeter legem* in un settore ove il Legislatore, allorquando ha inteso superare i limiti tracciati dall'art. 5 c.c., ha

⁶⁰⁶ Con la precisazione che la consuetudine non rende lecita direttamente la condotta tipica dell'agente – considerato che in tale caso sarebbe *contra legem* – bensì ha efficacia in punto di disponibilità del bene. Questa ricostruzione esegetica fa capo a RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., 51; ID., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 206; ID., *Lineamenti di diritto penale*, cit., 202; ID., *La responsabilità penale del medico*, cit., 9.

⁶⁰⁷ In argomento, non può non rinviarsi a NUVOLONE P. *I limiti taciti della norma penale*, cit., 30.

⁶⁰⁸ Così, RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., 52. Già MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 773, precisa “*Se si tratta insomma di un normale trattamento medico-chirurgico, di riconosciuto valore terapeutico, nella scienza e nella pratica, non esiste il dolo di lesioni. Non già perché manchi la volontà di ledere (dolo) quando si vuole, invece, curare, come insegnava Carrara, ma perché la consuetudine toglie l'antigiuridicità del fatto*”. Con la precisazione, tuttavia, che la Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo afferma “*Nel nostro ordinamento giuridico (che comprende il diritto consuetudinario) molteplici sono i casi in cui viene riconosciuta all'individuo la facoltà di disporre della propria integrità fisica, sia per sottoporsi ad operazioni chirurgiche od estetiche [...] La consuetudine in questa ipotesi conferisce all'individuo un diritto di disponibilità della propria persona, e in conseguenza la facoltà di sottoporsi a talune menomazioni nella sfera dell'integrità personale*”. Cfr. *Relazione al Progetto definitivo*, § 674, 388.

provveduto mediante una legge formale, come avvenuto con quella riguardante il trapianto di rene⁶⁰⁹.

Nei casi di attività giuridicamente autorizzate e regolamentate da parte dello Stato, come appunto quella medico-chirurgica, non risulta convincente il richiamo alla consuetudine. In tale ipotesi, in effetti, la deroga all'art. 5 c.c. non discende tanto da quest'ultima, quanto piuttosto dall'autorizzazione statale⁶¹⁰.

Inoltre, la disponibilità e l'indisponibilità rappresentano delle qualità intrinseche del diritto, che non possono variare a seconda della situazione che connota l'offesa. Di conseguenza, i beni della vita e dell'integrità fisica nei limiti in cui non sono disponibili dal titolare, rimangono tali a prescindere dal contesto in cui si realizza la loro offesa⁶¹¹.

Alla luce dei predetti rilievi critici, pertanto, la ricostruzione esegetica che si riferisce alla consuetudine per fondare la liceità della disponibilità dell'integrità fisica oltre il divieto sancito dall'art. 5 c.c., non fornisce una soluzione adeguata.

2.2. Teoria dell'inapplicabilità del'art. 5 c.c. in ambito penale

Un'ulteriore indirizzo interpretativo ritiene che l'art. 5 c.c. sia *tout court* inapplicabile al campo penalistico⁶¹². Ciò viene sostenuto in

⁶⁰⁹ Ci riferiamo alla l. 26 giugno 1967, n. 458. In merito, non può non rinviarsi a MANTOVANI F., voce *Trapianti*, cit., 323 ss.

⁶¹⁰ Così, ALBEGGIANI F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, cit., 75.

⁶¹¹ In questi termini, critico verso tale ricostruzione, GROSSO C.F., voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., 7.

⁶¹² Di questa opinione VANNINI O., *Istituzioni di diritto penale, parte generale*, cit., 170; ID., *Quid juris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto*

considerazione della *ratio* di tale divieto, che è quella di rendere nulli soltanto i contratti stipulati per motivi economici che hanno ad oggetto il corpo umano⁶¹³. L'art. 5 c.c. sarebbe una norma con rilevanza esclusivamente civilistica, estranea all'ambito penalistico⁶¹⁴.

In senso contrario, si rileva che tale dato normativo costituisce espressione di un principio generale dell'ordinamento giuridico e, pertanto, il suo campo di operatività non può essere ristretto in via esclusiva al solo settore civilistico, in quanto trascende il solo diritto civile⁶¹⁵.

In ragione di quanto detto, tale impostazione finisce per porsi in contrasto con la *voluntas legislatoris*, dal momento che, come avvenuto in tema di trapianto di rene, si è resa necessaria un'apposita legge⁶¹⁶ per scavalcare i limiti tracciati dall'art. 5 c.c.

Inoltre, è opinione ormai consolidata nella dottrina che le scriminanti previste nel codice penale sono norme generali⁶¹⁷: di conseguenza, il consenso dell'avente diritto, che peraltro ha matrice civilistica, non può non ritenersi regolato, quantomeno in parte, anche

penale, Milano, 1954, 138; tesi ripresa in epoca successiva da AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 25.

⁶¹³ Per quanto concerne la *ratio* dell'art. 5 c.c., nella manualistica civilistica, v. TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, cit., 281 ss.; CHECCHINI A., AMADIO G., *Lezioni di diritto privato*, cit., 84 ss.; GALGANO F., *Diritto privato*, cit., 90 ss.

⁶¹⁴ Questa è l'opinione di AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 25, non aderisce all'impostazione che fonda la liceità dell'intervento medico sull'art. 50 c.p., in quanto non identifica in quest'ultimo il diverso consenso che è necessario per rendere lecito il trattamento medico.

⁶¹⁵ Così, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 31; nonché, MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 145.

⁶¹⁶ Il riferimento è alla L. 26 giugno 1987, n. 458. V. sul punto, DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, 135-136. Sul tema dei trapianti, diffusamente, MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 145.

⁶¹⁷ Imprescindibile sul punto MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 149.

da norme inserite nel codice civile, tra cui anche la menzionata disposizione⁶¹⁸.

2.3. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.c.

Più di recente, parte della dottrina penalistica propone una lettura costituzionalmente orientata, in virtù della quale l'art. 5 c.c., che risulta forgiato in epoca precedente all'avvento della Costituzione, deve essere riletto alla luce di quest'ultima⁶¹⁹. Ciò permetterebbe di distinguere in merito alla natura dell'attività posta in essere dal soggetto ed in relazione agli scopi perseguiti.

Tale divieto non risulterebbe operante allorquando si tratti di facoltà concesse dall'ordinamento ed espressione del diritto alla salute, ovvero altri diritti di rilievo costituzionale⁶²⁰. In questo senso, l'individuo potrebbe disporre della propria salute per tutelarla, come avviene sottoponendosi ad un doloroso ma benefico intervento chirurgico, ma non disporne per meri fini economici, per esempio, vendendo un rene.

Tale opzione ermeneutica, rispetto alle precedenti, ha il pregio di porsi in armonia con la genesi storica della norma e con l'intenzione

⁶¹⁸ MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, 32. Considerato che il codice civile è entrato in vigore in epoca antecedente alla Costituzione.

⁶¹⁹ Cfr. RIONDATO S., *Profili giuridico-penalistici del trattamento medico-chirurgico*, testo della relazione al Convegno "Aspetti medico-legali e assicurativi in neurofisiologia clinica", Cittadella, 14 dicembre 2002, 2, nota 4 (dattiloscritto).

⁶²⁰ Di questa opinione: ALBEGGIANI F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, cit., 69; PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., 23.

del legislatore⁶²¹, considerato che il divieto di cui all'art. 5 c.c. riguarda esclusivamente gli atti aventi scopo economico⁶²². Tuttavia, parte della dottrina obietta che tale chiave di lettura privilegia in via unilaterale la teoria soggettiva dell'interpretazione, la quale lega in modo indissolubile il dettato normativo all'intenzione del legislatore, mentre, dopo essere entrata in vigore, ogni norma vive di luce propria, spettando all'interprete ricostruire l'*objectiva voluntas legis*⁶²³.

Inoltre, l'ambito di operatività della norma civilistica in esame non è limitato ai soli atti a titolo oneroso, dato che, in realtà, risulta esteso a tutti gli atti di disposizione dell'integrità fisica, e non solo a favore di soggetti terzi, ma anche a proprio vantaggio.

Se l'impostazione in esame risulta coerente con riguardo agli interventi medici di natura terapeutica, più difficoltoso risulta essere il raccordo con quelli di tipo estetico. Nella maggior parte dei casi, infatti, questi ultimi non vengono effettuati per curare le proprie reali condizioni di salute, bensì per semplice vanità⁶²⁴.

⁶²¹ Giova ricordare che l'art. 5 c.c. è stato approvato a seguito di un celebre caso giudiziario, di trapianto di una ghiandola sessuale da un giovane studente a beneficio di un facoltoso anziano brasiliano affinché riprendesse vigore sessuale, e che diede vita ad un dibattito dottrinale sull'efficacia del consenso scriminante. V. Cass. Pen., 31 gennaio 1934, in *Foro It.*, 1934, II, 146 ss., con nota di ARANGIO RUIZ G., *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*. Considerata l'*occasio legis* di approvazione dell'art. 5 c.c., si evince che lo scopo della norma civilistica è quello di disciplinare un determinato tipo di atti di disposizione del proprio corpo con diminuzione permanente dell'integrità fisica, ossia quelli che un soggetto compie, per scopo economico, a favore di altri.

⁶²² Cfr. le osservazioni di ALBEGGIANI F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, cit., 72. Nella medicina legale, GUIDI B., NOCCO L., DI PAOLO M., *Il trapianto di rene e la donazione altruistica, dal buon samaritano al compenso pecuniario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 593 ss.

⁶²³ In questi termini si esprime MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 453.

⁶²⁴ Taluni Autori sostengono che gli interventi estetici sono ricompresi tra quelli finalizzati alla tutela della salute, con la motivazione che sono rivolti al beneficio psichico dell'individuo.

2.4. La portata dell'art. 50 c.p. e del consenso informato

Il problema di giustificare l'intervento sanitario si acuisce allorché il paziente si trovi in stato di incoscienza, ossia in una situazione tale da non poter prestare il proprio consenso, in quanto la rilevanza di quest'ultimo permane sinché il paziente sia capace di intendere e volere. Di conseguenza, per gli incapaci si rende necessario riferirsi al consenso espresso da altri soggetti, che legittimamente ne abbiano i poteri⁶²⁵. Tuttavia, allorquando il paziente sia un soggetto minorenni o incapace, risulta assai complesso individuare il titolare del diritto, in quanto si verte in tema di diritti personalissimi e non trasmissibili⁶²⁶.

La scriminante del consenso dell'avente diritto, da sola considerata, non permette di giustificare tutte le variegate ipotesi che si possono delineare nella pratica. Fuoriescono dal campo di applicazione di quest'ultima le ipotesi più problematiche in cui il paziente si trovi in stato di incoscienza, transitoria ovvero permanente, e non possa validamente acconsentire⁶²⁷. In tal caso si impone il ricorso ad un'altra scriminante, con la conseguente necessità di affrontare tutti i problemi applicativi ad essa collegati.

Il richiamo all'art. 50 c.p., se, da un lato, viene motivato dalla condivisibile preoccupazione di fornire una tutela ampia al consenso,

⁶²⁵ Poteri che all'occorrenza sono conferiti *ad hoc* dall'autorità giudiziaria.

⁶²⁶ L'osservazione è di FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 19, che testualmente osserva: "è particolarmente difficile determinare i requisiti di validità del consenso, e ancora più individuare il titolare, quando il paziente sia un minore o un incapace".

⁶²⁷ Per un quadro di sintesi FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 633.

dall'altro, pone quest'ultimo in uno spazio angusto, che non è quello da riconoscere al consenso informato, ossia quello dell'antigiuridicità. In effetti, su quest'ultimo piano si coglie la conflittualità tra la valutazione penale e la valutazione complessiva di un fatto apparentemente lesivo di beni protetti⁶²⁸.

Sul punto, rileviamo che la volontà prestata al medico dal paziente non crea un semplice accordo qualsiasi, bensì fonda la cosiddetta alleanza terapeutica, volta a tutelare la salute⁶²⁹. Come evidenziato dalla recente giurisprudenza della Suprema Corte⁶³⁰, il consenso alle cure non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., essendo di rilievo costituzionale e di portata più ampia.

3. L'attività medica autorizzata: l'esercizio di un diritto

Sulla scia di quanto sostenuto dalla dottrina francese⁶³¹, un indirizzo interpretativo giustifica l'operato del medico in forza della scriminante dell'esercizio di un diritto, dal momento che la legge

⁶²⁸ Ciò in quanto, come efficacemente rilevato da MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, cit., 129, "non corrisponde pienamente con il significato sociale che questo riveste".

⁶²⁹ Diffusamente sulla questione, DI PIETRO M.L., *Principi di bioetica e relazione medico-paziente*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, 2009, 541 ss.

⁶³⁰ Ci riferiamo alla fondamentale pronuncia Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, cit., 447 ss., con il commento di PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*; e in *Foro it.*, 2009, 305 ss., con nota di FIANDACA G., *Luci e ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; nonché in *Cass. pen.*, 2009, 1793 ss., con nota di VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*; e anche in *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 395 ss., PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*.

⁶³¹ Questa teoria è sorta nella dottrina francese: BOUZAT P., PINATEL J., *Traité de droit penal et de criminologie*, XII ed., Paris, 1970, 374; STEFANI G., LEVASSEUR G., *Droit pénal*, IX ed., Paris, 1976, 166.

definisce e regola le professioni sanitarie. Si sostiene che, in tal modo, la legge stessa implicitamente autorizza l'uso dei mezzi che si rendono necessari per consentirne l'effettivo esercizio⁶³².

Ai fini dell'art. 51 c.p., il quale prevede l'esclusione della punibilità dell'agente a fronte dell'esercizio di un diritto⁶³³, quest'ultimo viene inteso nell'accezione più ampia, ossia come potere giuridico di agire⁶³⁴. Pertanto, la scriminante *de qua* viene interpretata non soltanto in riferimento ai diritti soggettivi, ma anche in relazione alle facoltà, nonché, alle attività giuridicamente autorizzate dall'ordinamento⁶³⁵.

⁶³² Nell'ordinamento italiano, RANIERI S., *Manuale di diritto penale*, Vol. I, Padova, 1952, 154; CAVALLO V., *Diritto penale, parte generale*, II, Napoli, 1955, 622; FROSALI R.A., *Sistema penale italiano, parte prima. Diritto penale sostanziale*, II, Torino, 1958, 277; nella letteratura più recente, sostiene tale impostazione, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 147. V. circa il fondamento dell'attività medico-chirurgica in riferimento all'art. 51 c.p. con fonte consuetudinaria, PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, 437.

⁶³³ Su tale scriminante, v. l'analisi condotta da ALBEGGIANI F., *sub art. 51*, in RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 362 ss. La *ratio* per cui non si punisce l'agente si individua nel principio di non contraddizione, in quanto l'ordinamento giuridico cadrebbe in contraddizione se, da un lato, concedesse un potere di agire e, dall'altro lato, ne punisse il suo esercizio. Su tale scriminante, nella manualistica, GUADAGNO G., *Manuale di diritto penale*, Roma, 1967, 251; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 428; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., 156; PADOVANI T., *Diritto penale, parte generale*, cit., 143; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2006, 322; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale*, cit., 275; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, 543.

⁶³⁴ In questi termini, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 241.

⁶³⁵ Sul tema: CAVALLO V., *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939; DELITALA G., voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 567 ss.; LEONE M., *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1970; LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983; MALINVERNI A., *L'esercizio di un diritto: un metodo d'interpretazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 367 ss.; REGINA A., voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989; PULITANO' D., voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 328; SEMERARO P., *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009.

Da tali premesse deriva che, nell'esecuzione dell'intervento chirurgico, il sanitario commette un fatto tipico alla stregua del delitto di lesioni personali dolose, ma il suo operato viene giustificato ai sensi dell'art. 51 c.p., in quanto egli è abilitato dallo Stato allo svolgimento della professione medica⁶³⁶. Quando legittimamente incaricato dal paziente, di conseguenza, egli non può essere ritenuto colpevole in quanto l'abilitazione professionale configura un diritto all'esercizio della professione medica e ne rende leciti tutti i relativi atti⁶³⁷.

Tuttavia, tale impostazione non persuade, dato che, se fosse corretta, si assisterebbe al paradosso che un intervento chirurgico consentito, eseguito *lege artis* e con esito fausto, ma ad opera di un soggetto per qualsiasi motivo non abilitato⁶³⁸, darebbe luogo al delitto di cui all'art. 582 c.p., mentre il reato configurabile è quello previsto e punito dall'art. 348 c.p.⁶³⁹.

In realtà, in capo al soggetto non autorizzato grava un dovere di astensione dall'operare, ma ciò non influisce sulla liceità del trattamento curativo in sé e per sé considerato, bensì sulla sussistenza di altre fattispecie criminose, come quella di abusivo esercizio della professione⁶⁴⁰. In altri termini, se il soggetto interviene ugualmente, si

⁶³⁶ Vicino all'impostazione in esame MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, cit., 626 ss.

⁶³⁷ Questo orientamento ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza di legittimità: *ex multis*, Cass. Pen., Sez. III, 30 giugno 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 250 ss.

⁶³⁸ A titolo esemplificativo, quanto detto si verifica nell'ipotesi in cui l'atto medico viene compiuto da un medico specialista straniero non abilitato ad operare nel nostro Paese.

⁶³⁹ Tale obiezione è mossa da AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 25. Nello stesso senso anche MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 89.

⁶⁴⁰ V. per tutti, sul reato di cui all'art. 348 c.p., TORRE V., *Abusivo esercizio di una professione*, in *Trattato di diritto penale*, Vol. II, *I reati contro la pubblica*

profila il reato di cui all'art. 348 c.p., salvi i casi di necessità ovvero di concorso con ulteriori reati contro l'integrità fisica e la vita, allorquando ne sussistano i presupposti.

Inoltre, non possono essere ricomprese nel raggio di operatività dell'art. 51 c.p. le attività giuridicamente autorizzate in sé considerate, in quanto coinvolgono situazioni giuridiche complesse⁶⁴¹. Queste ultime comprendono non soltanto diritti, ma anche doveri od obblighi, mentre la causa di giustificazione *de qua*, viceversa, opera in riferimento a specifici diritti o facoltà⁶⁴². Quanto detto diviene di tutta evidenza se si prendono in considerazione gli obblighi che gravano sul sanitario di segreto professionale⁶⁴³ nonché di referto, protetti⁶⁴⁴, rispettivamente, dalle fattispecie di cui agli artt. 622 e 365 c.p.

Pertanto, il richiamo alla sola scriminante dell'esercizio di un diritto per giustificare l'attività medica non tiene conto che quest'ultima non sempre costituisce l'esplicazione di una libera iniziativa da parte del sanitario, considerato che, al contrario, talvolta può configurarsi in termini di adempimento di un preciso dovere. Ciò

amministrazione, diretto da CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., Torino, 2008, 745 ss.

⁶⁴¹ MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 61, evidenzia che le attività professionali, come quella del medico, permettono alcune facoltà ma comportano anche obblighi.

⁶⁴² In merito, non può non rinviarsi a LEONE M., *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, cit., 135.

⁶⁴³ In punto di rivelazione del segreto professionale, v. per tutti CRESPI A., *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952, 102.

⁶⁴⁴ Sull'omissione di referto medico: DE PIETRO O., *Il sanitario ed il referto. Rilievi giuridici e medico legali*, Milano, 1996. V. anche i contributi dottrinali di VIDONI G., *Denuncia o referto? Promemoria al legislatore*, *Riv. it. med. leg.*, 1991, 489 ss.; ROSSI P., *Denuncia o referto: obblighi del medico operante in "struttura pubblica" ed in particolare nell'INAIL*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, 917 ss.; nonché, ZAMPA C.M., BENUCCI G., BACCI M., *VRQ, obbligo di denuncia ed obbligo di referto: un contrasto insanabile de jure condito; una soluzione necessaria de jure condendo*, in *Riv. it. med leg.*, 1998, 677 ss.

si verifica allorché si tratti di trattamenti sanitari imposti per legge⁶⁴⁵, come avviene, a titolo esemplificativo, nell'ipotesi delle vaccinazioni obbligatorie⁶⁴⁶. Quanto detto trova conferma anche in uno specifico dato normativo, ossia nel secondo comma dell'art. 593 c.p., il quale descrive delle ipotesi in cui non si configura un *diritto* in capo al sanitario, bensì un *dovere* di intervenire, salvo l'esplicito dissenso del paziente⁶⁴⁷.

In verità, la legge si limita ad indicare in via generale quali sono i requisiti richiesti per esercitare la professione sanitaria, ma non provvede a sancire la liceità dei singoli atti curativi che ne costituiscono l'estrinsecazione⁶⁴⁸, né spiega quali siano i confini entro cui possa agire il medico ed il perché sia lecita la lesione chirurgica eseguita⁶⁴⁹.

Il soggetto abilitato all'esercizio della professione sanitaria non risulta legittimato a compiere qualsiasi trattamento terapeutico all'insaputa del paziente, in quanto deve provvedere ad informarlo ed

⁶⁴⁵ V. per tutti PORTIGLIATTI BARBOS M., voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 336 ss.

⁶⁴⁶ Strettamente collegato, RABAGLIETTI B., voce *Sanità pubblica*, cit., 488 ss., spec. 489, osserva che la necessità di tutela della collettività non deve essere impedita dall'ideologico rispetto della libertà individuale, la quale spesso diviene un vero e proprio pericolo per la società.

⁶⁴⁷ Sul reato di omissione di soccorso, per un quadro generale, TONINELLO A., *Omissione di soccorso (593)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit., 96 ss.; CADOPPI A., *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993; ID., voce *Soccorso (omissione di)*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993; REINOTTI P.V., voce *Omissione di soccorso*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, 43. Nella medicina legale, FIORI A., MARCHETTI D., *I compiti della guardia medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1384 ss.; e per l'analisi di un interessante caso di omissione di soccorso da cui è derivata la morte, VENTURA F., PICCHIONI D.M., MOTRONI GHERARDI S.M., DE STEFANO F., *Su un caso di decesso conseguente a massiva emorragia intestinale in soggetto con retto-colite ulcerosa cronica emorragica*, in *ivi*, 1343 ss.

⁶⁴⁸ La critica è mossa da AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 19.

⁶⁴⁹ Così, RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., 35.

ottenere il relativo consenso per procedere⁶⁵⁰, e considerato che rimane insuperabile il dissenso⁶⁵¹. In questo quadro, non sussiste in capo al medico un *diritto* di curare⁶⁵², visto che, ai sensi dell'art. 32, comma II, Cost., nessuno può essere sottoposto ad alcun trattamento sanitario se non nei casi stabiliti dalla legge⁶⁵³.

3.1. Il consenso come “requisito-limite” della professione sanitaria

Pur riferendosi alla scriminante dell'esercizio di un diritto, autorevole parte della dottrina penalistica ritiene indispensabile, per il lecito esercizio dell'attività medico-chirurgica, il consenso del paziente⁶⁵⁴. Quest'ultimo, tuttavia, non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p. – e, di conseguenza, non soffre i limiti tracciati dall'art. 5 c.c. – ma viene configurato in termini di “requisito-limite” all'esercizio dell'attività sanitaria⁶⁵⁵. In altre parole, si sostiene che l'operazione medico-chirurgica risulta autorizzata sulla base della

⁶⁵⁰ Sul punto, INTRONA F., *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, cit., 33.

⁶⁵¹ Sul valore del dissenso alla cura, FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, cit., 69; Sul versante giurisprudenziale, Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, in *Cass. pen.*, 2003, 2664, con nota di IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, parzialmente critica in punto del dovere del sanitario di non eseguire trattamenti *quoad vitam* a fronte del dissenso alle cure.

⁶⁵² Volendo, ROMANO S., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss.

⁶⁵³ Cfr. le riflessioni in chiave critica di INTRONA F., *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, cit., 33; nonché, sul punto FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, cit., 70.

⁶⁵⁴ E' l'opinione di MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 59; nonché, ID., *La responsabilità del medico*, cit., 16 ss.; PALAZZO F., voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1992, 294 ss.

⁶⁵⁵ In questi termini, MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto*, cit., 645.

legge, in considerazione della sua utilità per le persone⁶⁵⁶, ma, al tempo stesso, presuppone altresì il consenso alle cure del paziente affinché possa dirsi esercitata legittimamente.

Nel caso in cui il malato sia incapace di prestare il consenso, quest'ultimo viene prestato dal soggetto che è autorizzato dalla legge ad acconsentire al suo posto, *rectius* dal genitore che esercita la patria potestà ovvero dal tutore. In particolare, se il malato è in stato di incoscienza e, al tempo stesso, non risulta soggetto a patria potestà ovvero a tutela, considerato che non è possibile ottenere il consenso dal paziente ovvero dal soggetto autorizzato, l'intervento può essere eseguito in quanto viene in rilievo la figura del consenso presunto⁶⁵⁷ ovvero l'urgenza della terapia⁶⁵⁸.

Secondo la ricostruzione in esame, occorre compiere una distinzione tra la questione inerente alla non punibilità della lesione medico-chirurgica in sé e per sé considerata, e quella riguardante invece la non punibilità degli esiti infausti che ne possono derivare⁶⁵⁹. Considerata la natura intrinsecamente pericolosa dell'intervento

⁶⁵⁶ Così, MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 49. In senso critico, VIGANO' F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, cit., 141 ss., obietta: "nessuno dubita che l'attività di polizia corrisponda ad un alto interesse sociale, addirittura essenziale per la sopravvivenza dello Stato, e che ciò nonostante il suo concreto esercizio debba soggiacere a precise regole, la cui violazione può dare corpo a anche a figure gravissime di reato".

⁶⁵⁷ Favorevole all'operatività dell'istituto del consenso presunto PEDRAZZI C., voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., 144.

⁶⁵⁸ Cfr. MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 50.

⁶⁵⁹ Tale differenziazione è sostenuta da MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto*, cit., 645, il quale ritiene che "si debba nettamente distinguere il problema della non punibilità dell'intervento chirurgico come tale, dell'incisione cioè del corpo umano in cui tale attività si concreta, dal problema della non punibilità di eventuali ed ulteriori eventi negativi, poiché diversa può essere la ragione della non punibilità".

sanitario, il naturale presupposto della sua liceità rimane il consenso del malato, dal momento che con esso viene accettato il rischio legato alla terapia. Tuttavia, il suddetto rischio deve essere ridotto mediante l'osservanza da parte del medico di tutte le regole tecniche e di prudenza⁶⁶⁰.

Se, in ipotesi, l'intervento chirurgico viene eseguito in assenza del consenso del paziente, la responsabilità del sanitario si profila soltanto nel caso di esito infausto, ossia di pregiudizio per le sue condizioni di salute. Al contrario, nel caso opposto, ossia allorquando il trattamento conduce ad un esito favorevole, nel senso che viene curata la malattia, il miglioramento dello stato di salute costituisce un'esimente a favore del medico⁶⁶¹.

In senso critico, si evidenzia, anzitutto, che l'autorizzazione statale ha ad oggetto soltanto l'esercizio della professione sanitaria in quanto tale⁶⁶², e ciò a prescindere dagli eventi che possono derivare dal suo concreto esercizio⁶⁶³. Non persuade l'opzione interpretativa di distinguere la liceità o meno del trattamento curativo a seconda dell'esito prodotto. Nessuna rilevanza deve avere quest'ultimo allorché la *causa* della lesione sia lecita ed il medico abbia operato per debellare la malattia nel rispetto delle regole indicate in sede

⁶⁶⁰ Diffusamente sul punto, MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto*, cit., 645.

⁶⁶¹ E' l'idea di MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto*, cit., 645, che ritiene "posto che l'intervento venga tuttavia effettuato, esso non costituisce esercizio di un diritto per difetto del presupposto necessario perché il diritto stesso sorga. Ciononostante il fatto non sarà eventualmente punibile, per mancanza di offesa, allorché abbia comportato un miglioramento delle condizioni di salute del paziente; mentre un problema di responsabilità si pone in caso di esito infausto".

⁶⁶² Così, RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 306.

⁶⁶³ Ad esclusione della colpa che travalica i limiti dell'autorizzazione, cfr. MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 59.

scientifico per quel tipo di intervento, senza dunque versare in colpa, dato che in tal caso nessun rimprovero gli può essere addebitato⁶⁶⁴.

Non può essere sottaciuto in proposito che, nella pratica, gli esiti dei trattamenti chirurgici dipendono spesso da una serie di fattori biologici dell'individuo che sono imprevedibili, nonché considerato che assai spesso si verificano anche a notevole distanza di tempo dall'intervento⁶⁶⁵.

La teoria in esame, da un lato, ha il pregio di porre in risalto il ruolo rivestito dal medico, il quale è un soggetto abilitato dallo Stato a curare gli infermi ed agisce al fine di migliorare la salute del malato. Dall'altro lato, tuttavia, non valorizza il ruolo del consenso informato, tanto che, portando alle estreme conseguenze la tesi in esame, si giungerebbe alla conclusione che il medico potrebbe prescindere da quest'ultimo ed arrogarsi il diritto di eseguire qualsiasi tipo di intervento⁶⁶⁶. Ma questa soluzione non è condivisibile in quanto non si concilia con l'art. 32, comma II, Cost.⁶⁶⁷.

In questi termini, una simile ricostruzione non lascia adeguato spazio alla volontà del malato, la quale è necessaria per fondare la cosiddetta alleanza terapeutica tra quest'ultimo ed il medico, dato che

⁶⁶⁴ In merito, NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, cit., 128, evidenzia: "Ciò che importa è stabilire la liceità o meno dell'intervento; che esso abbia o meno esito sfortunato è una circostanza estrinseca, è un *accidens* nell'economia del problema. Se l'intervento è lecito, e all'operatore non si può addebitare una colpa nell'esecuzione, il risultato non può avere rilievo".

⁶⁶⁵ Come rilevato da RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 302.

⁶⁶⁶ RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 306.

⁶⁶⁷ V. per tutti INTRONA F., *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, cit., 33: "ove si togliesse all'infermo la facoltà di decidere se e come curarsi, il medico verrebbe ad assumere la figura di un arbitro assoluto che non troverebbe fondamento né nel diritto (essendo egli dopo tutto, un privato) né nella scienza medica (la quale non è dommatica) né nella realtà (essendo ogni uomo soggetto a sbagliare)".

altrimenti residuerebbe soltanto la monologante scelta di quest'ultimo circa gli obiettivi terapeutici da perseguire.

4. Protezione del paziente ed adempimento di un dovere

Una diversa ricostruzione esegetica riconduce l'attività medico-chirurgica nell'alveo delle lesioni personali, ma ne giustifica la liceità, a prescindere dall'esito prodotto, sulla base della scriminante dell'adempimento di un dovere⁶⁶⁸.

Preliminarmente, giova distinguere la posizione del soggetto che non è autorizzato a curare il paziente⁶⁶⁹, da quella del medico che invece è abilitato all'esercizio della professione sanitaria. Secondo l'orientamento in esame, poiché autorizzato dalla legge, quest'ultimo opera in qualità di garante della salute del malato e deve sempre intervenire per curarne la malattia ed impedirne l'evento morte. L'inosservanza di tale obbligo gravante sul sanitario, che si riferisce ai beni giuridici dell'integrità fisica e della vita del paziente, rileva ai

⁶⁶⁸ Così, BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. dir. e proc. pen.*, Pavia, 1970, 61, ora anche in AA.VV., *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI S., MELCHIONDA A., I, Milano, 1997, 70 ss., che, in punto di attività sanitaria, si riferisce alla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, con l'eccezione di quella estetica per la quale richiama la scriminante del consenso dell'avente diritto.

Sulla scriminante dell'adempimento di un dovere: DELITALA G., voce *Adempimento di un dovere*, cit., 567 ss.; nonché, VINCIGUERRA S., *Profili sistematici dell'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica*, Milano, 1971. V. inoltre il recente approfondimento condotto da ALBEGGIANI F., *sub art. 51*, in RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 379 ss.

Più in generale, in argomento: BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, 1934; MESSINA S., *L'ordine insindacabile dell'autorità come causa di giustificazione del reato*, Torino, 1942; SANTORO A., *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957.

⁶⁶⁹ Il quale non ha un obbligo giuridico di intervenire, bensì, viceversa, quello di astenersi. Pertanto, in riferimento al soggetto non abilitato non viene in rilievo la scriminante di cui all'art. 51 c.p. NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, cit., 174.

sensi del secondo comma dell'art. 40 c.p.⁶⁷⁰, per il quale non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo⁶⁷¹.

Dato che è sufficiente la necessità dell'assistenza sanitaria per considerare lecito l'intervento terapeutico compiuto dal medico, il esso può essere eseguito a prescindere dal consenso⁶⁷². Al contrario, allorquando il trattamento ha natura meramente estetica, *rectius* non ha finalità terapeutiche, si rende necessario ottenere il consenso del soggetto sottoposto alle cure per fondare la liceità dell'operazione⁶⁷³.

E' di tutta evidenza che il campo precipuo di operatività della scriminante in esame è circoscritto ai trattamenti sanitari obbligatori⁶⁷⁴, per i quali è la legge ad imporre che il medico debba procedere alla terapia a prescindere dal consenso del paziente, tanto che essi possono essere eseguiti non solo in assenza, ma anche contro la volontà di quest'ultimo⁶⁷⁵.

⁶⁷⁰ Si tratta di liceità-dovere, cfr. GIULIANI L., *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970, 54.

⁶⁷¹ Sulla causalità in ambito medico, nella giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, cit., 1133 ss.

⁶⁷² GIULIANI L., *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, cit., 54.

⁶⁷³ In particolare, questa è l'impostazione che fa capo a BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, cit., 121.

⁶⁷⁴ Al riguardo, PANUNZIO S., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, pp. 904 SS.; PARODI GIUSINO M., *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983, I, 2657; PELEGATTI G., *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma 1995; nonché MEZZETTI L., ZAMA A., voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino 1999, 336; PORTIGLIATTI BARBOS M., voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 336 ss.; RESCIGNO G.U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 109. Sul tema, TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008.

⁶⁷⁵ Altrettanto, *mutatis mutandis*, si prescinde dal consenso del soggetto nel caso dell'arresto in flagranza di reato, ai sensi dell'art. 380 c.p.p., in forza del quale

Tuttavia, al di fuori di tale ambito, sorge in capo al medico una posizione di protezione nei confronti del malato in tanto in quanto sia quest'ultimo a rivolgersi a lui⁶⁷⁶. Il dovere di intervento, a bene considerare, deriva dal contratto che si instaura tra il sanitario ed il paziente, ma rimane comunque subordinato alla volontà di quest'ultimo ovvero alla necessità di intervenire, a seconda che, rispettivamente, il malato sia o meno in grado di prestare il proprio consenso alle cure⁶⁷⁷.

In senso critico, si rileva che, al di fuori del circoscritto campo dei trattamenti sanitari obbligatori, l'applicazione della causa di giustificazione *de qua* porta ad esiti che male si conciliano con la regola costituzionale del consenso informato⁶⁷⁸. Per l'orientamento *de quo* il medico non agisce in modo illecito neanche quando provvede a

gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedono all'arresto di chiunque viene colto in flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per cui la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni. L'arresto è altresì obbligatorio anche in presenza dei delitti previsti nel comma II dell'art. 380 c.p.p., anche se non rientrano nei limiti edittali anzidetti di cui al comma I, dal momento che vi sono esigenze di tutela della collettività. TONINI P., *Manuale di procedura penale*, cit., 463.

⁶⁷⁶ Così, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 70.

⁶⁷⁷ Sul punto, RIONDATO S., *Profili giuridico-penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 5, che, anzitutto, richiama le scriminanti di cui agli artt. 50 e 54 c.p., mentre, per quanto riguarda l'operatività dell'art. 51 c.p., precisa che "*di fronte all'incapace, l'intervento di emergenza non soltanto è facoltizzato, ma (si ritiene) è doveroso, cioè sussiste l'obbligo di intervenire, quando vi è un pregresso rapporto di cura consistente nell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.). Questa ricostruzione è molto coerente rispetto alla considerazione che sul medico generalmente grava una posizione di garanzia non appena egli entri in contatto con il malato*".

⁶⁷⁸ V. le obiezioni di TASSINARI D., *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in AA.VV., *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, a cura di CANESTRARI S., FANTINI M.P., Milano, 2006, 56.

curare il malato contro la sua volontà, in quanto l'obbligo d'intervento dello stesso si fonda sul dovere di curare⁶⁷⁹.

Al contrario, anche se il medico ricopre una posizione di garanzia nei confronti del malato a lui affidato⁶⁸⁰, deve provvedere ad informarlo ed ottenerne il consenso per lo svolgimento di qualsiasi attività sanitaria, dal momento che è quest'ultimo il titolare del diritto di scegliere se e a quali cure sottoporsi.

Se, da un lato, la salute è interesse della collettività, dall'altro, prima ancora⁶⁸¹, essa è un fondamentale diritto che appartiene alla persona umana⁶⁸². Pertanto, egli è primo ed unico arbitro nel decidere cosa significhi "salute", per quanto lo riguarda, e quali siano i mezzi migliori per tutelarla⁶⁸³. Ragionando diversamente si giungerebbe a mettere in ombra il canone del consenso alle cure, che rimarrebbe una mera enunciazione di principio priva di addentellato ai casi concreti.

⁶⁷⁹ NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, cit. 173, richiama, come fonti dell'obbligo di impedire l'avanzamento della malattia, la consuetudine nonché le norme deontologiche.

⁶⁸⁰ In argomento, SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 187 ss. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia ed obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 219 ss.

⁶⁸¹ In questo senso, in giurisprudenza, Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88, ha evidenziato che la salute viene in rilievo non tanto e "non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto" dell'individuo.

⁶⁸² Volendo, CATTANEO M.A., *Persona e stato di diritto*, Torino, 1994, 64: "la persona ha un valore metafisico assoluto, che le deriva dall'essere stata creata "a immagine e somiglianza di Dio" ed è indipendente dalla socialità e collettività". In merito, non può non rinviarsi a ID., *Simone Weil e la critica dell'idolatria sociale*, Napoli, 2002, 39; nonché, ID., *Dignità umana e pace perpetua: Kant e la critica della politica*, Padova, 2002, 27; ID., *Kant e la filosofia del diritto*, Napoli, 2005, 70.

⁶⁸³ Così, RIONDATO S., *Introduzione ai profili penalistici della responsabilità in ambito medico-chirurgico*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE A., RIONDATO S., in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTA' S., ZATTI P., cit., 37; ID., *Profili giuridico-penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 1.

Con la precisazione che l'anzidetta concezione individuale del bene salute trova il proprio limite in quella collettiva, nel senso che l'individuo non può pretendere che essa orienti in via esclusiva la prestazione sanitaria pubblica⁶⁸⁴. Ne deriva che il soggetto non è titolare del diritto ad ottenere da quest'ultima la propria morte - anche se la concepisse come il mezzo migliore per tutelare la propria salute fisica e psichica - in quanto non perciò solo ha diritto a conseguire una prestazione medica ad esito infausto⁶⁸⁵.

4.1. L'omissione di soccorso ed il rifiuto delle cure

L'art. 593 c.p. prevede il reato comune di omissione di soccorso, di cui può rendersi responsabile anche il sanitario⁶⁸⁶.

L'operatività di tale fattispecie delittuosa è condizionata, anzitutto, dall'interpretazione ormai consolidata che la giurisprudenza ha fornito circa il termine "*trovando*", indicato nel testo del predetto richiamo normativo. Nel corso del tempo, esso è stato inteso in modo sempre più limitato, tanto che, nel rispetto del principio di legalità e del suo corollario di tassatività, il significato di tale termine viene ormai

⁶⁸⁴ Per le problematiche in tema di AIDS, cfr. RIONDATO S., *Rischio AIDS, indagini del datore di lavoro, responsabilità penali. Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 218/1994*, cit., 1994, 473.

⁶⁸⁵ In questi termini si esprime RIONDATO S., *Profili giuridico-penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 2; si veda sul punto anche GIUNTA F., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione del proprio corpo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 403 ss.

⁶⁸⁶ L'art. 7 del Codice deontologico, approvato il 3 ottobre 1998 dal Consiglio Nazionale della FNOMCeO (Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri), prevede che il medico non può non attivarsi avuta percezione della situazione. Riportiamo testualmente il dettato dell'anzidetto richiamo normativo, inserito nel Capo II, rubricato "*prestazioni d'urgenza*": "*Art. 7 – Obbligo di intervento – Il medico, indipendentemente dalla sua abituale attività, non può mai rifiutarsi di prestare soccorso o cure d'urgenza e deve tempestivamente attivarsi per assicurare ogni specifica e adeguata assistenza*".

ristretto al senso di imbattersi materialmente nel soggetto in pericolo⁶⁸⁷.

Tuttavia, può verificarsi che il malato rifiuti ogni trattamento sanitario⁶⁸⁸. In tale ipotesi, l'impostazione in esame, che fonda la liceità dell'operato del medico sulla scriminante dell'adempimento di un dovere porta alla conclusione che il sanitario potrebbe sempre operare, finanche contro la volontà del malato⁶⁸⁹. Ma tale ricostruzione si pone in antitesi con la norma dell'art. 32, comma II, Cost. e con la libertà di autodeterminazione terapeutica⁶⁹⁰.

Di conseguenza, deriva un limite⁶⁹¹ alla configurabilità della fattispecie delittuosa di cui all'art. 593 c.p. nonché, altrettanto, a quella dell'art. 328 c.p.⁶⁹², ad eccezione dei casi previsti come

⁶⁸⁷ La giurisprudenza più antica, pervasa dall'idea della solidarietà, accoglieva un'interpretazione ampia del termine "trovando" contemplato all'art. 593 c.p. e puniva il soggetto che in qualunque modo fosse venuto a conoscenza della situazione e non avesse prestato soccorso. Successivamente, si è cercato di limitare progressivamente tale interpretazione, ponendo dei confini, intendendo tale termine nel senso di trovare nelle immediate vicinanze. Per l'interpretazione più recente, v. Cass. pen., Sez. V, 15 marzo 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 1562 ss.

⁶⁸⁸ Beninteso, ci si riferisce al caso del valido dissenso alle cure manifestato da parte di un soggetto capace d'agire, al di fuori dei casi di trattamenti sanitari obbligatori per legge.

⁶⁸⁹ Così, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 76.

⁶⁹⁰ Nella letteratura straniera, sul tema dell'eutanasia KENNEDY I., *The legal effect of request by the terminally ill and aget not to receive further treatment from doctors*, in *Criminal Law Review*, 1976, 150 ss.

⁶⁹¹ Così, RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 353; nonché, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 75.

⁶⁹² *Per incidens*, sul rapporto tra le anzidette fattispecie cfr. Cass. pen., Sez. VI, 21 aprile 2011, n. 28005, che di recente ha precisato che la fattispecie prevista dall'art. 328 c.p. è specifica rispetto a quella generale sotto il profilo soggettivo e oggettivo e, comunque, assorbe l'ipotesi generale di cui all'art. 593 c.p., con la conseguenza che va in radice esclusa la configurabilità di tale delitto, anche in ossequio al principio del *ne bis in idem* sostanziale. Nel caso di specie, è stato rigettato il ricorso avverso la decisione del giudice di merito che, in ordine all'art. 328, comma 1, c.p., ha escluso il rifiuto e l'omissione di soccorso, avendo l'imputato, addetto al servizio di guardia medica, provveduto, dopo avere ottenuto il consenso del paziente, a chiamare il 118 e a far ricoverare il paziente in ospedale, dove si provvide alla sutura della sua ferita.

trattamenti sanitari obbligatori *ex lege*, nei quali il medico può agire a prescindere dal consenso del soggetto sottoposto alle cure.

Alla luce di quanto detto, si evince che l'impostazione che ricorre alla scriminante dell'adempimento del dovere non lascia spazio adeguato al diritto di non curarsi⁶⁹³, che deve essere rispettato allorché legittimamente manifestato⁶⁹⁴. Il medico ha il dovere di informare e consigliare il paziente circa l'attività terapeutica più adatta, secondo la migliore scienza, per fronteggiare la patologia, ma non deve ingerirsi o sostituirsi nella scelta che compete a quest'ultimo⁶⁹⁵.

In particolare, con riguardo al caso in cui il malato non sia in grado di acconsentire, è l'urgenza dell'intervento che impone al sanitario di agire, ma, secondo un'autorevole opinione, ciò non può comunque spingersi fino ad operare contro il volere dello stesso in quanto rimane insuperabile il rifiuto alle cure⁶⁹⁶, giusta la disposizione del primo capoverso dell'art. 32 Cost., considerato che altrimenti verrebbe trasfigurato il ruolo del malato, in quanto da soggetto diverrebbe mero oggetto della prestazione medico-scientifica⁶⁹⁷.

⁶⁹³ Sul rapporto tra scriminante dell'adempimento di un dovere e trattamenti sanitari obbligatori, VERGALLO G.M., *Il rapporto medico-paziente: consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 26.

⁶⁹⁴ Sul punto, MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, cit., 125. Circa il rispetto delle norme riguardanti la capacità d'agire e la rappresentanza legale, RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 357, e spec. nota 193.

⁶⁹⁵ Volendo, CATTANEO M.A., *Persona e stato di diritto*, cit., 25, secondo il quale "il motivo ultimo e fondamentale per cui morale e diritto stanno sullo stesso versante, hanno un'origine comune – al di là delle specifiche differenze – sta soprattutto nel fatto che lo scopo finale delle norme di entrambi è – deve essere – la protezione della libertà e della dignità della persona umana".

⁶⁹⁶ V. diffusamente sulla problematica, RIONDATO S., *Introduzione ai profili penalistici della responsabilità in ambito medico-chirurgico*, in BELVEDERE A., RIONDATO S. (a cura di), *Le responsabilità in medicina. Trattato di biodiritto*, cit., 36.

⁶⁹⁷ In proposito, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 77, osserva che "il dovere di astensione del sanitario, nel caso in

Sulla base della sola scriminante dell'adempimento di un dovere non possono essere risolti tutti i casi in cui il malato risulti bisognoso di cure e, pertanto, non può venire accolta in via generale come unica spiegazione del fenomeno del fondamento della liceità penale dell'attività medica.

L'art. 51 c.p. risulta applicabile esclusivamente con riguardo ai trattamenti con finalità terapeutica⁶⁹⁸, dato che per gli altri tipi di interventi, come quelli di natura meramente estetica, occorre riferirsi ad una diversa causa di giustificazione, di cui si ripropongono tutti i problemi applicativi ad essa collegati⁶⁹⁹.

5. La scriminante dello stato di necessità

Nei casi più problematici in cui il paziente non risulta in grado di consentire⁷⁰⁰, secondo il tradizionale orientamento della dottrina e della giurisprudenza, l'attività medica in genere, e quella chirurgica in specie, trova la propria fonte di giustificazione nella scriminante dello

cui le ulteriori cure non possano che comportare sofferenze per l'ammalato, senza alcuna utilità per quest'ultimo. Né situazioni siffatte vanno confuse con la c.d. eutanasia, sia essa attiva o passiva, volontaria o involontaria, in quanto quest'ultima costituisce pur sempre omicidio, anche se dettato da motivi pietistici, mentre tale non è il rifiuto di ulteriori terapie da parte di chi è in fin di vita, oppure la giusta astensione, da parte del medico, dal tentare le cure, talvolta esclusivamente sperimentali, in cui veramente l'ammalato rischia di essere soltanto una cavia, senza che si possa intravedere alcun serio margine di successo".

⁶⁹⁸ BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, cit., 121.

⁶⁹⁹ Se ci si riferisce alla scriminante di cui all'art. 50 c.p. si pone il limite segnato dall'art. 5 c.c.

⁷⁰⁰ La tesi più risalente sul punto, di matrice civilistica, è di FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, 401, che si riferisce al consenso dei familiari per giustificare l'intervento medico. In senso contrario, è stato replicato che si tratta di diritti personalissimi e quindi non delegabili: v. per tutti, DELOGU T., *Teoria del consenso dell'avente diritto*, cit., 229.

stato di necessità⁷⁰¹. Sulla base di questa ricostruzione, il sanitario che procede all'operazione chirurgica non consentita commette il fatto tipico di lesioni personali dolose, ma non risulta punibile ai sensi dell'art. 54 c.p. allorché ne sussistano gli estremi⁷⁰². Ciò in quanto egli è costretto ad intervenire per salvaguardare la salute del soggetto sottoposto alle cure, o meglio, il suo agire è imposto dalla necessità di salvare quest'ultimo dal pericolo attuale di un grave danno alla persona che deriva dalla malattia.

Prima di procedere all'analisi dell'applicazione di tale richiamo normativo in ambito medico, preliminarmente, è opportuno premettere che, più in generale, sono sorti due orientamenti dottrinali circa la qualificazione dello stato di necessità.

Secondo un'impostazione, da un lato, si tratterebbe di un'esimente soggettiva, in quanto radicata sull'inesigibilità del comportamento dell'agente, nel senso che sarebbe impossibile esigere umanamente

⁷⁰¹ In questa direzione si pone la maggioranza della dottrina, la quale si riferisce in via principale alla scriminante del consenso dell'avente diritto per il caso in cui il paziente è in grado di acconsentire: tra i tanti, RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 359; RIONDATO S., *Il diritto alla salute come diritto costituzionalmente garantito e come diritto individuale*, cit., 48; BILANCETTI F., *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., 275. Ad l'eccezione di AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 24, per il quale il consenso all'attività sanitaria non coincide con quello di cui all'art. 50 c.p.

⁷⁰² Per una panoramica sulla questione, ALTAVILLA E., *Necessità (Stato di)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1939, 965 ss.; CONTIERI E., *Lo stato di necessità*, Milano, 1939; GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964; MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 670 ss.; VIGANO' F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000; ID., *sub art. 54*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato. Parte generale*, vol. I, Milano, 1999, 510 ss.; RONCO M., *sub art. 54*, in RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2009, 400 ss. V. anche PULITANO' D., *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.*, 1985, 438 ss.; SERENI A., *Giurisprudenza sotto obbiettivo*, in *Ind. pen.*, 1989, 439 ss.; FIORI A., IADECOLA G., *Stato di necessità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 302 ss.; CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinamentale"*, Padova, 2009, 302.

una condotta diversa da parte dell'individuo⁷⁰³. Tuttavia, mentre la concezione dell'inesigibilità psicologica della condotta differente giustifica la non punibilità di chi agisce per salvare sé stesso o un proprio congiunto⁷⁰⁴, non risulta convincente rispetto al cosiddetto soccorso di necessità, in quanto in quest'ultimo caso non si spiega perché dovrebbe andare esente da pena il soggetto che agisce in modo necessitato per salvare uno sconosciuto⁷⁰⁵.

Dall'altro lato, un differente orientamento inquadra lo stato di necessità tra le cause oggettive di giustificazione⁷⁰⁶, in quanto sostiene che la *ratio* è la mancanza di interesse dello Stato a salvaguardare l'uno o l'altro dei beni in conflitto, in quanto in ogni caso uno di tali beni deve perire⁷⁰⁷. Quest'ultima teoria, al momento dominante in dottrina, ritiene che il fondamento dell'art. 54 c.p. è da rinvenirsi nella

⁷⁰³ A favore della tesi di considerare lo stato di necessità in chiave scusante, sulla scorta di una considerazione storica e politico-filosofica dell'istituto, RONCO M., *sub art. 54*, in *Codice penale ipertestuale*, cit., 401 ss., spec. 405; sul tema anche CARUSO G., *Le cause di giustificazione: epoche dell'ordinamento?*, in *Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, 2006, 167 ss. Per una esemplificazione pratica v. anche ID., *Il problema dell'architettura del caso: a proposito del trattamento del tossicodipendente in comunità e delle cause di giustificazione*, in GENTILE F., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006, 249 ss.

⁷⁰⁴ Il classico caso di scuola è quello del naufragio e, sul punto, non può non rinviarsi a CATTANEO M.A., *Giusnaturalismo e dignità umana*, Napoli, 2006, 25, "lo stato di necessità ovvero una situazione di pericolo da cui non ci si può salvare se non cagionando la morte di un altro essere umano; è il caso del naufrago aggrappato a un relitto in mare, il quale per salvarsi caccia da questo relitto un altro naufrago procurandone così la morte, a cui accenna Kant nella *Methaphysik der Sitten*, parlando appunto di *ius necessitatis* (Notrecht)".

⁷⁰⁵ Sul soccorso di necessità, esso pure previsto al comma I dell'art. 54, GROSSO C.F., voce *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 883 ss.

⁷⁰⁶ In questa direzione, AZZALI G., voce *Stato di necessità (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1971, 356 ss.; MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, cit., 98 ss.; BELLAGAMBA F., *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, 1838 ss.

⁷⁰⁷ Cfr. AIELLO C., *Stato di necessità (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Trec.*, XXX, Roma, 1993, 9 ss., la collettività, in questo senso, rimane indifferente al fatto che perisca un bene od un altro allorché comunque uno di essi debba venire meno.

manca di danno sociale in relazione al principio del bilanciamento degli interessi. Con la precisazione che in base al predetto canone è però necessario che il bene sacrificato risulti di rango inferiore od equivalente ovvero di poco superiore in relazione a quello salvato⁷⁰⁸.

Ciò posto circa l'inquadramento teorico dello stato di necessità, si rende necessario soffermarsi sulla sua applicazione in ambito medico-chirurgico.

Autorevole parte della dottrina penalistica sostiene la sua inapplicabilità in tale campo, in considerazione dei rischi che ne possono derivare, in particolare in materia di trapianti⁷⁰⁹. Innanzi a due soggetti malati, si rileva che, proprio in ragione dell'urgenza, il sanitario potrebbe lecitamente procedere ad asportare un organo dall'uno, a prescindere dal suo consenso, e trapiantarli nell'altro che versi in grave pericolo⁷¹⁰. Il paradosso è che il malato si affiderebbe

⁷⁰⁸ Un'ulteriore ricostruzione dello stato di necessità, di natura diversificata piuttosto che unitaria, riferisce l'inesigibilità psicologica solo allo stato di necessità c.d. cogente – *rectius* riguardante sé stessi od i prossimi congiunti – ed il bilanciamento di interessi al solo soccorso di necessità Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 267.

⁷⁰⁹ Sulla problematica dei trapianti, per un quadro, GUZZON C., *Trapianti biologici nell'uomo*, cit., 397 ss.; VERCELLONE P., voce *Trapianti di tessuti e organi*, cit., 1262 ss.; VECCHI P.M., voce *Trapianti e trasfusioni (dir. civ.)*, cit., 1 ss.; DE BLASIO A., *Il trapianto d'organi come risposta terapeutica*, cit., spec. 65 ss. sulla normativa italiana, e 91 ss. per una comparazione con quella straniera; ZAMBRANO V., *La nozione di trapianto e l'ambito applicativo della disciplina. Trattamento terapeutico*, cit. 3 ss.; D'ORAZIONE R., *Il prelievo di organi e tessuti e la nozione giuridica di morte*, cit., cit., 43 ss.; SICA S., *La volontà alla "donazione"*, cit., 79 ss.; SATURNO A., *Il modello organizzativo: gli organismi di gestione*, cit., 105 ss.; SAPORITO L., *Importazione ed esportazione di organi e tessuti e trapianti all'estero: commento agli artt. 19 e 20 della L. 91/99*, cit., 213 ss.; nonché, RICCI P., *Aspetti medico-legali e penalistici dei trapianti di organo*, cit., 253 ss.; e SCIANCALEPORE G., *La disciplina transitoria della L. 1° aprile 1999, n. 91*, cit., 277 ss. Strettamente collegato, FARNETI M., *sub art. 5*, in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, cit., 76 sui prelievi di organi da viventi, e 77 sui prelievi di organi da cadavere.

⁷¹⁰ A tale proposito, MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 240 ss.; cfr. altresì PALAZZO F.C., *Persona (delitti contro)*, cit., 311 ss.

ad un soggetto autorizzato dallo Stato per ricevere le cure necessarie, però con la consapevolezza che potrebbe legittimamente soccombere ad opera del sanitario stesso, a causa della situazione d'urgenza.

In senso contrario, si osserva che tali rilievi potrebbero essere accolti soltanto se ci si riferisse allo stato di necessità come unica causa di giustificazione dell'intervento medico-chirurgico⁷¹¹, mentre l'opinione avallata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali la invoca in via subordinata rispetto a quella del consenso dell'avente diritto. Infatti, l'art. 54 c.p. viene applicato allorché il paziente sia in pericolo e, al tempo stesso, non sia in grado di manifestare il proprio consenso.

La legge sul trapianto di rene tra persone viventi⁷¹² stabilisce che lo stato di necessità opera solo se il ricevente non è in grado di acconsentire e, inoltre, è in ogni caso richiesto l'assenso del donatore. Quanto stabilito non può non valere anche per qualsiasi altro tipo di innesto, in quanto, altrimenti ragionando, si giungerebbe a permettere ogni tipo di trapianto ed il medico diverrebbe unico arbitro della salute del paziente⁷¹³.

Una simile conclusione, ad ogni modo, si pone in contrasto con l'art. 32, comma II, Cost., in forza del quale nessuno può essere

⁷¹¹ In questi termini, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 41.

⁷¹² *Id est* la L. 26 giugno 1967, n. 458: v. in particolare gli artt. dall' 1 al 4. Circa gli innesti di natura terapeutica, nonché quelli sperimentali, MANTOVANI F., voce *Trapianti*, cit., 334.

⁷¹³ Così, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 41, che puntualizza: “*se invece, come appare preferibile, la scriminante dell'art. 54 c.p. la si fa operare assieme al consenso del donatore e nell'ambito dei soli trapianti autorizzati ex lege, non sembra possa dirsi violato il principio personalistico*”.

obbligato ad un determinato intervento se non per disposizione di legge, e quest'ultima, in ogni caso, non può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana⁷¹⁴.

5.1. Dissenso alle cure e beni indisponibili

Con riferimento al soccorso di necessità, la dottrina compie una distinzione a seconda che l'eventuale dissenso del soggetto in pericolo riguardi dei beni disponibili oppure indisponibili, dal momento che in tale ultimo caso sarebbe irrilevante⁷¹⁵.

In particolare, sono considerati indisponibili i beni della vita e dell'integrità fisica, i quali vengono in rilievo proprio in ambito medico-chirurgico, dal momento che il sanitario procede il più delle volte ad operazioni che comportano mutilazioni o comunque diminuzioni, anche in via permanente, dell'integrità corporea, ovvero che pongono a rischio la vita del paziente a causa della loro rischiosità.

Sul punto emerge distonia per cui, in presenza del dissenso alle cure del malato in riferimento a beni indisponibili, come la vita, o considerati parzialmente tali, come l'integrità fisica, il medico potrebbe agire in soccorso di necessità finanche contro il rifiuto⁷¹⁶ alle

⁷¹⁴ Al riguardo, diffusamente, nella dottrina costituzionale, TRIPODINA C., *sub art. 32*, in BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, 321 ss., spec. 328; SIMONCINI A., *sub art. 32*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 655 ss.

⁷¹⁵ Così, circa l'irrilevanza del dissenso nell'ipotesi di soccorso di necessità, GROSSO C.F., voce *Necessità (dir. pen.)*, cit., 891; nello stesso senso anche AIELLO C., voce *Stato di necessità*, cit., 7.

⁷¹⁶ In una prospettiva di comparazione, si precisa che questa impostazione è quella preferita dalla giurisprudenza francese. V. *ex multis*, Tribunal administratif de

terapie legittimamente manifestato dal paziente⁷¹⁷. In tal modo, si finisce per configurare in capo al sanitario una sorta di potere-dovere di curare⁷¹⁸, che invero non trova alcun fondamento normativo, ed anzi, si pone in contrasto con il dettato costituzionale⁷¹⁹. Infatti, il dissenso alla cure, trova fondamento nel combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost.⁷²⁰.

Prima di scendere ad analizzare i singoli requisiti di operatività della scriminante in esame, è opportuno evidenziare, in linea generale,

Lille, ordonnance du 25 août 2002, n. 02-3138, caso riguardante una testimone di Geova che aveva rifiutato una trasfusione di sangue necessaria a causa di una emorragia a seguito del parto. V. al riguardo CHAGNON J., FOURNIER V., *Fallait-il transfuser contre son gré Madame G. témoin de Jehovah?*, in *Medicine & Droit*, 2003, 133 ss., spec. 136. Sul tema, nella letteratura francese, v. anche ROUGE' MAILLART J., JOUSSET J., GACHES T., GAUDIN A., PENNAU M., *Patitens refusing medical attentino: the case of Jehovah's fitness in France*, in *Med Law*, 2004, 715 ss., spec. 723; e LORIAU J., MANAOUIL C., MONTPELLIER D., GRASER M., JARDE O., *Chirurgie et transfusion chez les patients témoins de Jehovah. Mise au point medico-legale*, in *Annales de chirurgie*, 2004, 263 ss., spec. 268.

⁷¹⁷ Questa è l'opinione sostenuta da larga parte della giurisprudenza: in quella di merito, circa l'ipotesi di rifiuto di trasfusione del sangue da parte di un Testimone di Geova, cfr. App. Trento, 19 dicembre 2003, in *La nuova giur. civ. comment.*, 2005, 145 ss.; in quella di legittimità, *ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211. V. sul versante dottrinale, nello stesso senso, GROSSO C.F., voce *Necessità (dir. pen.)*, cit., 891; AIELLO C., voce *Stato di necessità*, cit., 7.

⁷¹⁸ V. sulla potestà di curare del medico, IADECOLA G., *Diritto di morire e potestà medica di curare*, cit., 3661 ss.; v. anche ID., *Il medico e la legge penale*, cit., 15.

⁷¹⁹ In punto di urgenza dell'intervento chirurgico e dissenso alle cure, PESANTE M., *Corpo umano (atti di disposizione)*, cit., 659, che precisa: "Mai, però, il chirurgo può operare contro la volontà del paziente perché, se è vero che la vita dell'uomo interessa anche la società e lo Stato, è pur vero che l'intervento chirurgico importa sempre un rischio e che la decisione sull'opportunità o meno dell'operazione non può spettare che a chi tale rischio deve sopportare".

⁷²⁰ In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 2005, n. 38852, ha precisato che nessun addebito di colpa, tale da addebitargli l'intervenuto decesso del paziente, può essere formulato nei confronti del medico, il quale abbia tempestivamente diagnosticato non solo la malattia di cui era affetto il paziente (nella specie, infarto in atto), ma anche la sua particolare gravità, e abbia ripetutamente insistito con il paziente affinché questi si ricoverasse immediatamente in ospedale, ottenendone però un rifiuto; non potendosi imporre al medico il potere-dovere di procedere a un'azione impositiva contro la volontà di un ammalato risultato capace di intendere e volere. Nella specie, la Suprema Corte, sulla base del suddetto principio, ha rigettato il ricorso del procuratore della Repubblica avverso la sentenza che aveva mandato assolto il sanitario dal reato di omicidio colposo per insussistenza del fatto.

l'angusto campo di applicazione della stessa con riferimento al settore medico⁷²¹. Quest'ultima viene in rilievo in un numero di limitato di casi, accomunati dal dato dell'urgenza della terapia e dal fatto che il soggetto non risulta in grado di manifestare un legittimo consenso. Di conseguenza, al di fuori di tali casi, torna a riaffacciarsi il medesimo problema di individuare un fondamento di liceità dell'intervento medico⁷²².

5.2. Sui singoli requisiti dell'art. 54 c.p.

Sulla base di quanto di tutto quanto premesso, si rende necessario indagare la portata dell'art. 54 c.p. con specifico riguardo all'ipotesi in cui il paziente non è in grado di acconsentire.

Anzitutto, atteso che il pericolo deve essere attuale⁷²³, rimane al di fuori della portata del predetto richiamo normativo il settore della cosiddetta medicina preventiva, dato che, per definizione, ha ad oggetto pericoli futuri⁷²⁴. Tuttavia, quest'ultima è particolarmente utile ed apprezzata dalla collettività, considerato che, a livello

⁷²¹ V. in argomento BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., 126 ss.

⁷²² Sul versante giurisprudenziale, *ex multis*, sull'operatività dell'art. 54 ovvero 50 c.p., cfr. Cass. Pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, in *Riv. Pen.*, 1995, 1461 ss. con nota di GALANTI A., *Liceità dell'attività medico-chirurgica: alla ricerca di un fondamento normativo*; e in *Cass. Pen.*, 1993, 63 ss., con nota di MELILLO G., *Condotta arbitraria e responsabilità penale*; nonché in *Riv. Pen.*, 1993, 42 ss., con nota di POSTORINO E., *"Consenso" del paziente nel trattamento medico-chirurgico*.

⁷²³ Sul requisito dell'attualità del pericolo, MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 679; nonché AIELLO C., voce *Stato di necessità*, cit., 3.

⁷²⁴ Tale definizione si riferisce agli interventi che non si riferiscono ad un pericolo attuale ma che si ritengono decisamente opportuni per prevenire pericoli futuri. MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 50.

scientifico, è dimostrato che per molte malattie vi sono le maggiori probabilità di guarigione allorché la cura sia anticipata⁷²⁵.

Spesso il medico viene a conoscenza del livello di avanzamento della malattia soltanto nel corso dell'operazione chirurgica⁷²⁶. Allorché giudichi opportuno eseguire un diverso intervento, in mancanza dell'attualità del pericolo, il medico deve chiudere la breccia operatoria, risvegliare il paziente ed ottenere un nuovo consenso, a tutto pregiudizio delle condizioni di salute del malato⁷²⁷. Il risultato che ne consegue è quello della duplicazione non solo dei tempi di attesa per fronteggiare la malattia, ma anche dell'anestesia e dell'intervento chirurgico, ossia dello *stress* psico-fisico ad essi collegato e dei tempi di guarigione.

Una simile impostazione finisce per non garantire un'efficace tutela del bene della salute del malato⁷²⁸, dal momento che nella prassi spesso il medico decide di non operare per non esporsi al pericolo di possibili sequele giudiziarie intentate dai parenti del paziente. Ciò

⁷²⁵ V. sul piano della storia della medicina, BARGONI A., *Affermarzione e sviluppo del positivismo in medicina*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2, 2011, 207 ss.

⁷²⁶ Per una corrispondenza concreta cfr. il caso deciso da Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 447 ss., con il commento di PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*; e in *Foro it.*, 2009, 305 ss., con nota di FIANDACA G., *Luci e ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; nonché in *Cass. pen.*, 2009, 1793 ss., con nota di VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*; e anche in *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 395 ss., PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*.

⁷²⁷ V. le riflessioni di MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 50.

⁷²⁸ Il rischio concreto che ne può derivare è quello di un abuso di farmaci ovvero visite specialistiche o esami di laboratorio inutili.

determina nella pratica il fenomeno della cosiddetta medicina difensiva⁷²⁹.

Al tempo stesso, oltre che attuale, il pericolo non deve essere altrimenti evitabile⁷³⁰. Tale requisito risulta di difficile configurazione nella pratica medica, considerate le molteplici varianti che possono venire in rilievo.

Il problema è acuito nel caso di terapie ad alto tasso di complessità, ove il medico non è realisticamente in grado di affermare con assoluta certezza che l'intervento prescelto sia l'unico modo per evitare il danno alla salute.

Ciò diviene evidente nel caso di terapie in fase di sperimentazione, per le quali non sussiste ancora, per definizione, una sufficiente certezza in ambito medico-scientifico⁷³¹.

A complicare tale quadro si aggiunge il fatto che la scienza medica non è unitaria, ma è plurale, e non fornisce certezze circa gli esiti delle cure, considerato che essi dipendono dal tipo di malattia, dal suo

⁷²⁹ Cfr. LE FANU J., *Ascesa e declino della medicina moderna*, Milano 2005, 483. V. sull'argomento i recenti approfondimenti di: ROTOLO G., "Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, 1259 ss.; BONINO F., *Complessità in medicina*, Pisa, 2011; CAVICCHI I., *Medicina e sanità: snodi cruciali*, Bari 2010; ID., *Una filosofia per la medicina. Razionalità clinica tra attualità e ragionevolezza*, Bari 2011; GIROLAMI P., *La salute e le regole*, Torino 2010.

⁷³⁰ Per tutti sul punto MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 679; AIELLO C., voce *Stato di necessità*, cit., 4.

⁷³¹ Sulla problematica, MAGNINI V., *Requisiti e limiti della sperimentazione terapeutica*, in CANESTRARI S., GIUNTA F., GUERRIERI R., PADOVANI M. (a cura di), *Medicina e Diritto Penale*, Pisa, 2009, 361 ss.; ID., *I requisiti e i limiti della sperimentazione umana. Profili penalistici*, in *Ind. pen.*, 2006, 1039 ss.; MANNA A., voce *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.*, IV, agg., Milano, 2000, 1120 ss.; ID., *La responsabilità del produttore per la sperimentazione dei farmaci sui malati di mente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 647 ss.; MARSICO G., *La sperimentazione umana. Diritti violati/diritti condivisi*, Milano, 2010, 1 ss.

avanzamento, dall'età e dalle condizioni fisiche del paziente, *et similia*.

Congiuntamente ai requisiti anzidetti, l'art. 54 c.p. impone anche che il pericolo non sia stato volontariamente causato dall'agente⁷³². Nel settore medico può verificarsi che il sanitario intervenga chirurgicamente per tutelare la salute del paziente ma, ciononostante, finisca invece per concorrere ad aggravare la situazione, salvo successivamente eliminarla con una menomazione permanente dell'integrità fisica. Se si considera il termine "volontariamente" in senso ampio⁷³³ come proposto da una parte della dottrina penalistica, ossia senza riferire la norma al dolo, bensì a tutte le ipotesi addebitabili al soggetto stesso⁷³⁴, non sarebbero scriminati i predetti atti del medico⁷³⁵.

Nelle ipotesi più problematiche, in realtà, grava in capo al sanitario l'obbligo di intervenire sul paziente, dal momento che l'art.

⁷³² Su questo requisito v. per tutti MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 678.

⁷³³ Con la precisazione che la questione è assai dibattuta in dottrina. Un orientamento ritiene che il termine "volontariamente" debba essere inteso nel senso di "dolosamente": cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 244; Al contrario, la corrente interpretativa opposta sostiene che assume rilievo anche la colpa: in tal senso AZZALI G., voce *Stato di necessità*, cit., 356 ss.

⁷³⁴ Di questa opinione MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, 51, in quanto ritiene che la norma, considerato che utilizza la generica locuzione "volontariamente", abbraccia ogni ipotesi in cui il pericolo è comunque addebitabile all'agente.

⁷³⁵ Ma la testimonianza delle distorsioni che ha comportato quest'ultimo aspetto è fornita dall'inquietante fenomeno etichettato come "medicina difensiva" In merito, v. le riflessioni di IADECOLA G., *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, cit., 528, il quale evidenzia che "si diffondano tra i sanitari atteggiamenti assai controllati e calibrati in chiave difensivistica, improntati a cautele e prudenze eccessive e attenti principalmente ad evitare il rischio di sequele giudiziarie". Sul punto, BUZZONI A., *Medico e paziente. Le responsabilità civili e penali del medico e dell'équipe medica*, cit., 31 ss.; nonché, NASO M., *La responsabilità del primario ospedaliero*, Milano, 2007, 4 ss.

593 c.p. stabilisce un dovere di intervento del soggetto che si accorge che taluno si trova nelle situazioni di pericolo tratteggiate dalla norma⁷³⁶.

Considerato il ruolo rivestito dal sanitario, ossia di soggetto abilitato dallo Stato alla cura dei malati, il suo intervento verrebbe allora scriminato dall'adempimento del dovere⁷³⁷, piuttosto che dallo stato di necessità⁷³⁸.

Parte della dottrina, consapevole dell'insufficienza dell'art. 54 c.p. a giustificare le variegate ipotesi in cui il paziente non possa esprimere un valido consenso, ha proposto un allargamento della nozione dello stato di necessità, giungendo a configurare una scriminante diversa, la cosiddetta "necessità medica"⁷³⁹.

Ma quest'ultima ricostruzione, prima di tutto, impone di affrontare la questione dell'ammissibilità o meno nel sistema penale di scriminanti non codificate.

⁷³⁶ Così, GROSSO C.F., voce *Necessità (diritto penale)*, cit., 889. Cfr. nella stessa direzione le riflessioni contenute nella monografia di GIULIANI B., *Dovere di soccorso e stato di necessità*, cit., 1 ss. V. anche NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, cit., 128 ss.

⁷³⁷ Sul punto, sono di estrema attualità le parole del lungimirante GROSSO C.F., voce *Necessità (diritto penale)*, cit., 890, che manifesta esso stesso perplessità circa l'applicazione di tale scriminante al campo medico e segnala l'inadeguatezza del tessuto normativo esistente: "*questi interrogativi, che diventano particolarmente gravi ove li si consideri, come si accennava nella prospettiva aperta dall'individuazione di casi di vero e proprio dovere di soccorso (il medico, nei casi citati, sarebbe obbligato ad intervenire), e particolarmente inquietanti alla luce dei probabili progressi della scienza medica, soltanto parzialmente possono trovare una risposta adeguata nella legislazione vigente*".

⁷³⁸ V. al riguardo FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 273, che rilevano che vi sono dei casi di soccorso di necessità, come quello del medico che interviene a salvare il paziente nelle ipotesi di cui all'art. 593 c.p., che non rientrano nell'art. 54, ma nella più incisiva causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere.

⁷³⁹ Sul punto si rinvia agli appositi paragrafi.

6. Teoria della scriminante non codificata

Considerati i molteplici limiti applicativi che vengono in rilievo con riferimento alle cause di giustificazione codificate, nonché preso atto della carenza normativa – che nulla prevede in modo specifico circa la liceità penale dell’attività medica – parte della dottrina sostiene l’operatività nel settore in esame di una scriminante *sui generis*. A differenza di quelle normativamente previste, risulterebbe *de iure condito* non codificata, frutto di un procedimento analogico⁷⁴⁰ in *bonam partem*.

Tale ricostruzione, preliminarmente, impone di affrontare la dibattuta questione dell’ammissibilità o meno, nel nostro sistema, di scriminanti non codificate⁷⁴¹.

Secondo un orientamento minoritario, anzitutto, il divieto di analogia in diritto penale⁷⁴² ha carattere assoluto, ossia non limitato alle norme incriminatrici, bensì esteso anche a quelle di favore. Ciò viene motivato sulla base al primato dell’esigenza di certezza del comando penale, che verrebbe meno a fronte dell’incertezza dei limiti

⁷⁴⁰ Imprescindibile BOBBIO N., voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 601 ss., che si sofferma sulla distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva. Sul tema, BOScarelli M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955; VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942. Strettamente collegato, RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979; nonché, ID., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, Milano, 2006, 693 ss.

⁷⁴¹ Sulla questione, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., 97.

⁷⁴² Per mera comodità di consultazione riportiamo il testo dell’art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, anche dette Preleggi, che, sotto la *rubrica legis* “*Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*”, stabilisce testualmente: “*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*”. V. in merito CIAN G., sub art. 14 disp. Prel., in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, cit., 42 ss.

di applicazione della norma⁷⁴³. Di conseguenza, si nega la possibilità di ricorrere al procedimento dell'analogia, anche *in bonam partem*, per configurare determinate cause di giustificazione non contemplate espressamente dalla legge⁷⁴⁴.

Al contrario, l'indirizzo interpretativo maggioritario ritiene che il divieto di analogia ha carattere relativo, in quanto viene riferito soltanto all'interpretazione delle norme penali sfavorevoli⁷⁴⁵. Da tali premesse, si ritiene legittimo ricavare delle scriminanti mediante il procedimento analogico, dal momento che quest'ultimo è vietato soltanto per le norme penali in senso stretto, o meglio, per le disposizioni che puniscono singoli reati o che comunque comprimono i diritti dell'individuo⁷⁴⁶.

Prima di procedere alla disamina della questione, si puntualizza che sostenere la presenza di una scriminante *sui generis* nel settore in

⁷⁴³ In tale direzione si pone la dottrina minoritaria: è questa l'opinione di NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 131; e di MARINI G., voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1978, 956 ss., spec. 958, per i quali il procedimento analogico sarebbe fonte di gravi incertezze.

⁷⁴⁴ Nega la legittimità del ricorso al procedimento analogico al fine di desumere cause di giustificazione non codificate NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, cit., 33 ss.

⁷⁴⁵ In questo senso la dottrina maggioritaria, v. per tutti MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, III ed., Padova, 1992, 110 ss.

⁷⁴⁶ Con la precisazione che parte di questa stessa dottrina – che, come detto, riconosce la possibilità di ricavare cause di giustificazione atipiche mediante l'uso del procedimento analogico – talvolta nega questa conclusione in riferimento a specifiche norme alla luce della loro struttura. Ci riferiamo in particolare a GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 266, in relazione all'art. 52 c.p.; nonché ID., voce *Necessità (dir. pen.)*, cit., 896, in merito all'art. 54 c.p. (v. la precisazione in seguito); CARACCIOLI I., *L'esercizio di un diritto*, Milano, 1965, 29 ss., e, più di recente, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 36, entrambi in riferimento all'art. 51 c.p., il quale ultimo motiva al riguardo: “*ove l'esercizio del diritto – inteso come “facoltà legittima” – non può essere esteso a casi analoghi non espressamente regolati, perché casi di tal tipo non possono in realtà sussistere: o l'attività è consentita, o, evidentemente, non lo è*”.

esame⁷⁴⁷ presuppone l'implicito riconoscimento dell'esistenza di lacune nel sistema⁷⁴⁸, in quanto equivale a dire che si rende necessario ricorrere ad una scriminante atipica a causa dell'insufficienza di quelle codificate per spiegare il fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico⁷⁴⁹.

Ciò posto, si rinvengono sul punto due distinte ricostruzioni esegetiche, che è opportuno trattare separatamente.

6.1. L'alto interesse sociale del trattamento medico-chirurgico

Al fine di rendere lecito l'intervento del chirurgo, autorevole parte della dottrina invoca l'operatività di una scriminante non codificata, in quanto rileva che, nell'ipotesi di esito infausto per il paziente, non risulta applicabile l'art. 50 c.p. in ragione della limitata disponibilità dell'integrità fisica, nonché dell'indisponibilità del bene vita⁷⁵⁰.

In particolare, questo indirizzo interpretativo compie una distinzione sulla base degli esiti prodotti dal trattamento medico-

⁷⁴⁷ Su questo punto ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 247 ss.

⁷⁴⁸ In merito, non può non rinviarsi a FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., 97, precisano che non tutte le norme che prevedono cause di non punibilità hanno carattere eccezionale: così, sono suscettive di applicazione analogica le cause di giustificazione o di esclusione della colpevolezza nella misura in cui contribuiscono a determinare i presupposti di applicazione delle norme incriminatrici. Strettamente collegato, VASSALLI G., voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 609 ss.

⁷⁴⁹ In senso contrario, anche se favorevole al procedimento di analogia *in bonam partem*, GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato. Appunti*, Torino, 1967, 127, ritiene che nel settore in esame non è necessario ricorrere all'analogia in quanto giustifica l'attività medico-chirurgica in base alle scriminanti codificate, e segnatamente richiama lo stato di necessità e l'esercizio di una facoltà legittima di cui all'art. 51 c.p. In questa direzione v. anche PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 95 ss.; e MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, cit., 110 ss.

⁷⁵⁰ Così, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 317, nonché GRISPIGNI F., *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, cit., 489 ss.

chirurgico. Nel caso di esito fausto⁷⁵¹, l'intervento terapeutico eseguito nel rispetto delle *leges artis* non viene ricondotto al paradigma criminoso di cui all'art. 582 c.p., in ragione del miglioramento dello stato di salute del soggetto. Di conseguenza, nell'ipotesi di esito favorevole al malato, non si rende necessario ricorrere ad alcuna scriminante, dal momento che il fatto commesso dal sanitario non è ritenuto tipico alla stregua del delitto di lesioni personali⁷⁵².

Allorquando il chirurgo opera con negligenza, imprudenza od imperizia, può essergli mosso un rimprovero a titolo di colpa e, di conseguenza, si profila una responsabilità *ex art.* 590 c.p.⁷⁵³. Sulla base di tale impostazione, posto che si richiede la necessità dell'intervento, quello eseguito per scopo estetico ovvero di mera

⁷⁵¹ Inteso quest'ultimo in senso oggettivo, ossia quale "giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente", definizione accolta recentemente in giurisprudenza, cfr. al riguardo Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2009, n. 2437, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 447 ss., con il commento di PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*; e in *Foro it.*, 2009, 305 ss., con nota di FIANDACA G., *Luci e ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; nonché in *Cass. pen.*, 2009, 1793 ss., con nota di VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*; e anche in *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 395 ss., PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*.

⁷⁵² E' l'opinione di ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, XVI ed., cit., 317, che ritiene "per ciò che concerne il fondamento della liceità, il problema non sorge quando l'operazione ha avuto esito felice, perché, se anche il chirurgo ha cagionato un dolore o prodotto un'amputazione nell'organismo del soggetto, non si può dire che si sia verificato quel peggioramento del bene dell'integrità personale che costituisce l'essenza del reato di lesioni: manca, quindi l'estremo della conformità al tipo legale di questo reato".

⁷⁵³ In tema di lesioni colpose v. per tutti PAVAN G., *sub art.* 590, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 84 ss.

vanità risulta illecito allorquando conduce agli esiti previsti dagli artt. 582 e 583 c.p.

Il reato di cui all'art. 582 c.p. si configura nel caso di esito infausto, in quanto lo stato complessivo di salute del soggetto subisce un peggioramento a seguito della terapia. In questa ipotesi, al fine di giustificare la condotta del sanitario, si invoca l'operatività di una scriminante non codificata avente ad oggetto il trattamento medico-chirurgico stesso⁷⁵⁴.

Essa deriverebbe dal ricorso all'*analogia iuris*, ossia ai principi generali in materia di scriminanti. Il principio di bilanciamento degli interessi, quale comune fondamento delle stesse, renderebbe lecita l'attività medico-chirurgica per mancanza di danno sociale⁷⁵⁵, in quanto l'operazione sarebbe necessaria per tutelare un interesse che ha un valore sociale superiore ovvero uguale al sacrificato. In tal senso, si argomenta che l'attività medico-chirurgica corrisponde ad un alto interesse sociale⁷⁵⁶, considerato che lo Stato riconosce l'interesse alla cura degli infermi, in quanto autorizza, disciplina e favorisce l'attività stessa⁷⁵⁷.

In senso critico, si rileva che un fatto tipico di lesioni personali si configura invece nel caso di trattamento medico-chirurgico eseguito in

⁷⁵⁴ Così, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 317, per il quale, l'intervento sanitario conclusosi con esito infausto costituisce di per sé una causa di giustificazione non codificata a ragione dell'alto valore sociale della professione medica.

⁷⁵⁵ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 212.

⁷⁵⁶ Si sofferma sul punto MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 110, che osserva che non viene effettuato un bilanciamento tra i beni da salvare e sacrificare, bensì vi è un giudizio sull'attività in sé.

⁷⁵⁷ In questi termini si esprime ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 317.

conformità alle regole dell'arte medica, ma con esito infausto. In tal caso, si ripropone il problema di individuare una ragione giuridica tale da mandare esente da responsabilità penale il medico a cui nessun rimprovero possa essere mosso in quanto abbia agito nel rispetto delle *leges artis*⁷⁵⁸. L'esito dell'operazione medica, infatti, dipende spesso da fattori biologici dell'organismo del paziente ovvero da circostanze imprevedibili e si verifica anche a notevole distanza di tempo⁷⁵⁹. Pertanto, non persuade l'impostazione di distinguere sulla base degli esiti prodotti dall'intervento, considerato che se la causa della lesione è lecita, l'esito diviene irrilevante⁷⁶⁰.

In aggiunta, nel nostro ordinamento vige il principio di legalità ed il suo corollario di tassatività, che male si conciliano con la teoria della scriminante *sui generis* del trattamento medico-chirurgico. In questo senso, non è corretto configurare altre cause di giustificazione non codificate oltre a quelle previste dalla legge, le quali costituiscono un'eccezione al principio della punibilità del fatto di reato e sono oggetto di espressa previsione legislativa⁷⁶¹.

La teoria in analisi si presta all'obiezione di configurare una scriminante non codificata in modo non controllato ed arbitrario⁷⁶²,

⁷⁵⁸ Per questi rilievi critici v. RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 303; e, più di recente, VIGANO' F., sub *art. 50*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 520.

⁷⁵⁹ Così, RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 302.

⁷⁶⁰ V. sul punto le obiezioni di NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, cit., 128.

⁷⁶¹ A tale proposito cfr. NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, cit., 33 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale*, cit., 131 ss.; MARINI G., voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., 952 ss.

⁷⁶² FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 630, rileva che, se, da un lato, tale conclusione permette di aggirare i limiti posti dalle cause di giustificazione normativamente previste, dall'altro lato, risulta pericolosa in quanto

come testimoniato dal richiamo, ad opera dell'orientamento in esame, alla nozione dell'alto interesse sociale, che, in quanto tale, non ha un contenuto determinato, ma risulta viceversa indefinito e troppo generico⁷⁶³. Emerge dunque la distonia che un fatto, tipico ai sensi della legge penale, dovrebbe essere considerato lecito poiché conforme all'alto interesse sociale.

Inoltre, viene assegnato al consenso del paziente un ruolo del tutto marginale, in quanto, se si sostiene che l'alto interesse sociale legittima l'intervento eseguito *lege artis*, ne deriva che il consenso non assume un ruolo decisivo in riferimento alla terapia, che può essere lecitamente condotta anche a prescindere dallo stesso. Portando il ragionamento alle estreme conseguenze, si giungerebbe al punto che il medico potrebbe agire finanche contro il dissenso del malato, al fine di perseguire l'alto interesse sociale⁷⁶⁴.

6.2. Consenso presunto e necessità medica

Una diversa corrente interpretativa, alla luce dell'alto valore sociale della medicina, ritiene che il trattamento medico-chirurgico si impone in quanto tale, allorché eseguito *lege artis* per le supreme esigenze della salute dell'individuo, quale fonte di discriminazione del

si presta all'arbitrio, dal momento che non è controllabile con criteri certi e ben definiti.

⁷⁶³ MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 114-115, evidenzia che il limite dell'impostazione in esame consiste nel non indicare un criterio orientativo della liceità, in quanto l'intervento sanitario infausto viene considerato in sé una causa di giustificazione non codificata solamente in virtù dell'alto valore sociale della medicina, senza ulteriori specificazioni.

⁷⁶⁴ V. sul punto le riflessioni di FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 631. Oltre alla vaghezza del contenuto della nozione di alto interesse sociale, non è indicato il soggetto incaricato di individuarlo di volta in volta.

fatto⁷⁶⁵. Al fine di giustificare l'intervento sanitario ci si riferisce a più scriminanti: da un lato, quella dell'adempimento di un dovere, allorquando un impegno di cura sia stato preso, dall'altro, quelle del consenso dell'avente diritto e dello stato di necessità, che vengono allargate, rispettivamente, al consenso presunto ed alla cosiddetta necessità medica⁷⁶⁶.

In questo quadro, la causa di giustificazione non codificata relativa al trattamento medico-chirurgico deriva da un'operazione di analogia *legis*, o meglio, dall'estensione di specifiche cause di giustificazione a casi non regolati.

Per quanto riguarda la figura del consenso presunto, anzitutto, esso si configura allorquando il medico, anche se consapevole che *de facto* il consenso del titolare non è stato prestato, giudica che quest'ultimo lo avrebbe concesso se fosse stato a conoscenza della situazione di fatto⁷⁶⁷. Una parte della dottrina penalistica richiama tale figura per giustificare l'operato del medico, in quanto ritiene che quest'ultimo agisce nella convinzione che il paziente, se fosse stato avvisato della

⁷⁶⁵ Questa tesi fa capo a VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. Pen.*, 1983, 81 ss., spec. 95, per il quale esistono “*nel sistema vigente principi positivi, aventi valore normativo, ricavabili per analogia dal sistema delle cause di giustificazione, in forza dei quali il trattamento medico-chirurgico si impone di per sé stesso, quando sia condotto in vista delle supreme esigenze della salute del paziente e secondo la lex artis, come una fonte di discriminazione del fatto*”. In proposito v. IADECOLA G., *Potestà di curare e consenso informato*, cit., 31 ss.

⁷⁶⁶ VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 95, spec. nota 18.

⁷⁶⁷ Su tale istituto, nella manualistica, v. per tutti, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., 236.

situazione fattuale, non avrebbe mancato di prestare il proprio consenso alle cure⁷⁶⁸.

Tuttavia, tale figura non consente di risolvere la questione, in quanto, applicata al settore medico, la volontà del malato viene ricostruita in via ipotetica⁷⁶⁹. Si verifica, pertanto, uno scollamento tra la volontà effettiva del soggetto sottoposto alle cure e quella che viene ipotizzata⁷⁷⁰ come riferibile a quest'ultimo sulla base di elementi esterni.

Inoltre, se si considera che il consenso presunto partecipa della stessa natura del consenso dell'avente diritto⁷⁷¹, non possono non riprodursi i medesimi problemi applicativi.

Nel caso in cui il soggetto non sia in grado di consentire e vi sia l'urgenza di procedere con la terapia, ricorrere al consenso presunto non persuade, e risulta più consona la scriminante dello stato di necessità. Ma quest'ultima pone delle difficoltà di applicazione a causa dei propri requisiti strutturali.

⁷⁶⁸ Sull'operatività del consenso presunto v. per tutti RAMACCI F., *Stato giuridico del medico e garanzie del malato*, cit., 1707 ss., spec. 1713-1714, che si sofferma sul principio di beneficenza o di beneficiabilità.

⁷⁶⁹ Approfondimenti critici sul punto sono compiuti da MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 116.

⁷⁷⁰ Favorevole al consenso presunto, RAMACCI F., *Stato giuridico del medico e garanzie del malato*, cit., 1714, che però riconosce che il "consenso presunto oblitera sia l'informazione medica, sia il consenso del malato [...] è dunque praticabile soltanto quando è impossibile, a costo della vita o di danni fisici ulteriori e più gravi, ottemperare all'obbligo di informazione medica finalizzata al consenso".

⁷⁷¹ Di questa idea MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 116. V. anche ID., voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1280 ss., spec. 1282, ove precisa "vanno inoltre non certo sottovalutate le difficoltà, soprattutto nei casi di cosiddetti di pronto soccorso, di ricercare anche l'ipotetica volontà del paziente, del resto molto bene messe in luce da parte della dottrina d'Oltralpe". Circa quest'ultima, ARZT G., *Einwilligung zur Heilbehandlung untergebrachter Kranker?*, in *NJW*, 1967, 668 ss.

In punto di stato di necessità, autorevole parte della dottrina italiana⁷⁷², ma anche tedesca⁷⁷³, a fronte della difficoltà di giustificare in base all'art. 54 c.p. le molteplici ipotesi in cui il paziente non risulta in grado di esprimere un valido consenso, ha proposto un allargamento della nozione, giungendo a configurare una scriminante diversa, la cosiddetta "necessità medica"⁷⁷⁴.

Tale ricostruzione muove dalla considerazione che le cause di giustificazione, così come codificate, non appaiono in riferimento al

⁷⁷² Il riferimento è a VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 81 ss.

⁷⁷³ V. per tutti ZIPF H., *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Berlin, 1970, 52 ss., il quale, per quanto concerne il problematico caso del paziente in stato di incoscienza, richiama la cosiddetta emergenza ultralegale.

⁷⁷⁴ Il frutto dell'elaborazione dottrinale tedesca si coglie anche in relazione alla riforma del 1975 del codice penale tedesco, la quale, al posto di un unico stato di necessità – previsto al precedente paragrafo 54 – ha distinto un tipo di stato di necessità di natura giustificante, da un altro di carattere scusante. Per mera comodità di consultazione riportiamo gli anzidetti il testo degli richiami normativi:

- Par. 54 (precedente alla riforma): *“Non sussiste un'azione punibile se l'azione, fuori del caso di legittima difesa, è stata commessa in uno stato di necessità incolpevole e non altrimenti evitabile per salvare da un pericolo attuale il corpo o la vita dell'agente o di un suo congiunto”*.

In seguito alla riforma del 1975 si distingue:

- § 34 *Stato di necessità giustificante*: *“Chi commette un fatto per allontanare da sé o da altri un pericolo attuale, non altrimenti evitabile, per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, la proprietà o un altro bene giuridico non agisce anti giuridicamente se nella valutazione degli interessi contrapposti cioè dei beni giuridici in gioco e del grado di pericolo incombente, l'interesse che egli ha tutelato prevale sostanzialmente sul lesso. Tale disposizione si applica soltanto se il fatto costituisca un mezzo proporzionato a respingere il pericolo”*.

- § 35 *Stato di necessità scusante*: 1° comma: *“Chi commette un atto per allontanare da sé, da un congiunto o da un'altra persona a lui vicina, un pericolo attuale, non altrimenti evitabile, per la vita, l'integrità fisica o la libertà, agisce senza colpevolezza. La disposizione non si applica se, date le circostanze, v'era da attendersi che l'autore accettasse il rischio avendolo causato lui stesso o perché si trovava in una particolare situazione giuridica; tuttavia, se l'autore non aveva l'obbligo di affrontare il pericolo in forza di una particolare situazione giuridica, la pena può essere attenuata ai sensi del § 49, 1° comma”*.

2° comma: *“Se, nel commettere il fatto, l'autore suppone erroneamente circostanze che lo scuserebbero ai sensi del comma 1° è punito soltanto se era in grado di evitare l'errore. La pena è attenuata ai sensi del § 49, 1° comma”*.

settore medico, in quanto non sono in grado di ricomprendere tutti gli aspetti connessi agli interventi sanitari⁷⁷⁵.

Nonostante tale soluzione interpretativa avvenga grazie ad un procedimento di analogia *in bonam partem*, non risulta pienamente condivisibile⁷⁷⁶. L'art. 54 c.p. è formulato in modo rigoroso – con requisiti tassativi che devono sussistere congiuntamente – proprio perché può portare al sacrificio del bene giuridico di un soggetto terzo che è innocente. Considerati i stringenti presupposti dello stesso, non persuade l'idea di estenderlo in via analogica, in quanto si finisce per snaturarlo⁷⁷⁷.

Anche la volontà del legislatore si pone nel senso di non consentire una formulazione diversa dello stato di necessità, dal momento che viene specificato, tra gli altri elementi, che il pericolo deve essere non solo attuale, ma altresì non volontariamente causato e nemmeno altrimenti evitabile dall'agente⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Così, VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 91. V. inoltre le riflessioni di MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 114; nonché di MONTANARI VERGALLO G., *Il rapporto medico-paziente. Consenso informato tra libertà e responsabilità*, cit., 23.

⁷⁷⁶ FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 630.

⁷⁷⁷ In questo senso, GROSSO C.F., voce *Necessità (dir. pen.)*, cit., 896, ritiene che: “*a nostro avviso, pur non potendosi dubitare, in linea di principio, dell'estendibilità per analogia delle cause di giustificazione, difficilmente questa estensione potrebbe essere utilizzata nel quadro della disciplina vigente dello stato di necessità*”. In senso contrario a questa conclusione invece BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., 72.

⁷⁷⁸ Di questa opinione MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 116.

Capitolo II

Sull'atipicità del delitto di lesioni personali volontarie

SOMMARIO: 1. La teoria soggettiva della mancanza del dolo – 2. Teoria dell'atipicità in presenza di esito fausto – 3. L'intervento terapeutico eseguito *lege artis* – 4. Tesi dell'adeguatezza sociale – 5. La teoria dell'autolegittimazione dell'attività medica

1. La teoria soggettiva della mancanza del dolo

Un orientamento dottrinale ormai risalente, al fine di escludere la punibilità del medico, sostiene la mancanza dell'elemento soggettivo⁷⁷⁹ doloso in capo allo stesso. In merito, si evidenzia che il medico è un soggetto che, mediante l'operazione chirurgica, interviene sul corpo del paziente al solo fine di curare la sua malattia⁷⁸⁰.

La cosiddetta teoria soggettiva ha il pregio di sottolineare che l'*animus* del chirurgo, il quale adopera il bisturi con intenzioni positive verso il paziente⁷⁸¹, si pone in antitesi rispetto al peculiare coefficiente psicologico che invece connota e determina ad agire l'accoltellatore, dal momento che quest'ultimo invece si serve del pugnale con una volontà malvagia⁷⁸².

⁷⁷⁹ L'accorpamento di questa corrente interpretativa all'interno di questa sezione si giustifica con l'accoglimento dell'autorevole impostazione metodologica di RONCO M., *Cenni storici sulla colpevolezza "fondante" e sulla colpevolezza "graduante"*, in *Ind. Pen.*, 2011, 7 ss.; ID., *La tensione tra dolo e colpa nell'accertamento della responsabilità per gli incidenti sul lavoro*, in *Arch. pen.*, 2011, 331 ss.

⁷⁸⁰ Ci riferiamo all'indirizzo interpretativo che fa capo a CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Firenze, 1902.

⁷⁸¹ Critico rispetto a questi argomenti, AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 15.

⁷⁸² Nella recente giurisprudenza si scorgono perplessità circa la ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato di lesioni alla stregua del dolo generico: cfr. in ambito medico-chirurgico, Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, per la

In senso critico, si può obiettare che, rispetto al reato di lesioni volontarie, non assume rilevanza lo scopo cui tende il medico, in quanto la fattispecie delittuosa *de qua* non richiede che il soggetto attivo sia mosso da un'intenzione malvagia⁷⁸³.

In tempi successivi, una parte della dottrina penalistica, ha ripreso e sviluppato la teoria soggettiva⁷⁸⁴, ma non nei termini di eccezione alla regola, bensì aderendo ad una nozione finalistica di dolo⁷⁸⁵. In questo quadro, è stato sostenuto che per configurare il delitto di lesioni personali volontarie, è necessario che l'agente persegua la finalità di ledere l'altrui persona, ossia di intaccare l'integrità fisica o psichica del soggetto passivo⁷⁸⁶.

Da questa premessa, rilevato che il chirurgo opera il paziente per curare la sua malattia⁷⁸⁷, si desume che il predetto *animus laedendi* non sussiste in capo al medico, in quanto egli agisce al solo fine di

quale “per la verità, la giurisprudenza di questa Corte si è mostrata propensa a ritenere che per la sussistenza del dolo nel delitto di lesioni personali non è necessario che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione di conseguenze lesive, essendo sufficiente l'intenzione di infliggere all'altrui persona una violenza fisica; basta quindi – secondo tale impostazione – il dolo generico [...]. Anche a voler prescindere dalla dubbia condivisibilità teorica di siffatta ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato di lesioni volontarie [...]”.

⁷⁸³ Per un quadro critico dell'impostazione in esame FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 630.

⁷⁸⁴ Teoria che fa capo alla Scuola classica di CARRARA F., *Programma di diritto criminale*, cit., ripresa in seguito anche da SEVERINO L., *Omicidio e lesioni*, in *Foro it.*, 1932, 345 ss. In senso contrario, già MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale. Delitti e contravvenzioni*, cit., 773.

⁷⁸⁵ Per quanto riguarda la manualistica tedesca, per un approfondimento sul contenuto del dolo: JAKOBS G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II Aufl., Berlin-New York, 1993, 255 ss.; JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V Aufl., Berlin, 1996, 289 ss.; KÖHLER M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York, 1997, 131 ss. e 214 ss.; ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1997, 361 ss.

⁷⁸⁶ E' l'opinione ALTAVILLA E., *Consenso dell'avente diritto*, cit., 117; nonché, ONDEI E. *Consenso dell'avente diritto*, cit., 447, che però sostiene tale tesi solamente in riferimento ai trattamenti di natura terapeutica.

⁷⁸⁷ Naturalmente, salvo casi del tutto anomali ed eccezionali nei quali, per qualsiasi motivo, il chirurgo agisca per pregiudicare il soggetto sottoposto alle cure.

migliorare lo stato di salute dell'individuo sottoposto alle cure⁷⁸⁸. Pertanto, consegue che un consenso invalido ad essere operato, oppure la sua mancanza *tout court*, non possono comportare a carico del sanitario l'imputazione a titolo di lesioni volontarie e, in assenza di colpa, nemmeno per lesioni colpose⁷⁸⁹.

Dall'esclusione dell'elemento soggettivo doloso in capo al sanitario deriva un'ulteriore conseguenza, che riguarda il titolo della sua responsabilità nel caso di decesso del paziente. In questo quadro, posto che il medico agisce esclusivamente per finalità terapeutiche e, dunque, difetta da parte sua la volontà di procurare al malato delle lesioni personali, rimane altresì esclusa la configurabilità della fattispecie dell'omicidio preterintenzionale.

Tuttavia, non può essere sottaciuto che, per quanto concerne l'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 582 c.p., l'orientamento della giurisprudenza è costante nel ritenere che esso consista nel cosiddetto dolo generico. Pertanto, ne deriva che ai sensi dell'art. 43

⁷⁸⁸ Interessante in giurisprudenza, la pronuncia di Trib. Napoli, 28 novembre 1931, in *Riv. pen.*, 1932, 74 ss., nel senso che il consenso impedisca il configurarsi di un dolo di ledere. Impostazione però smentita in seguito da Cass. Pen., 31 gennaio 1934, cit., 146 ss., con nota di ARANGIO RUIZ G., *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*. Per una comparazione quanto avviene in *common law*, ASHWORTH A., *Principles of Criminal law*, V ed., Oxford, 2006, 181; VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato – I principi*, 2 ed., Padova, 2002, 297 ss.; nonché, strettamente collegati, FONDAROLI D., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, 39; DONINI M., *Modelli di illecito penale minore. Contributo alla riforma dei reati contro la salute pubblica*, in DONINI M., CASTRONUOVO D. (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2007, 312 ss.; CIMMINO M., *Rischio e colpa nella responsabilità sportiva*, Napoli, 2006, spec. 55; CURI F., *Tertium datur. Dal common law al civil law, per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, 111 ss.; ID., *L'istituto della recklessness nel sistema penale inglese*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1998, 975 ss.

⁷⁸⁹ Tuttavia, ALTAVILLA E., *Consenso dell'avente diritto*, 118, puntualizza che “non per questo potrebbe parlarsi di condotta lecita, sussistendo un delitto contro la libertà individuale”

c.p. è sufficiente che l'agente abbia la coscienza e volontà del fatto commesso. Sul versante psicologico, in altri termini, è sufficiente che l'agente abbia previsto e voluto l'evento, come avviene allorché il sanitario si rappresenta e vuole l'esecuzione dell'intervento chirurgico non consentito dal paziente, e procede, per esempio, all'amputazione di un arto ovvero all'asportazione di un organo.

Ai fini dell'integrazione del delitto di lesioni personali volontarie, non è richiesta una volontà di nuocere ed è comunque irrilevante il motivo per cui agisce il soggetto attivo⁷⁹⁰. Anche se il sanitario agisce a fine di bene⁷⁹¹ – salvo situazioni anormali ed eccezionali in cui abbia finalità di pregiudicare la salute del paziente – lo scopo da lui perseguito, non assume alcuna rilevanza rispetto al delitto di cui all'art. 582 c.p.⁷⁹².

Sulla base della premessa che la condotta del chirurgo non è rivolta a cagionare un danno, bensì a determinare un miglioramento delle condizioni di salute del paziente, una parte della dottrina sostiene che difetta in capo allo stesso l'elemento soggettivo doloso in conseguenza della mancanza dell'elemento oggettivo della malattia⁷⁹³.

⁷⁹⁰ AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 15.

⁷⁹¹ VIGANO' F., *sub art. 50*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 520. In particolare, RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., 30, evidenzia che, ai fini della determinazione della tipicità penale, a nulla rileva il *motivo* per cui viene posta in essere la condotta da parte del sanitario.

⁷⁹² Al riguardo, MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto*, cit., 645, pone in evidenza in senso critico che “*la sofferenza fisica ad altri arrecata anche se a fine di bene, non sembra per ciò solo resti estranea alla previsione del reato di lesioni, dal momento che ai sensi dell'art. 582 c.p. il fine dell'azione è irrilevante*”.

⁷⁹³ Questa è l'opinione che fa capo a GRISPIGNI F., *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, cit., 489; ID., *La responsabilità penale per il trattamento medico chirurgico arbitrario*, cit., 673 ss., spec. 684. Con la precisazione che questo Autore scriveva sotto la vigenza del Codice Zanardelli del

L'indirizzo interpretativo in esame muove dal presupposto che l'intervento chirurgico fausto non risulta tipico alla stregua del delitto di lesioni personali⁷⁹⁴, in quanto manca l'elemento oggettivo del danno alla persona⁷⁹⁵. Ne deriva, come ulteriore conseguenza alla premessa anzidetta, anche la carenza del coefficiente psicologico in capo al soggetto attivo⁷⁹⁶, in quanto la sua volontà non ha ad oggetto propriamente l'oggetto materiale del reato di lesioni personali, *id est* la malattia⁷⁹⁷.

In senso contrario, la dottrina rileva che non è possibile effettuare una distinzione sulla base del genere di lesione realizzata, ossia differenziare una lesione di tipo "positivo" da una da considerare

1889, ma comunque si riferiva al reato di lesioni personali dolose, previsto all'art. 372 sotto il vigore del codice previgente. Per mera comodità di consultazione, riportiamo il testo del richiamo normativo: "*Chiunque, senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione di mente, è punito [...]*". Su questo punto, v. il recente contributo di BAIMA BOLLONE P., *Percosse e lesioni personali*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, 2009, 734.

⁷⁹⁴ In merito, non possono non essere considerate le riflessioni di CRESPI A., *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, cit., 5, ove sostiene che "*manchi, nell'ordinario trattamento medico-chirurgico, sia l'elemento oggettivo che quello soggettivo del delitto di lesione personale volontaria*".

⁷⁹⁵ Di recente, a livello giurisprudenziale, Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, ha puntualizzato che "*se, dunque, si cagiona sul derma dell'individuo una soluzione di continuo che può integrare la nozione di "lesione", ciò è ancora in conferente, sul versante del trattamento medico-chirurgico, agli effetti della integrazione del precetto, se ad essa non consegua una alterazione funzionale dell'organismo. Pensare che questa "conseguenza" sia estranea alla sfera dell'elemento psicologico, equivale ad estrapolare dall'evento del reato un solo elemento definitorio, frantumandone arbitrariamente, l'unitarietà che ad esso ha ritenuto di imprimere il legislatore*".

⁷⁹⁶ Volendo, v. PETROCELLI B., *Il consenso dell'avente diritto all'attività medico-chirurgica*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 514 ss., esclude illeciti penali in forza dell'assenza sia dell'elemento oggettivo che soggettivo.

⁷⁹⁷ Così, GRISPIGNI F., *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, cit., 489, sostiene che il contenuto, o meglio l'oggetto, della volontà di chi compie il trattamento, non è precisamente l'elemento oggettivo del reato di lesione.

“negativa”⁷⁹⁸. Questa impostazione, tuttavia, presuppone anzitutto di escludere, già sul terreno della tipicità, il reato di lesioni, dal momento che ne risulta un riverbero.

2. Teoria dell’atipicità in presenza di esito fausto

A giudizio di una parte della dottrina, non solo italiana⁷⁹⁹, ma anche tedesca⁸⁰⁰, al fine di stabilire la liceità o meno dell’intervento medico-chirurgico, occorre prendere in esame le conseguenze che quest’ultimo produce. Sulla base di questo inquadramento, deriva che si deve distinguere il caso in cui l’esito sia favorevole al malato, da quello in cui risulti infausto.

Anzitutto, se l’operazione chirurgica produce un esito felice, inteso quest’ultimo come risultato positivo per lo stato di salute del paziente rispetto lo *status quo ante*, non sussiste un fatto tipico di

⁷⁹⁸ Questa critica è mossa da RIZ R., *Il consenso dell’avente diritto*, cit., 303 ss.; nonché, nello stesso senso, AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 15.

⁷⁹⁹ Così, GRISPIGNI F., *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, cit., 489 ss. Questo Autore, conseguita la laurea, frequentò a Berlino il *Kriminalistisches Seminar* di Franz von Liszt, fondatore della scuola sociologica del diritto penale in Germania, risentendo fortemente la suggestione del suo autorevole insegnamento. Alla luce di ciò, non può non rinviarsi alla dottrina tedesca matrice di tale pensiero e, in particolare, a LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, XXVI ed., elaborato da SCHMIDT E., 1932, 201 ss.; SCHMIDT E., *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, 88 ss.; ID., *Der Arzt im Strafrecht*, in PONSOLD A., *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, cit., 35 ss.; NOLL P., *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *ZStW*, vol. 77, 1 ss.

Per le medesime conclusioni in punto di atipicità dell’attività medico-chirurgica con esito felice, nella dottrina austriaca, STOOB C., *Lehrbuch des Österreicherischen Strafrechts*, II ed., 1913, 270 ss.

⁸⁰⁰ Questa impostazione, sorge dalle riflessioni della dottrina tedesca in punto di atipicità dell’attività medico-chirurgica alla stregua del delitto di lesioni personali: diffusamente, BOCKELMANN P., *Strafrechts des Arztes*, cit., 67 ss.; nonché, MAURACH R., *Deutsches Strafrecht*, cit., 341 ss.

Nella letteratura austriaca, nella stessa direzione, anche RITTLER T., *Lehrbuch des Österreicherischen Strafrechts*, Wien, 1954, 147.

lesioni⁸⁰¹. Ciò in quanto la condotta del sanitario non cagiona alcuna “malattia” a pregiudizio del paziente, dal momento che, viceversa, consegue a vantaggio di quest’ultimo un miglioramento rispetto alle condizioni di salute in cui versava precedentemente.

Innanzi alla realizzazione di un esito favorevole per il paziente, dunque, il sanitario non provoca un fatto offensivo del bene giuridico protetto dagli artt. 582 e 583 c.p., *id est* dell’integrità fisica del malato⁸⁰². Il beneficio conseguito dal soggetto sottoposto alle cure serve in qualche misura a compensare l’operazione chirurgica subita, nonché le conseguenze collaterali⁸⁰³.

Alla luce di queste premesse, non si configura tale fatto di reato nemmeno nell’ipotesi di lesioni ovvero mutilazioni cagionate dal chirurgo in assenza del consenso del malato, in quanto nessun danno

⁸⁰¹ Di questa opinione, sul versante dottrinale, SPIEZIA V., *I limiti della liceità del trattamento medico-chirurgico*, Napoli, 1933, 42; CRESPI A., *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, cit., 17; BENDINELLI F., *Problemi giuridici connessi all’esercizio dell’attività medica ed ai trapianti umani*, cit., 143 ss., spec. 144; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 241; INTRONA G., *La responsabilità professionale nell’esercizio delle arti sanitarie*, cit., 21.

⁸⁰² Un recente approdo a tale conclusione, sul versante della giurisprudenza di legittimità, è di Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, che sostiene: “Ecco già, dunque, un primo approdo. Le “conseguenze” dell’intervento chirurgico ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell’ordinamento, non potranno coincidere con l’atto operatorio in sé e con le “lesioni” che esso “naturalisticamente” comporta, ma con gli esiti che quell’intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute [...]” e che al riguardo puntualizza: “l’atto operatorio in sé, dunque, rappresenta solo una “porzione” della condotta terapeutica, giacché essa, anche se ha preso avvio con quell’atto, potrà misurarsi, nelle sue conseguenze, soltanto in ragione degli esiti “conclusivi” che dal’intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva del paziente [...]”.

⁸⁰³ Anche nell’ipotesi di esito fausto per il paziente, si obietta che all’operazione chirurgica, quantomeno in un primo momento, consegue una modificazione peggiorativa per la salute del paziente. Non appena operato, infatti, quest’ultimo si ritrova in una situazione di sofferenza fisica e psichica che è collegata proprio all’intervento subito e che, talvolta, è anche maggiore allo *status quo ante* in cui il malato si trovava. Cfr. RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., 31; INTRONA F., *La responsabilità professionale nell’esercizio delle arti sanitarie*, cit., 22.

alla salute può dirsi comunque realizzato allorché consegua un risultato fausto⁸⁰⁴. Viceversa, una responsabilità per lesioni personali si profila in capo al sanitario nell'ipotesi di esito sfavorevole al paziente, dal momento che il bene salute di quest'ultimo non risulta tutelato dall'operazione e si configura l'evento "malattia"⁸⁰⁵.

La teoria in esame, sebbene tenti di superare il paradosso di equiparare l'azione materiale del chirurgo che opera con il bisturi a quello del delinquente che adopera il pugnale con finalità di ledere l'altrui integrità fisica⁸⁰⁶, erroneamente si focalizza sugli esiti prodotti dal trattamento terapeutico⁸⁰⁷, che invece non assumono rilievo per fornire una soluzione alla problematica *de qua*.

Al riguardo, non può essere sottaciuto che il successo o meno dell'intervento terapeutico si percepisce anche a notevole distanza di tempo dalla sua esecuzione, dal momento che il suo esito dipende da

⁸⁰⁴ In questo ordine di idee si colloca il pensiero di GRISPIGNI F., *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *La Scuola positiva*, 1921, 493, per il quale "un trattamento medico-chirurgico, compiuto bensì secondo le regole dell'arte medica, ma senza il valido consenso del paziente o del suo rappresentante legale, costituisce – a meno che non si verta in stato di necessità – un fatto civilmente illecito e, dal punto di vista penale, se l'esito dell'operazione è sfavorevole, costituisce il delitto di lesione personale o di omicidio colposo, mentre se l'esito è favorevole può dar luogo, ove concorrano altre circostanze, a un delitto contro la libertà".

⁸⁰⁵ Uno dei primi sostenitori dell'impostazione in analisi, SPEZIA V., *I limiti della liceità del trattamento medico-chirurgico*, cit., 42, ritiene che il chirurgo che incide con il bisturi sul corpo del paziente svolge un'azione antitetica a quella del feritore. Pertanto, il taglio eseguito dal primo non è lesione, bensì strato somatico nuovo, il quale ha la potenzialità di sanare. L'operazione chirurgica quindi non lede l'integrità fisica, ma la reintegra.

⁸⁰⁶ Questa immagine è di SCHMIDT E., *Der Artz im Strafrecht*, cit., 88 ss. V. anche ID., *Der Artz im Strafrecht*, in PONSOLD A., *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, cit., 35 ss.;

⁸⁰⁷ Su questo punto cfr. le riflessioni in chiave critica di NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, cit., 128.

molteplici variabili e, soprattutto, da imprevedibili fattori biologici dell'organismo sottoposto alle cure⁸⁰⁸.

Sulla base di quanto rilevato, emerge la discrasia per cui un determinato fatto, che si considera atipico nel momento in cui viene posta in essere l'operazione chirurgica, in seguito, diventerebbe tipico per fattori esterni al trattamento stesso⁸⁰⁹.

A nostro modo di vedere, la distinzione tra esito fausto ed infausto non risolve pienamente la questione del fondamento della liceità dell'attività medica⁸¹⁰, dal momento che il problema si ripropone in riferimento all'intervento chirurgico eseguito secondo le migliori conoscenze scientifiche ma che, per qualsiasi motivo – ad esempio, perché il paziente è ormai gravemente malato – si conclude con esito sfavorevole⁸¹¹.

Secondo la ricostruzione in esame, l'intervento medico eseguito *lege artis*, nel caso di esito infausto, comporta una responsabilità penale del chirurgo a titolo di lesioni, anche se nessun rimprovero può

⁸⁰⁸ Fattori che, come rileva RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 303, possono essere sopravvenuti, anche se collegati quali concause, ma che comunque esulano dalle modalità con cui l'intervento *lege artis* è stato eseguito.

⁸⁰⁹ Così, nella sua monografia, RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, 33 nonché, 30 ove obietta che il l'intervento medico comporta delle ingerenze nella sfera di alcuni beni giuridici dell'individuo, come ad esempio la libertà – nel caso della narcosi – ovvero l'integrità corporea – nell'ipotesi dell'operazione chirurgica – tali da integrare il fatto tipico dei reati che proteggono i suddetti beni.

⁸¹⁰ Cfr. sul punto le riflessioni di NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, cit., 128, per il quale che l'esito dell'intervento medico-chirurgico sia o meno favorevole è un elemento che non rileva ai fini dell'individuazione del fondamento della liceità penale dell'attività compiuta. Sul punto, VIGANO' F., *sub art. 50*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 520; nonché, RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, 30.

⁸¹¹ Critico sulla distinzione tra esito fausto e infausto anche ABBAGNANO TRIONE A., *Contributo allo studio sul fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico*, cit., 297 ss., per il quale ove non sia possibile muovere un rimprovero al medico, non è l'esito che determina la sua responsabilità penale, perché quest'ultimo è un *accidens* che non gli è addebitabile.

essergli mosso dal punto di vista tecnico. Ma allora la questione non viene pienamente risolta, in quanto si rende necessario individuare un'ulteriore ragione tecnico-giuridica tale da mandare esente da responsabilità penale il medico che abbia operato nel rispetto delle *leges artis*, allorché, senza sua colpa, sia conseguito un esito sfavorevole per il paziente⁸¹².

3. L'intervento terapeutico eseguito *lege artis*

Innanzitutto ai dubbi che conseguono dal fondare la liceità dell'attività medico-chirurgica sulla distinzione tra esito fausto ed infausto, un'altra corrente interpretativa sostiene che l'intervento del sanitario non risulta tipico ai sensi della legge penale allorché eseguito *lege artis*, ossia nel rispetto di quanto indicato in sede scientifica⁸¹³ e per finalità terapeutiche⁸¹⁴.

Tuttavia, la teoria in esame presenta un limitato raggio di operatività, considerato che – per costruzione tecnica stessa – risulta circoscritta ai trattamenti terapeutici⁸¹⁵. Di conseguenza, non possono essere considerati atipici gli altri tipi di interventi, come quelli, ad

⁸¹² Come puntualmente rilevato da VIGANO' F., *sub art. 50*, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 520.

⁸¹³ Sul versante giurisprudenziale, significative considerazioni sul rispetto delle regole indicate in sede scientifica sono fornite da Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, ove si evidenzia in proposito “[...] è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'agere, in rapporto anche, alle regole dell'arte” e desume “[...] ove l'intervento chirurgico sia stato eseguito *lege artis*, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivata una malattia”.

⁸¹⁴ Al contrario, l'operazione che viene eseguita in spregio delle *leges artes* e che conduce ad un esito infausto per il paziente risulta tipica. V. in proposito, nella letteratura italiana, RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 155.

⁸¹⁵ Cfr. RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 304.

esempio, di chirurgia estetica, a cui l'individuo si sottopone per mera vanità⁸¹⁶.

Inoltre, questa impostazione non permette di considerare lecite le operazioni terapeutiche che sono condotte a vantaggio di un soggetto terzo, diverso da colui che le subisce⁸¹⁷, come avviene nel caso del trapianto di un rene⁸¹⁸. A seguire a stretto rigore la tesi in esame, conseguirebbe il paradosso che un'operazione terapeutica che comporti delle mutilazioni sarebbe atipica poiché eseguita a vantaggio del beneficiario stesso, mentre una lieve incisione, come nell'ipotesi del prelievo del sangue, non sarebbe lecita in quanto eseguita a favore di un soggetto terzo⁸¹⁹.

Se, da un lato, viene affrontata la questione del fondamento di liceità degli interventi a scopo terapeutico, dall'altro, non viene offerta una soluzione per gli altri tipi di trattamenti⁸²⁰. Per questi ultimi, di conseguenza, si riaffaccia la medesima problematica di individuare un'altra ragione tecnico-giuridica in grado di spiegarne la liceità.

⁸¹⁶ Ci riferiamo in particolare alle operazioni di cosmesi, ossia di semplice cura della bellezza estetica. Ma il medesimo problema si ripropone in riferimento a tutte quei trattamenti che non hanno finalità terapeutiche, come nel caso degli interventi di sperimentazione.

⁸¹⁷ Tale obiezione è mossa da RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, 33.

⁸¹⁸ Si soffermano sulla problematica dei trapianti: MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 240 ss.; ID., voce *Trapianti*, cit., 334; GUZZON C., *Sui trapianti biologici nell'uomo*, cit., 605 ss.; ID., *Trapianti biologici nell'uomo*, cit., 397 ss.; VERCELLONE P., voce *Trapianti di tessuti e organi*, cit., 1262 ss.; VECCHI P.M., *Trapianti e trasfusioni (dir. civ.)*, cit., 1 ss.; ALBERTON F., FOSTINI R., *I trapianti di organi e tessuti*, cit., 279 ss.

⁸¹⁹ RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, 33.

⁸²⁰ In quanto residua il problema che il trattamento non terapeutico rimane un fatto tipico. V. sul punto RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 181.

Al tempo stesso, si consideri che l'ambito dei trattamenti terapeutici in senso stretto non è particolarmente ampio, considerato che anche le mere operazioni di natura diagnostica non sempre vi rientrano⁸²¹.

Inoltre, l'impostazione in esame male si concilia con la regola del consenso informato, di cui al combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost., dal momento che un intervento terapeutico eseguito *lege artis*, finanche con esito oggettivamente fausto, non per ciò solo risulta lecito⁸²². Risulta tale quando viene previamente prestato il consenso da parte del soggetto che si sottopone alle cure, ovvero si tratti di un trattamento sanitario obbligatorio per legge⁸²³. Altrimenti ragionando, si giungerebbe a ritenere atipica una terapia anche se eseguita senza il consenso dell'individuo, ovvero in presenza di un suo consenso, ma viziato da errore, violenza o dolo⁸²⁴.

In questo quadro, ulteriori problemi si pongono circa il rispetto della *lex artis* da parte del medico⁸²⁵, poiché quest'ultima non è unitaria, bensì è plurale⁸²⁶, ma soprattutto non è un formante

⁸²¹ Così, RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 304, e 305, che precisa come in tal modo non si fornisce una soluzione al problema, in quanto non si chiarisce come e quando i fatti tipici vengano giustificati.

⁸²² Sovviene all'uopo l'art. 32, comma II, Cost., che stabilisce che nessuno può essere costretto ad un determinato trattamento sanitario salvo che per disposizione di legge, la quale non può tuttavia violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

⁸²³ Cfr. RIONDATO S., *Il diritto alla salute come diritto costituzionalmente garantito e come diritto individuale*, cit., 48.

⁸²⁴ RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 305.

⁸²⁵ Sul punto, CRESPI A., *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, cit., 96.

⁸²⁶ ABBAGNANO TRIONE A., *Contributo allo studio sul fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico*, cit., 297 ss., nell'analisi del fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica muove dal carattere congetturale della medicina, il quale comporta lo spostamento della stessa nell'alveo delle "arti" piuttosto che in quello delle "scienze".

esclusivo⁸²⁷. Pertanto, invocare l'atipicità di un intervento sanitario anche a prescindere dal consenso del paziente significa spostare il ruolo decisionale – circa l'obiettivo terapeutico da perseguire, o meglio, la scelta stessa del se, come e quando curarsi – dal malato alla tecnocrazia medica⁸²⁸.

In conclusione, si desume che sostenere la mancanza di tipicità in assenza del consenso informato implica privilegiare una concezione collettivistica di salute, senza dare il giusto peso alla concezione individualistica che il paziente ne ha⁸²⁹. In realtà, il medico, ancorché soggetto abilitato dallo Stato a curare gli infermi, rimane un terzo estraneo rispetto al malato⁸³⁰, in quanto può legittimamente entrare nella sfera di quest'ultimo soltanto grazie al suo consenso alle cure, elemento ineludibile per costituire l'alleanza terapeutica.

⁸²⁷ V. le riflessioni in chiave critica di RIONDATO S., *Profili giuridico-penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 2, il quale osserva: "La scienza non è però un formante esclusivo, per la semplice ragione che la nostra vuol essere una società democratica e non una società tecnocratica".

⁸²⁸ V. in questa direzione le riflessioni di BARNI M., *Lo scopo della bioetica*, in AMMIRATI D. (a cura di), *La responsabilità penale del medico. Il nuovo corso introdotto dalla Suprema Corte*, Padova, 2004, 167 ss.; nonché, nella stessa direzione, PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 396.

⁸²⁹ Su questo punto v. quanto evidenziato da RIONDATO R., *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., 115.

⁸³⁰ Cfr. INTRONA F., *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, cit., 33

4. Tesi dell'adeguatezza sociale

Una parte della dottrina⁸³¹, mutuando la teoria della *Soziale Adäquanz* elaborata dalla dottrina tedesca⁸³², inquadra il problema della liceità del trattamento medico-chirurgico nell'ambito dell'atipicità, la quale ultima non viene intesa in termini di mera corrispondenza al tipo legale, che apparentemente sussiste, ma come implicante un giudizio di valore. In questa cornice si sostiene che talune condotte, sebbene tipiche alla stregua di certe fattispecie penali, risultano conformi agli scopi generalmente riconosciuti da un'intera società e, pertanto, non assumono rilievo penale⁸³³.

Per quanto riguarda l'intervento medico-chirurgico eseguito *lege artis*, si ritiene che esso non possa essere considerato illecito poiché utile alla società⁸³⁴. L'azione del medico risulta adeguata alle esigenze dell'ordine etico-giuridico-sociale in relazione all'attività di cura degli infermi e, per tale motivo, dovrebbe escludersi la corrispondenza del

⁸³¹ A favore della teoria dell'adeguatezza sociale, nella dottrina italiana, si veda: BETTIOL G., *Diritto penale*, cit., 323 ss.; FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, cit., 10 ss.; GREGORI G. *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969; MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 14; ID., voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1280 ss., spec. 1286.

⁸³² V. per tutti WELZEL H., *La posizione dogmatica della dottrina penalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 13 ss. V. anche ID., *Das deutsche Strafrecht*, cit., 96 ss.

⁸³³ Così, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 15.

⁸³⁴ MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 17, testualmente ritiene che "non siamo in presenza di una causa che rende lecito ab esterno un fatto che altrimenti costituirebbe reato, bensì di un giudizio sullo stesso fatto di reato, se sia o meno utile al popolo".

fatto commesso da quest'ultimo al tipo di reato, a prescindere dall'esito⁸³⁵.

L'adeguatezza sociale dell'azione si rinviene nella funzione di promozione dello stesso bene che costituisce oggetto della previsione normativa. A fronte di tale caratteristica della condotta viene esclusa l'aggressione al bene stesso e, di conseguenza, della tipicità dell'azione.

L'aspetto positivo della teoria in esame è quello di non compiere un giudizio di logica astratta e formale⁸³⁶, attraverso la considerazione del ruolo effettivo svolto dalle fattispecie delittuose nel mondo sociale⁸³⁷. Si tratta, quindi, di uno strumento che valorizza la portata dell'azione allorché non aggressiva nei confronti del bene giuridico tutelato⁸³⁸.

Tuttavia, nonostante l'intuizione di fondo che coglie il ruolo svolto dall'attività sanitaria per la collettività ed i benefici che essa produce, in quanto fondamentale per la conservazione della salute dell'uomo⁸³⁹,

⁸³⁵ Il caso scolastico di azione da ritenere atipica, oltre al trattamento medico-chirurgico eseguito a regola d'arte, è quella dell'uccisione di nemici in una guerra legittima. Cfr. BETTIOL G., *Diritto penale*, cit., 324 ss.

⁸³⁶ V. sulla questione anche il contributo di ABBAGNANO TRIONE A., *Contributo allo studio del fenomeno di liceità del trattamento medico-chirurgico*, cit., 298, spec. 303. In merito, anche CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 221 ss.

⁸³⁷ Le fattispecie delittuose non sono figure geometriche che vivono in un mondo ideale senza connessione con quello sociale. Volendo, WELZEL H., *La posizione dogmatica della dottrina penalistica dell'azione*, cit., 13 ss.

⁸³⁸ FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, cit., 2.

⁸³⁹ Cfr. FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, cit., 126. In merito v. anche, MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1287, il quale evidenzia che "sia il ricorso ad una scriminante non codificata, sia il riferimento più esplicito e diretto alla adeguatezza sociale, contengono entrambi una intuizione di fondo, dalla quale ci sembra ormai difficile prescindere. Se infatti l'attività medico-chirurgica costituisce espressione fra le più nobili e soprattutto utili alla società, ne consegue pienamente come, in mancanza di violazioni di regole

tale teoria si espone ad alcuni rilievi critici. Se, da un lato, la tesi dell'adeguatezza sociale valorizza il significato curativo connaturato all'attività del medico⁸⁴⁰, dall'altro, da sola, non risulta in grado di fondare la liceità di tale operato e condurre alla mancata applicazione della norma penale, in considerazione dell'indeterminatezza dei criteri e delle ipotesi di applicazione.

Le argomentazioni, piuttosto che di ordine giuridico, risultano di natura morale e sociologica e non forniscono una soluzione alla problematica⁸⁴¹. *In primis*, la nozione di azione socialmente adeguata risulta estranea al diritto positivo⁸⁴² e di difficile delimitazione, in quanto dai contorni generici e non ben definiti⁸⁴³. In secondo luogo, non può essere sottaciuto che la *Soziale Adäquanz* non individua i criteri di ricerca dei valori sociali che dovrebbero portare alla mancata applicazione della norma penale⁸⁴⁴.

Alla luce di quanto evidenziato, la teoria in esame si espone all'indeterminatezza⁸⁴⁵, e si pone in contrasto con il principio di stretta legalità sancito all'art. 25, comma II, Cost. Nel nostro ordinamento

cautelari, non possa integrare al contempo fattispecie criminose, quali le lesioni personali e addirittura l'omicidio".

⁸⁴⁰ MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 22.

⁸⁴¹ Cfr. NUVOLONE *I limiti taciti della norma penale*, cit., 24.

⁸⁴² Come rilevato da AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, cit., 18.

⁸⁴³ Critico verso tale teoria anche BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1973, 64 ss.

⁸⁴⁴ DELL'ANDRO R., voce *Antigiuridicità*, cit., 553 ss.

⁸⁴⁵ In questo senso, BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, cit., 47; nonché RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 309.

vale il primato della legge scritta, che è rivolto a scongiurare il verificarsi di abusi⁸⁴⁶.

A parte i rilievi critici riguardanti l'anzidetto contrasto con il principio di legalità, non è sufficiente sostenere che una determinata attività abbia rilievo sociale per giungere alla disapplicazione di una norma penale⁸⁴⁷. A titolo esemplificativo, è indiscussa l'utilità che deriva alla collettività dal servizio di polizia, eppure gli atti compiuti nell'espletamento di tale servizio pubblico possono talvolta configurare gravi reati⁸⁴⁸.

La teoria dell'adeguatezza sociale, se, da un lato, prende in considerazione il fondamentale compito curativo rivestito dal medico, dall'altro, non valorizza altrettanto il consenso informato⁸⁴⁹, che è un requisito indefettibile per realizzare l'alleanza terapeutica e, in tal

⁸⁴⁶ V. per una visione d'insieme, FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 630.

⁸⁴⁷ HIRSCH H.J., *Einwilligung und Selbstbestimmung*, *Festschrift für Welzel*, 1974, 101, evidenzia: "Es stellt sich auch hier die Frage, ob durch die Heranziehung des pauschalen Begriffs "soziale Adäquanz" die eigentlichen Probleme nicht verdeckt werden".

⁸⁴⁸ L'esempio è tratto da VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, cit., 1793 ss.

⁸⁴⁹ V. su trattamento medico-chirurgico eseguito *lege artis* con esito fausto, BETTIOL G., *Diritto penale, parte generale*, XI, cit., 324 ss. In senso critico, RIONDATO R., *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., 115, che invece rileva "il caso del trattamento medico è a dir poco problematico, dal momento che sempre meno si dimostra tollerabile una fondazione autonoma dell'arte medica applicata a prescindere dal consenso dell'avente diritto, consenso che per noi è davvero l'unico dato fondante, sempre che si accolga l'idea (che sarebbe bettiolana!) secondo cui l'individuo umano non può non stare al centro del sistema". In quest'ultima direzione, anche PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., 19 ss.; nonché DASSANO F., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, cit., 341 ss.

modo, si espone al rischio di privilegiare una concezione oggettiva di salute rispetto a quella individualistica⁸⁵⁰.

Inoltre, non possono essere considerate lecite le attività in corso di sperimentazione⁸⁵¹, in quanto risultano carenti del necessario riconoscimento sociale, dal momento che, per definizione, non ancora approvate in modo unanime dalla comunità scientifica di riferimento⁸⁵².

5. La teoria dell'autolegittimazione dell'attività medica

Secondo una teoria di origine civilistica⁸⁵³, accolta di recente anche dalla giurisprudenza penalistica⁸⁵⁴, l'attività sanitaria si autolegittima, in quanto trova il proprio fondamento direttamente nella Costituzione. Poiché intrinsecamente rivolta ad attuare in concreto il bene della salute delle persone, l'attività medica rinviene la propria

⁸⁵⁰ Cfr. in merito PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 395.

⁸⁵¹ Sul tema della sperimentazione, MAGNINI V., *Requisiti e limiti della sperimentazione terapeutica*, in CANESTRARI S., GIUNTA F., GUERRIERI R., PADOVANI M. (a cura di), *Medicina e Diritto Penale*, cit., 361 ss.; ID., *I requisiti e i limiti della sperimentazione umana. Profili penalistici*, cit., 1039 ss.; MANNA A., voce *Sperimentazione medica*, cit., 1120 ss.; ID., *La responsabilità del produttore per la sperimentazione dei farmaci sui malati di mente*, cit., 647 ss.; MARSICO G., *La sperimentazione umana*, cit., 1 ss.

⁸⁵² Con la dovuta precisazione che oltre alla sperimentazione cosiddetta terapeutica, in cui i risultati sono a beneficio del soggetto che vi si sottopone, anche se incerti, in senso proprio si parla di sperimentazione scientifica in riferimento alla situazione della persona che si sottopone ad un'attività medica sperimentale nell'interesse della scienza e dalla quale può derivare anche un danno al suo corpo. Cfr. FARNETI M., sub *art. 5*, in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, cit., 76.

⁸⁵³ Nella giurisprudenza civile di legittimità, di recente, Cass. civ., 25 novembre 2004, n. 10014. Inoltre, in quella di merito, Trib. Milano, 4 dicembre 1997; Trib. Milano, 14 maggio 1998; Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, con nota di BORDON R., *Chi non informa paga: danno esistenziale da inadempimento del contratto di assistenza sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 519 ss.

⁸⁵⁴ Ci si riferisce a Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, cit., 517 ss. Nello stesso senso, più recente, Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437.

legittimazione negli articoli 2, 13 e 32 della Carta fondamentale, norme costituzionali che configurano quest'ultimo come diritto fondamentale dell'individuo.

Da queste premesse, l'intervento chirurgico eseguito *lege artis* e con esito favorevole per il paziente, anche in assenza del consenso di quest'ultimo, viene considerato atipico alla stregua del delitto di lesioni personali⁸⁵⁵. Se l'atto operatorio non produce alcun danno, bensì un beneficio per la salute del malato, è la stessa conformità al paradigma criminoso di cui all'art. 582 c.p. a venire meno⁸⁵⁶.

A sostegno di tale ricostruzione, si argomenta che l'art. 359 c.p. contempla, fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità, i privati che svolgono la professione sanitaria. Da ciò si desume che quest'ultima, che è ritenuta per legge una professione di pubblica necessità, non abbisogna di una scriminante per giustificare delle condotte che sono strumentali al trattamento istituzionalmente rivolto a curare⁸⁵⁷.

Il corollario che ne discende è che il trattamento medico-chirurgico non viene giustificato dall'applicazione della scriminante del consenso dell'avente diritto – la quale si limita ad escludere

⁸⁵⁵ Le linee fondamentali che delineano l'impostazione in esame, in vero, si rinvengono già in GRISPIGNI F., *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, cit., 673 ss.

⁸⁵⁶ Con la dovuta precisazione che, nel caso di paziente in stato di incoscienza, la giurisprudenza di legittimità esclude altresì il reato di cui all'art. 610 c.p. Questa conclusione si evince dal recente orientamento della giurisprudenza e, in particolare, cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437.

⁸⁵⁷ Beninteso, questa impostazione si limita a considerare l'ipotesi dell'esito fausto per il paziente e raggiunto con un intervento rispettoso delle *leges artis*.

l'antigiuridicità di una condotta penalmente tipica⁸⁵⁸ – bensì è considerato *ab origine* lecito in ragione della finalità di tutela della salute⁸⁵⁹.

Se, da un lato, questa ricostruzione coglie la discrasia di equiparare l'operato curativo del medico a quello dell'accoltellatore, dall'altro, attraverso la valorizzazione dell'esito fausto, non lascia adeguato spazio al consenso informato alle cure⁸⁶⁰. Ciò in quanto viene utilizzata una concezione solo oggettiva di "malattia", che si compendia in quanto indicato in sede scientifica, a prescindere dall'apporto dell'interessato⁸⁶¹.

La ricostruzione in analisi male si concilia con la regola del consenso alle cure, in forza del quale è l'interessato il primo ed unico arbitro nel decidere cosa sia salute⁸⁶² per quanto lo riguarda⁸⁶³, e

⁸⁵⁸ Si sostiene che in questo ambito non opera l'art. 50 c.p., come, nell'ipotesi in cui il giudice adotti una misura cautelare personale – nel rispetto della legge – non si integra il reato di sequestro di persona, non in quanto la condotta è scriminata dall'art. 51 c.p., bensì perché coperta dall'art. 13 Cost.

⁸⁵⁹ In tal senso, Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, precisa che *"se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di "scriminante costituzionale", tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (è il caso, come è noto, degli interventi a carattere sperimentale puro o scientifico, e degli interventi che si risolvano in un trattamento di pura estetica)"*.

⁸⁶⁰ Sul quale v. Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 417, con nota di ROMBOLI R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *Giur. cost.*, 1990, 2818 ss.

⁸⁶¹ PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 396; VIGANO' F., *Profili penale del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 141 ss..

⁸⁶² In questo senso, RIONDATO S., *Profili giuridico-penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 2, che precisa *"l'individuo non può pretendere che la sua idea di salute (e quindi dei correlati mezzi di protezione) presieda in via esclusiva alla prestazione sanitaria pubblica (fermo restando che di principio non vi è un obbligo di curarsi). Se un individuo vede la propria morte come mezzo di perseguimento della propria salute, non perciò solo ha diritto ad una prestazione "medica" con obiettivo "infausto" (è però ancora dubbio se esista il c.d. diritto al*

quindi nello scegliere se e a quali tipi di interventi sottoporsi⁸⁶⁴. La salute si riempie anche della concezione soggettiva che il paziente ne ha⁸⁶⁵: altrimenti ragionando, la valutazione in chiave meramente oggettiva dell'esito comporta il venir meno del ruolo decisionale del malato, con lo spostamento di quest'ultimo alla tecnocrazia medica⁸⁶⁶.

Perciò, fondare la liceità di un intervento chirurgico con esito fausto in ragione del rispetto della *lex artis* – ma a prescindere dal consenso – significa sostenere che essa diviene il metro di apprezzamento della liceità dell'operato del sanitario. Considerata la plurivocità della scienza, la quale non è unitaria, una simile impostazione non tiene nel dovuto conto i problemi che la disunità della scienza stessa⁸⁶⁷, medica in particolare, comporta sul piano giuridico-penale.

Posto che il precipitato della scienza medica non è unitario, bensì plurale, non è escluso che il diritto sia costretto a individuare i suoi criteri di selezione o contemperamento tra le varie teorie e pratiche mediche, specie quando una finisce per sconfessare l'altra⁸⁶⁸. E quanto

suicidio)". Su quest'ultima problematica, GIUNTA F., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione del proprio corpo*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 403.

⁸⁶³ Sulla protezione della collettività v. le riflessioni di RABAGLIETTI B., voce *Sanità pubblica*, cit., 489.

⁸⁶⁴ Così, PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 395.

⁸⁶⁵ V. in proposito, ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *La nuova giur. civ. comm.* 2000, 92 ss.; ID., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *ivi*, 2007, 1 ss.; ID., *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *ivi*, 2008, 403 ss.

⁸⁶⁶ Su questa problematica, BARNI M., *Lo scopo della bioetica*, in AMMIRATI D. (a cura di), *La responsabilità penale del medico*, cit., 167.

⁸⁶⁷ V. sulla problematica della plurivocità della scienza VINCENTI U. (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, 2000.

⁸⁶⁸ In questi termini, RIONDATO S., *Profili giuridico-penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 2.

detto si riverbera in sede di individuazione della cosiddetta arte medica⁸⁶⁹. Anche alla luce di ciò, l'uso di una nozione collettiva di salute, salvo naturalmente il caso in cui coincida con quella di fonte individuale, non costituisce un formante esclusivo⁸⁷⁰, dal momento che, altrimenti, si configurerebbe un rapporto medico-paziente in chiave esclusivamente paternalistica⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ V. in merito ABBAGNANO TRIONE A., *Contributo allo studio sul fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico*, cit., 297 ss., che sottolinea il carattere congetturale della medicina.

⁸⁷⁰ PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21.1.2009, n. 2437)*, cit., 397.

⁸⁷¹ V. le riflessioni in chiave critica di FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in DOLCE E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 315 ss., spec. 321.

PARTE IV

PROSPETTIVE *DE LEGE FERENDA*

ALLA LUCE DELLA LEGISLAZIONE COMPARATA

Capitolo I

L'introduzione di una fattispecie delittuosa *ad hoc*

SOMMARIO: **1.** L'impostazione dei Progetti di riforma del codice penale tedesco del 1962 e del 1966 – **2.** La fattispecie delittuosa del codice penale austriaco – **3.** L'opzione politico-criminale seguita dal legislatore portoghese – **4.** L'orientamento della dottrina spagnola maggioritaria in attesa di un intervento legislativo – **5.** La proposta normativa avanzata dal Progetto Pagliaro in Italia – **6.** Opinioni conclusive

1. L'impostazione dei Progetti di riforma del codice penale tedesco del 1962 e del 1966

Alla luce dei contrasti interpretativi, sia diacronici che sincronici, che si registrano nella giurisprudenza degli ultimi venti anni⁸⁷² – non solo di merito ma anche di legittimità – si rende necessario valutare l'opportunità di introdurre, in via legislativa, un'apposita *figura criminis*, volta specificamente ad incriminare l'ipotesi dell'intervento medico-chirurgico arbitrario.

Preliminarmente, nell'avvicinarsi ad affrontare questo delicato quesito, si premette che non persuade l'opzione interpretativa opposta, ossia quella di continuare a lasciare alle sole prassi giurisprudenziali, come avvenuto finora, la regolamentazione del settore *de qua*. Alla luce dei discordanti orientamenti che sono maturati nel diritto vivente nonché sul versante letterario, è opportuno domandarsi se un

⁸⁷² Questa efficace espressione è mutuata dalla monografia di CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio della dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

intervento legislativo sul punto potrebbe portare effetti favorevoli. In merito, non può dimenticarsi che, nonostante la notevole attenzione apprestata dai tecnici del diritto alla materia, molteplici sono i nodi ermeneutici ancora da sciogliere.

Nella perdurante assenza nel nostro ordinamento giuridico di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, un utile spunto può derivare già dal rivolgere uno sguardo alla legislazione comparata⁸⁷³. A questo proposito, già l'utilizzo di un criterio di tipo cronologico – come linea da seguire per procedere nell'analisi – permette di mettere in risalto l'evoluzione ermeneutica che si è verificata in questo settore e, al tempo stesso, di evidenziare l'influenza dell'elaborazione non solo dottrinale ma anche giurisprudenziale nella strutturazione di un'apposita figura *criminis*.

In primis, dunque, viene in rilievo il § 162 del Progetto governativo tedesco-federale di codice penale del 1962. Quest'ultimo paragrafo, infatti, prevedeva l'introduzione di un'apposita fattispecie penale riguardante l'ipotesi di trattamento medico non consentito dal paziente.

Al riguardo, tuttavia, occorre premettere che il § 161 – rubricato “*Trattamento medico*”⁸⁷⁴ – stabiliva, in linea generale, che le operazioni e gli altri trattamenti, i quali, secondo la conoscenza e l'esperienza mediche, nonché secondo i principi di un sanitario

⁸⁷³ Non può non rinviarsi, più in generale sul tema della comparazione a livello penalistico, al contributo di CADOPPI A., *Cento anni di diritto penale comparato in Italia*, in *Ind. Pen.*, 2000, 1317 ss.

⁸⁷⁴ Su questo richiamo normativo, v. per tutti MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 8, nota 11.

scrupoloso, si rendono necessari per prevenire, diagnosticare, curare ovvero alleviare malattie, sofferenze, danni nel corpo e disturbi psichici, non sono punibili come lesioni⁸⁷⁵.

Il successivo paragrafo 162, invece, contemplava una fattispecie criminosa rubricata “*Trattamento medico arbitrario*” volta a punire, con la pena del carcere fino a tre anni, con la custodia penale o con una pena simile, la condotta diagnostica, preventiva o curativa posta in essere nei confronti di un soggetto senza il consenso dello stesso⁸⁷⁶.

⁸⁷⁵ Con la precisazione che in modo analogo si poneva anche l’*Entwurf* del 1960, cfr. DE VINCENTIIS G., ZANGANI P., *Metodologia generale dell’accertamento tecnico della responsabilità professionale nell’ambito delle discipline medico-chirurgiche*, Milano, 1970, 91. Nella dottrina tedesca, v. gli approfondimenti di JESCHECK H.H., RUß W., WILLMS G., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Großkommentar*, X Auf., Berlin-New York, 1989, 30 ss. sull’ipotesi di lesioni personali, nonché di JOECKS W., *Strafgesetzbuch – Studienkommentar*, VIII Auf., München, 2009, 410 ss.

⁸⁷⁶ Per mera comodità di consultazione, riportiamo il testo normativo tradotto: § 162 – “*Trattamento medico arbitrario*” – del Progetto del 1962.

“1) *Chiunque compie su di una persona un’operazione od un qualsiasi altro trattamento per prevenire, diagnosticare, curare od alleviare malattie, sofferenze, danni nel corpo o disturbi psichici, senza il consenso di lei, sarà punito con il carcere fino a tre anni, con la custodia penale o con una pena simile.*

2) *Il fatto non è punibile secondo il paragrafo 1 se il consenso poteva essere ottenuto solo col posticipare l’intervento, il che avrebbe messo la persona in pericolo di morte o di un grave danno al corpo od alla salute e le circostanze non conducano a ritenere che egli avrebbe rifiutato il consenso.*

3) *Il fatto non è inoltre punibile ai sensi del paragrafo 1 se un medico intraprende un trattamento su di una persona senza che quest’ultima abbia acconsentito nel senso del par. 1, per il fatto che egli non è stato previamente informato delle condizioni necessarie per acconsentire, ma:*

1. *La persona in questione ha infine acconsentito in generale ad un trattamento e, se fosse stato necessario compiere un’operazione, ad effettuare in generale un’operazione,*

2. *Il trattamento è necessario, secondo la conoscenza e l’esperienza medica, per evitare un pericolo di morte o di un serio danno al corpo od alla salute,*

3. *una completa informazione avrebbe mentalmente turbato la persona, così gravemente che il successo dell’operazione sarebbe stato seriamente pregiudicato e*

4. *le circostanze non conducono a ritenere che egli avrebbe rifiutato il consenso, se fosse stato completamente informato.*

4) *Se l’autore agisce nell’erroneo convincimento che i requisiti dei paragrafi 2 o 3 sono sussistenti e se l’errore è dovuto a colpa, sarà punito col carcere fino a 2 anni, con la custodia penale o simili.*

5) *Il reato sarà perseguibile solo a querela. Se la vittima muore, il diritto di querela passerà ai suoi eredi secondo il § 121, comma 2”.*

Ciò posto, l'opzione accolta dal predetto Progetto del 1962, ossia quella di fornire alla problematica *de qua* una soluzione già in via normativa, risulta condivisibile. Tuttavia, al tempo stesso, non convince l'inquadramento, a livello sistematico, della fattispecie incriminatrice sopra richiamata.

Piuttosto che collocare il § 162 all'interno del capo dei delitti contro la vita e l'integrità fisica, come invece ritenuto all'epoca del Progetto tedesco del 1962, sarebbe stato preferibile inserire tale reato nel capo riguardante i reati contro la libertà morale⁸⁷⁷.

In quest'ultima direzione, successivamente, si poneva in effetti il § 123 del cosiddetto *Alternativ-Entwurf* ovvero del Progetto alternativo di codice penale tedesco⁸⁷⁸ del 1966.

Sebbene si tratti di opzioni normative di particolare interesse a livello interpretativo, anche dal solo punto di vista dell'evoluzione dell'inquadramento dogmatico dell'intervento medico-chirurgico non consentito⁸⁷⁹ – considerato lo spostamento interpretativo dal versante dell'integrità fisica⁸⁸⁰ a quello della libertà morale – è d'uopo

Per una corrispondenza con questa traduzione, cfr. MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 8, nota 12.

⁸⁷⁷ Di questa opinione, MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario “arbitrario”*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, cit., spec. 625.

⁸⁷⁸ MANNA A., *Trattamento sanitario “arbitrario”: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 477.

⁸⁷⁹ Nella letteratura tedesca, per un approfondimento del tema del consenso, WOLTER J., *Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte*, in *Jus*, 1981, 168 ss.; V. anche sul tema delle lesioni e del consenso, EISELE J., *Strafrecht – Besonderer Teil I. Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*, 2008, 108 ss. Per una comparazione v. GOBBI C., *Einwilligung, Einverständnis, Consenso. Un confronto tra due ordinamenti*, in *Ind. Pen.*, 783 ss., spec. 7829 in punto di consenso presunto nell'attività medica.

⁸⁸⁰ Sul paragrafo 223 del codice penale tedesco v. diffusamente KÜHL K., *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXVI Auf., München, 2007, 964 ss.; nonché

precisare che tali fattispecie, per una serie di motivi⁸⁸¹, non sono state alla fine inserite nel codice penale tedesco.

2. La fattispecie delittuosa del codice penale austriaco

Per quanto riguarda l'ordinamento austriaco, se si continua ad utilizzare un ordine cronologico – che parte dalla norma più risalente e giunge a quella più recente – occorre anzitutto fare riferimento al Progetto di codice penale del 1912. Quest'ultimo, infatti, come anche il precedente Avamprogetto del 1909, contemplava una specifica volta a sanzionare l'esecuzione di un intervento medico contro la volontà del malato ovvero, in caso di incapacità a manifestare il consenso, del suo rappresentante legale⁸⁸².

Al contrario, veniva esclusa dall'area del penalmente rilevante ogni trattamento terapeutico arbitrario eseguito per permettere la sopravvivenza del paziente. In particolare, il § 325 dell'*eigenmachtige ärztliche Behandlung*, se, da un lato, incriminava il trattamento eseguito contro il dissenso⁸⁸³, dall'altro faceva salvo il caso in cui esso

FISCHER T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, LVI Auf., München, 2009, 1535 ss.

⁸⁸¹ V. sul punto, circa le ragioni della mancata introduzione nello *StGB*, MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 155, e spec. 9, considerato che la riforma del 1975, avvenuta in Germania, ha avuto ad oggetto la sola Parte Generale.

⁸⁸² Su questa specifica disposizione v. l'approfondimento di MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 153.

⁸⁸³ Per mera comodità di consultazione, riportiamo il testo normativo tradotto: § 325 “Trattamento medico arbitrario”: “1) Chiunque sottopone un altro a trattamento medico contro la sua volontà dichiarata o desumibile dalle circostanze del fatto; 2) chiunque contro la volontà dichiarata, o desumibile dalle circostanze del fatto, del rappresentante legale, sottopone a trattamento medico un altro, che non ha compiuto il sedicesimo anno di età, ovvero che per deficiente maturità intellettuale o per malattie o per disturbi psichici non è capace di giudicare la necessità del trattamento, è punito per delitto con il carcere o l'arresto fino a sei mesi o con pena pecuniaria fino a 2.000 corone. Colui che compie il fatto per

fosse stato compiuto nei confronti di un soggetto sottoposto alle cure ed in pericolo di vita.

Si trattava di una *figura criminis* che, a livello sistematico, era collocata nel capo riguardante le “Azioni punibili contro la libertà personale” e, dunque, che non era catalogata tra i delitti contro la vita ovvero l’integrità fisica⁸⁸⁴.

In questo quadro, successivamente, veniva inserita nel codice penale austriaco del 23 gennaio 1974, una nuova norma, volta ad incriminare il trattamento medico arbitrario⁸⁸⁵.

In particolare, ci si riferisce al vigente § 110 *öStGB*, il quale incrimina l’intervento terapeutico eseguito senza il consenso del soggetto sottoposto alle cure, in violazione delle cosiddette *leges artis*⁸⁸⁶.

salvare un altro da un pericolo di vita non è punibile per arbitrario trattamento medico”. Per un confronto, v. la traduzione offerta da MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 153, nota 15.

⁸⁸⁴ GRISPIGNI F., *La responsabilità penale per il trattamento medico chirurgico arbitrario*, cit., 2. Tuttavia, MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, IV, Torino, 1908, 627, in nota, manifesta dubbi circa l’opportunità della disposizione in esame.

⁸⁸⁵ V. in merito a questa norma le riflessioni di COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 347, il quale prende in esame questa fattispecie come paradigma su cui strutturare una’apposita norma nell’ordinamento italiano. Nello stesso senso, TRONCHIN A., *L’intervento medico eseguito lege artis ma in assenza del consenso informato. Il problema della tutela penale della libertà del volere*, cit., 240; nonché, GALLI E., *Il consenso informato nell’attività medico-chirurgica: le controverse posizioni della giurisprudenza penale*, cit., 461, nota 64.

⁸⁸⁶ Per mera comodità di consultazione, si riporta il dettato normativo tradotto: § 110: “Trattamento medico praticato arbitrariamente” – 1) “Chiunque cura un’altra persona senza il consenso di lei e così viola le regole della scienza medica, è punito con una pena privativa della libertà personale fino a sei mesi o con una pena pecuniaria rappresentante al massimo 360 volte la tassa giornaliera.

2) Se l’autore non ha sollecitato il consenso della persona curata, credendo che la vita o la salute di tale persona sarebbe stata gravemente messa in pericolo dal ritardo nella terapia, non dovrà essere punito ai sensi del comma primo, poiché, se il pericolo supposto non esisteva, egli avrebbe potuto rendersene conto dando prova dell’attenzione necessaria.

Come si evince dalla collocazione sistematica nonché dal tenore del testo normativo stesso⁸⁸⁷, il bene giuridico protetto dalla norma in questione è la libertà personale⁸⁸⁸.

Ciò posto, il § 110 del codice penale austriaco, come si evince dall'interpretazione della norma stessa, configura il reato *de quo* solo in mancanza del consenso informato del paziente, al quale è possibile rinunciare soltanto in tassative ipotesi di necessità⁸⁸⁹.

Sul versante dinamico, la fattispecie è costruita in modo tale che, ai sensi del terzo comma, si procede penalmente nei confronti del sanitario non *ex officio*, bensì soltanto a seguito della presentazione della querela da parte della persona arbitrariamente sottoposta alle cure non consentite⁸⁹⁰.

Per quanto concerne il regime della procedibilità, in particolare, è d'uopo precisare che, ai sensi del secondo capoverso del § 110 *öStGB*,

3) *L'autore non può essere perseguito se non a querela della persona arbitrariamente curata*".

Cfr. MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 9, spec. nota 13.

⁸⁸⁷ Come posto in evidenza da MANNA A., *Il trattamento medico "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 626. Su questa norma v. anche TRONCHIN A., *L'intervento medico eseguito lege artis ma in assenza del consenso informato. Il problema della tutela penale della libertà del volere*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura e della giurisdizione*, 2010, 3-4, 217 ss., spec. 240, si orienta in tale direzione.

⁸⁸⁸ Su questo aspetto, più in generale, circa il bene che viene leso in ipotesi di trattamento medico-chirurgico non consentito, v. però la posizione di PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., 97.

⁸⁸⁹ Ai sensi del comma secondo, si sostiene l'atipicità della condotta del medico qualora sorretta dalla convinzione che il ritardo del trattamento, al fine di acquisire il consenso, avrebbe potuto comportare pericolo per la vita ovvero la salute del paziente. Secondo DA COSTA ANDRADE M., *Sub art. 156*, in DE FIGUEIREDO J., *Commentario conimbricense do Código penal, Parte especial*, Tomo I, Coimbra, 1999, 383 ss., ma spec. 384, si tratterebbe di una causa di giustificazione atipica, derivata dovuta alla combinazione dello stato di necessità giustificante con la figura del consenso presunto.

⁸⁹⁰ Sulle ripercussioni dal punto di vista dinamico circa la richiesta normativa della presentazione della querela rispetto a questa ipotesi delittuosa, v. per tutti, nella manualistica, TONINI P., *Manuale di procedura penale*, cit. 421.

solo il paziente risulta legittimato attivo a proporre la querela. Nel caso di morte di quest'ultimo, di conseguenza, non si trasmette la legittimazione a proporre la querela⁸⁹¹.

Considerate le molteplici e delicate problematiche che questo tema solleva⁸⁹², parte della dottrina auspica un intervento legislativo *ad hoc*, che delinei anche, alla luce della scelta normativa operata in Austria, una fattispecie autonoma in modo da incriminare l'esecuzione del trattamento medico arbitrario⁸⁹³.

3. L'opzione politico-criminale seguita dal legislatore portoghese

A livello di diritto positivo, sul tema in esame, di particolare interesse è l'opzione normativa che, nel 1995, veniva adottata in Portogallo. Il legislatore dell'epoca introduceva, all'art. 156, tra i reati contro la libertà personale e, in particolare, immediatamente dopo il delitto di coercizione grave e prima di quello di sequestro, un'apposita fattispecie delittuosa rubricata "Interventi e trattamenti medico-chirurgici arbitrari".

⁸⁹¹ Come puntualizzato, in letteratura, da MANNA A., *Il trattamento medico "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., 627.

⁸⁹² Sia consentito il rinvio a TRONCHIN A., *L'intervento medico eseguito lege artis ma in assenza del consenso informato. Il problema della tutela penale della libertà del volere*, cit., 240, che, per questi motivi, si orienta in tale direzione.

⁸⁹³ Così, in letteratura, COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 347. In questo senso, già MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1292. Con posizione favorevole all'introduzione di un'apposita norma, anche PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., 97, la quale, tuttavia, ritiene che l'intervento chirurgico eseguito in assenza di consenso costituisca una lesione fisica e, pertanto, debba essere ricondotto nello schema legale dell'art. 582 c.p. In quest'ultimo senso, si orienta anche GALLI E., *Il consenso informato nell'attività medico-chirurgica: le controverse posizioni della giurisprudenza penale*, cit., 461, nota 64.

Prima di procedere ad analizzare la suddetta norma, tuttavia, si rende necessario premettere che l'art. 150 del codice penale portoghese⁸⁹⁴ precisa che i trattamenti medico-chirurgici eseguiti da un soggetto abilitato, al fine di curare una malattia e secondo quanto indicato in sede scientifica, non costituiscono una lesione all'integrità fisica⁸⁹⁵.

Ciò posto, l'art. 156 del codice penale portoghese punisce⁸⁹⁶, con la pena della reclusione fino a tre anni ovvero della multa, i soggetti indicati al predetto art. 150 che, in vista dei fini ivi indicati, realizzano interventi in assenza del consenso del paziente.

Tuttavia, vi sono due ipotesi di esclusione della tipicità: la prima si verifica quando il consenso può essere ottenuto dal paziente soltanto

⁸⁹⁴ Per mera comodità di consultazione, si riporta il dettato normativo tradotto: art. 150: *“Interventi e trattamenti medico-chirurgici” – “Gli interventi ed i trattamenti che, secondo lo stato delle conoscenze e dell'esperienza medica, appaiono indicati e sono portati a termine, in conformità alle leges artis, da un medico o da un'altra persona legalmente autorizzata, al fine di prevenire, diagnosticare, debellare o attenuare una malattia, una sofferenza, una lesione o affaticamento fisico, o un perturbamento mentale, non sono considerate offese all'integrità fisica”.*

⁸⁹⁵ A livello sistematico, per completezza, si precisa che l'art. 150 del codice penale portoghese è collocato nel Libro secondo, Titolo I, Capo III, il quale concerne i *“Delitti contro l'integrità fisica”.*

⁸⁹⁶ Per mera comodità di consultazione, si riporta il dettato normativo tradotto: art. 156 – *“Le persone indicate nell'art. 150 che, in vista dei fini ivi indicati, realizzano interventi o trattamenti senza il consenso del paziente sono punite con la pena della reclusione fino a tre anni o con la pena della multa.*

Il fatto non è punibile quando il consenso:

a) *Può essere solamente ottenuto con un differimento che implica pericolo per la vita o pericolo grave per il corpo o per la salute; oppure*

b) *È stato dato per un determinato intervento o trattamento, ma ne è stato effettuato uno diverso, rivelatosi mezzo necessario, in base alle conoscenze ed all'esperienza della medicina, per evitare un pericolo alla vita, al corpo o alla salute;*

e non si verificano circostanze dalle quali si possa dedurre con sicurezza che il consenso sarebbe stato negato.

3. *Se, per colpa grave, l'agente si rappresenta erroneamente i presupposti del consenso, è punito con la pena della reclusione fino a sei mesi o con la pena della multa [...].*

4. *Il procedimento penale ha luogo su querela”.*

con un differimento dell'intervento medico tale da comportare un grave pericolo per la salute ovvero tale da porre il medesimo in pericolo di vita⁸⁹⁷.

Altrettanto, il fatto non è punibile anche nel caso in cui, prestato il consenso per un determinato trattamento, sia eseguito *lege artis* un intervento diverso ma necessario per evitare un pericolo alla salute del paziente⁸⁹⁸.

In entrambe le predette ipotesi, è precisato all'art. 156, comma 2, ultima alinea, è necessario che non sussistano circostanze in base alle quali risulti con sicurezza che il consenso sarebbe stato negato.

La pena stabilita dal primo comma, infine, è diminuita quando il medico, nell'esecuzione dell'intervento, per colpa grave si rappresenti erroneamente l'esistenza del consenso⁸⁹⁹.

Come si desume dalla esegesi della norma, il bene giuridico tutelato dall'art. 156 del codice penale portoghese è la libertà personale, dal momento che il paziente ha il diritto a non essere sottoposto, senza il suo consenso, ad interventi terapeutici non voluti.

La volontà del malato di segno contrario rispetto a ciò che il sanitario ritiene opportuno dal punto di vista medico⁹⁰⁰, estingue la

⁸⁹⁷ Al riguardo non può non rinviarsi a DE FARIA COSTA J., *La fine della vita ed il diritto penale*, in *Ind. Pen.*, 2005, 417 ss.

⁸⁹⁸ Sul tema, con particolare riguardo a quello di fine vita, v. diffusamente DE FARIA COSTA J., *La fine della vita ed il diritto penale*, cit., 454- 455.

⁸⁹⁹ La *negligência grosseira* costituisce il limite all'operatività del consenso putativo come causa di esclusione della tipicità della condotta. V. sul punto, MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario “arbitrario”*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, cit., 626.

⁹⁰⁰ Su questo profilo v. anche le riflessioni di DE FARIA COSTA J., *La fine della vita ed il diritto penale*, cit., 419.

posizione di garanzia di quest'ultimo e, pertanto, non esclude la tipicità del delitto *de quo*⁹⁰¹.

In particolare, l'art. 157 del codice penale portoghese stabilisce che, agli effetti dell'art. 156, il consenso alle cure risulta efficace soltanto se il paziente sia stato informato non solo sulla diagnosi, ma anche sulla natura dell'intervento, ad eccezione dell'ipotesi in cui tale informazione comporti allo stesso un grave danno alla salute fisica o psichica.

4. L'orientamento della dottrina spagnola maggioritaria in attesa di un intervento legislativo

Nell'ordinamento spagnolo, a differenza di quello austriaco e di quello portoghese, non esiste una soluzione in via normativa alla problematica in esame.

Similmente a quanto avviene nel nostro ordinamento, pertanto, assumono un peso rilevante gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza⁹⁰².

Superata l'impostazione tradizionale, che riconduce l'operato arbitrario del chirurgo al delitto di lesioni personali, l'impostazione della dottrina maggioritaria, più recentemente, esclude il fatto tipico allorché venga salvaguardato il bene giuridico protetto.

⁹⁰¹ A differenza dell'art. 162 del Progetto di Codice Penale di Eduardo Correia, ove il dissenso alle cure risultava irrilevante se eticamente censurabile, nel codice penale portoghese attuale non si esclude la tipicità del delitto di cui all'art. 156 neanche in caso di contrarietà del rifiuto al buon costume ovvero all'approvazione morale. Cfr. DA COSTA A., *Sub art. 156*, in DE FIGUEIREDO J., *Commentario conimbricense do Còdigo penal, Parte especial*, cit., 387.

⁹⁰² DE FARIA COSTA J., *La fine della vita ed il diritto penale*, cit., 417 ss.

Tuttavia, l'ipotesi di trattamento sanitario non consentito dal paziente non risulta lecita, dal momento vi può essere la lesione della libertà individuale di quest'ultimo. Pertanto, l'intervento medico arbitrario eseguito *lege artis* e con esito fausto, viene ricondotto nell'alveo dell'art. 172 del codice penale spagnolo⁹⁰³. In questa cornice, si profila in capo al sanitario una responsabilità di natura penale a titolo di *coacciones*.

Altrettanto, gli estremi di quest'ultimo reato risultano integrati anche nel caso di trattamento medico-chirurgico arbitrario, eseguito nel rispetto delle *leges artis*, ma con esito infausto. In altre parole, la conformità a quanto indicato in sede scientifica per fronteggiare una determinata patologia, da parte del medico, permette di escludere il delitto di lesioni personali volontarie.

Al contrario, il delitto di lesioni, dolose ovvero colpose, a seconda dell'elemento soggettivo, si configura nel caso di intervento medico arbitrario con esito infausto a causa della mancata osservanza delle *leges artis* medica.

A livello normativo, l'art. 156 del codice penale spagnolo esclude la responsabilità penale per lesioni con riferimento alle ipotesi di trapianti di organi, sterilizzazioni ed interventi di rettificazione di

⁹⁰³ Cfr. per una comparazione con l'ordinamento spagnolo MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, cit., 629.

attribuzione di sesso, eseguiti sulla base del consenso del paziente⁹⁰⁴ in conformità delle disposizione di legge.

L'ultimo comma del predetto richiamo normativo, infine, stabilisce l'esenzione da responsabilità penale per il medico che abbia eseguito, su un paziente affetto da una grave deficienza psichica, un intervento di sterilizzazione in base all'autorizzazione concessa dal giudice. In quest'ultimo caso, la *ratio* di simile scelta legislativa, al fondo, è quella della salvaguardia del maggior interesse dell'incapace.

5. La proposta normativa avanzata dal Progetto Pagliaro in Italia

Nel nostro ordinamento giuridico, in una prospettiva di riforma, lo Schema di legge-delega Pagliaro del 1992 prevedeva l'introduzione di una nuova causa di giustificazione dell'attività terapeutica.

Al riguardo, l'art. 16, n. 5), configurava una scriminante *ad hoc* volta a rendere lecito l'operato curativo del sanitario in presenza di determinati requisiti⁹⁰⁵. Tra questi elementi strutturali, anzitutto, veniva richiesto il consenso dell'avente diritto o, in caso di impossibilità a consentire, il suo consenso presumibile e l'urgenza del trattamento. In Inoltre, l'operatività di tale causa di giustificazione richiedeva altresì un vantaggio alla salute verosimilmente superiore al

⁹⁰⁴ Salvo che il consenso sia viziato ovvero acquisito in ragione del pagamento di un prezzo, oppure il consenziente sia soggetto minore o incapace. V. su questo punto, MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, cit., 630.

⁹⁰⁵ Nell'analisi di questa proposta normativa si sofferma MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*cit., 477.

rischio derivante dall'intervento medico, nonché il rispetto delle regole della migliore scienza ed esperienza nell'esecuzione di quest'ultimo⁹⁰⁶.

Tuttavia, successivamente, la Commissione Grosso manteneva una posizione negativa rispetto alla suddetta proposta riforma normativa. Tra le molteplici ragioni che determinavano tale orientamento di segno contrario⁹⁰⁷, in particolare, si evidenziava che non sempre risulta agevole determinare quando il vantaggio alla salute sia superiore al rischio.

Inoltre, si preferiva non intervenire in via normativa anche per non rischiare di irrigidire la disciplina. Per questo motivo, la Commissione Grosso sceglieva di continuare a lasciare la regolamentazione del settore ai canoni della prassi e della giurisprudenza, ritenuti ormai consolidati.

Mutatis mutandis, sul versante dell'incriminazione dell'attività sanitaria non consentita, all'art. 70 del Progetto Pagliaro veniva enucleata un'apposita fattispecie delittuosa.

In particolare, si trattava di un delitto contro la libertà morale dell'individuo, volto a punire l'intervento chirurgico eseguito su un paziente non consenziente⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ Il progetto di riforma è pubblicato sul sito *internet* ufficiale del Ministero della Giustizia, ossia www.giustizia.it. Testualmente, l'art. 16, n. 5) del Progetto Pagliaro richiede *expressis verbis* che: "a) vi sia il consenso dell'avente diritto o, in caso di impossibilità a consentire, il suo consenso presumibile e la urgente necessità del trattamento; b) il vantaggio alla salute sia verosimilmente superiore al rischio; c) siano osservate le regole della migliore scienza ed esperienza".

⁹⁰⁷ Cfr. su queste, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 478.

⁹⁰⁸ In questo quadro, la privazione della facoltà del malato di scegliere se e come curarsi, operata dal medico, viene distinto rispetto all'offesa corporale. Cfr.

E' di tutta evidenza che tale proposta legislativa, di configurare un autonomo reato, da collocare a livello sistematico tra i reati che offendono la libertà morale della persona, risente l'influsso del recente panorama normativo, oltre che dottrinale nonché giurisprudenziale, sopra tratteggiato a livello europeo.

In questo quadro, la proposta offerta dal Progetto Pagliaro del 1992 risulta un'opzione che desta profondo interesse e che, con uno sguardo di comparazione, in sintonia con le recenti tendenze interpretative di Paesi molto vicini al nostro.

6. Opinioni conclusive

Alla luce dei molteplici orientamenti dottrinali e giurisprudenziali esistenti, sia in punto di fattispecie delittuose applicabili all'ipotesi dell'intervento chirurgico non consentito, sia circa il fondamento dogmatico di liceità del trattamento medico, si rende necessario prendere una posizione.

Vero è che, nel caso di esito favorevole per il malato, il quale ottiene un apprezzabile miglioramento in termini di condizioni fisiche e psichiche, non è condivisibile sostenere che sia stata cagionata una malattia ai sensi dell'art. 582 c.p.

Tuttavia, lo abbiamo evidenziato, il distinguo tra esito fausto ed infausto, a nostro modo di vedere, non serve a risolvere il problema. La ricostruzione interpretativa dell'atipicità – rispetto al delitto di cui

MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 478, spec. nota 89 con riferimento alla giurisprudenza francese.

all'art. 582 c.p. – nel caso di intervento chirurgico eseguito *lege artis* con esito fausto, non dispensa l'interprete dal ricercare il fondamento di liceità dello stesso nell'ipotesi in cui l'evento sfavorevole si verifici a causa di circostanze non imputabili al medico⁹⁰⁹.

Nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia bene operato, nel rispetto di quanto indicato in sede scientifica per curare quella determinata patologia, secondo le conoscenze del periodo storico, si dovrebbe escludere il delitto di lesioni personali dolose.

Al tempo stesso, ci si rende conto che applicare il delitto di cui all'art. 610 c.p. significa piegare la fattispecie normativa ed allargare le maglie della stessa per apprestare una tutela al diritto del paziente ad autodeterminarsi circa le scelte di cura⁹¹⁰. Pertanto, emerge l'esistenza di una lacuna nel sistema⁹¹¹ che, in presenza di soluzioni interpretative divergenti, determina l'insorgere di notevoli

⁹⁰⁹ La questione è ulteriormente aggravata dalla difficoltà che spesso l'esito sfavorevole per il paziente si verifica anche a notevole distanza di tempo dall'intervento sanitario e si verifica altresì per fattori sopravvenuti, anche se collegati quali concause. V. diffusamente su questo punto, anche se con posizione differente, RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 302.

⁹¹⁰ V. la proposta di MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 171, ove – precisiamo per completezza – in un'ottica di politica del diritto, si spinge fino alla c.d. scienza della legislazione e propone una strutturazione della norma secondo il seguente modello: “art. 613 bis – *Trattamento medico arbitrario* – 1) *È punito, ai sensi dell'art. 613 c.p., chi effettua un intervento medico senza il consenso del paziente;* 2) *L'intervento non è arbitrario, se effettuato su di un malato non in grado di acconsentire, ma in cui il rinvio dell'intervento medesimo provocherebbe la morte o gravi danni alla salute;* 3) *Nel caso di insufficiente informazione, l'intervento non è arbitrario: a) quando il trattamento, secondo l'esperienza e la conoscenza medica, è necessario per evitare la morte o gravi danni alla salute, b) la completa informazione comporterebbe un notevole aggravamento della situazione psicologica e quindi minori possibilità di successo;* 4) *Non si può in nessun caso intervenire contro il dissenso, espresso o tacito, manifestato validamente dal soggetto;* 5) *L'errore sui requisiti indicati nei nn. 2, 3 e 4, se è dovuto a colpa, è punibile ai sensi dell'art. 613 c.p., ma la pena è diminuita;* 6) *il delitto è perseguibile a querela di parte, che, in caso di decesso, è trasmissibile agli eredi”.*

⁹¹¹ Come rilevato *expressis verbis* già da tempo, nel corso della sua monografia, da MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., spec. 146.

incertezze⁹¹² in un settore delicato quale è quello del diritto penale della medicina.

In una prospettiva *de iure condendo*, si sottolinea in chiave critica che la mancanza di un'apposita disciplina legale⁹¹³, circa le conseguenze penali del trattamento medico non consentito, dovrebbe essere al più presto superata⁹¹⁴, auspicabilmente forgiando un'autonoma fattispecie incriminatrice⁹¹⁵ secondo il modello prospettato dal paragrafo 110 del codice penale austriaco⁹¹⁶.

⁹¹² Così, VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale*, cit., 318. Non può essere sottaciuto che il tema si innesta in un quadro caratterizzato, da un lato, dal progresso dell'*ars medica* e delle tecnologie, le quali hanno determinato l'allungamento della vita ma, dall'altro, da nuove problematiche, quali quelle della qualità della vita, delle scelte terapeutiche e dell'assistenza al malato quando la cura non è più possibile.

⁹¹³ In proposito, v. le riflessioni di CALVI A., le quali sono riportate in FERRATO A., *La fine della vita: complessità del problema in una società in rapido cambiamento*, in *Ind. Pen.*, 2003, spec. 1350, che, nel legittimo dubbio che le previsioni legislative esistenti finiscano per intimorire i medici, esposti talvolta a spregiudicate azioni legali dei familiari dei pazienti deceduti, pone l'accento sull'inadeguatezza dell'attuale sistema normativo, carente di specifiche previsioni in materia.

⁹¹⁴ Sul punto, si condividono le osservazioni di CARUSO G., *Il trattamento medico/chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, cit., spec. 1048, il quale ritiene opportuno che il legislatore intervenga appositamente sul punto ma, lucidamente, precisa che "*sia precipuo dovere dell'interprete, prima di cimentarsi con le prospettive di riforma della specifica materia, quello di individuare le lacune del nostro ordinamento penale, evitando di enfatizzare i gridi di allarme sui vuoti di tutela de iure condito, pena il rischio stesso di favorire un mutamento legislativo confuso e anòdino*".

⁹¹⁵ Di questa opinione, nella letteratura tedesca, MAIWALD M., *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, cit., 65; nonché cfr. JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, 370 ss. Nella dottrina italiana, stessa soluzione è proposta da, MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., 478.

⁹¹⁶ Tale soluzione è proposta da più parti in dottrina e, in particolare, da MANNA A., Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – *Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, cit., 631- 632, nonché, nella manualistica, anche da COCCO G., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale*, cit., 347. Nello stesso senso, più di recente, anche TRONCHIN A., *L'intervento medico eseguito lege artis ma in assenza del consenso informato. Il problema della tutela penale della libertà del volere*, cit., 240; GALLI E., *Il consenso informato nell'attività medico-chirurgica: le controverse posizioni della giurisprudenza penale*, cit., 461, nota 64.

In una prospettiva di politica del diritto, si potrebbe immaginare l'introduzione di una espressa disposizione legislativa all'art. 610 *bis* c.p., la quale, a livello sistematico, verrebbe correttamente collocata all'interno della sede dei delitti contro la libertà morale e potrebbe essere rubricata "*Intervento medico arbitrario*". La norma potrebbe essere strutturata in modo tale da punire l'esecuzione di un trattamento sanitario in assenza del consenso del paziente, a prescindere dagli esiti, valorizzando il momento della coazione morale.

In punto di procedibilità, in particolare, si potrebbe prevedere la procedibilità a querela, con l'espressa previsione, in caso di decesso del paziente, della possibilità di esercizio della stessa ad opera dei congiunti.

In questo contesto, si apprezza che il consenso informato, piuttosto che fungere da causa di giustificazione per i delitti di lesioni personali e di omicidio, presidia la libertà di autodeterminazione terapeutica del paziente⁹¹⁷. Il sanitario, soltanto in caso di necessità, può agire in mancanza del consenso, ma, considerato il combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost., non anche contro il rifiuto alle cure legittimamente manifestato dal malato⁹¹⁸.

⁹¹⁷ V. le riflessioni di MAIWALD M., *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, cit., 65, ove esprime la propria opinione circa l'ipotesi di intervento medico-chirurgico non consentito, che ci sentiamo di condividere: "*Ritengo invece, conformemente all'orientamento dominante, che in un caso del genere non si abbia una lesione degli interessi relativi al corpo del paziente. L'illecito che qui si realizza concerne il disprezzo del diritto all'autodeterminazione da parte della vittima. Un illecito dunque affatto diverso da quello di lesioni personali. Per questo motivo il legislatore farebbe bene ad incriminare autonomamente il trattamento medico arbitrario (cioè senza consenso informato), per colpire questo genere di situazioni*".

⁹¹⁸ Sul problema del valore del dissenso anticipato al trattamento allorché tale dissenso non possa essere reiterato al momento dell'esecuzione dell'intervento v.

In questo peculiare settore, in cui l'intervento curativo protegge e valorizza il bene della salute, il consenso informato esprime la personalità dell'individuo. Nel caso di intervento terapeutico eseguito *lege artis* ovvero in presenza del consenso-accordo, non possono essere qualificati i delitti di lesioni personali e di omicidio, in quanto carenti sotto il profilo della tipicità⁹¹⁹.

Considerata la difficoltà di configurare il delitto di cui all'art. 610 c.p., si auspica l'introduzione di un'apposita fattispecie delittuosa volta ad incriminare l'atto medico arbitrario, rispetto alla quale il consenso, piuttosto che operare sul versante dell'antigiuridicità quale scriminante, venga apprezzato come causa di esclusione già del fatto tipico⁹²⁰.

diffusamente VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, cit., 1815.

⁹¹⁹ V. in proposito ABBAGNANO TRIONE A., *Contributo allo studio sul fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico*, cit., 297 ss., spec. nota 18; nonché cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1987, 452 ss. Con la precisazione che l'evoluzione del concetto salute, ormai sganciato da quello di integrità fisica, costituisce un'acquisizione anche a livello giurisprudenziale. Cfr., nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1173 ss., che sancisce che gli atti di disposizione del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono considerarsi leciti.

⁹²⁰ Nella letteratura tedesca, cfr. le riflessioni di ROXIN C., *Über die Einwilligung im Strafrecht*, in *Estudios em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, II, Coimbra, 1990, 397 ss. V. con particolare riguardo alle decisioni mediche, ENGISCH K., *Der Arzt an der Grenzen des Lebens. Strafrechtliche Probleme des Lebensschutzes*, Bonn, 1973, che riconduce il consenso informato, per suo significato e ruolo, nell'ambito dei presupposti di liceità medico-chirurgica. Nella dottrina italiana, in questa direzione MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, cit., 132; ma v. anche le riflessioni di FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, cit., v. spec. 93, nota 1. Sul versante giurisprudenziale, cfr. la posizione di Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, che sembra considerare il consenso come condizione di liceità in sé del trattamento medico-chirurgico, operante già sul piano della tipicità.

Riferimenti bibliografici

- ABBAGNANO TRIONE A., *Contributo allo studio sul fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. pen.*, 297 ss.
- AGAZZI E., *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 393 ss.
- AIELLO C., *Stato di necessità (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Trec.*, XXX, Roma, 1993, 9 ss.
- ALBEGGIANI F., *sub art. 50*, in RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2009, 354 ss.
- ALBEGGIANI F., *sub art. 51*, in RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2009, 379 ss.
- ALBEGGIANI F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995.
- ALBERTON F., FOSTINI R., *I trapianti di organi e tessuti*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, 2009, 279 ss.
- ALTAVILLA E., voce *Preterintenzione*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 799 ss.
- ALTAVILLA E., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Nov. Dig. Ita.*, Milano, 1959, 117 ss.
- ALTAVILLA E., *Necessità (Stato di)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1939, 965 ss.
- AMATO G., *Sulla liceità della sterilizzazione volontaria*, in *Cass. pen.*, 1988, 609 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Il delitto di omicidio. Concetti generali*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 5 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Interruzione di gravidanza (l. n. 194/1978)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 107 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Reati contro la vita e l'incolumità individuale: introduzione*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 3 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Omicidio doloso (575)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 11 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Reati contro la vita e l'incolumità individuale. Introduzione*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 3 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004 n. 40)*, in ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, VII, *Aggiornamenti*, Milano, 2006, 510 ss.

- AMBROSETTI E.M., *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004 n. 40)*, in ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, VII, *Aggiornamenti*, Milano, 2006, 510 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Il problema della causalità: definizione concettuale e criterio di accertamento in due recenti decisioni giudiziarie*, in *Dialoghi dir.*, 2003, 31 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Profili penali dell'interruzione della gravidanza*, in *Diritto penale della famiglia*, in RIONDATO S. (a cura di), in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, 2002, 719 ss.
- AMBROSETTI E.M., *L'infanticidio e la legge penale*, Padova, 1992.
- ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in AA.VV. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.F., II, Milano, 2006, 1329 ss.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Tomo II, XVI ed., agg. da CONTI L., Milano, 2003.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Milano, 2002.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Milano, 1991.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, VIII, Milano, 1981.
- ARANGIO RUIZ G., *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*, in *Foro it.*, 1934, II, 146 ss.
- ARZT G., *Einwilligung zur Heilbehandlung untergebrachter Kranker?*, in *NJW*, 1967, 668 ss.
- AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, Milano, 1981.
- AZZALI G., voce *Stato di necessità (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1971, 356 ss.
- BAIMA BOLLONE P., *Percosse e lesioni personali*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, 2009, 734 ss.
- BAIMA BOLLONE P., ZAGREBELSKY V., *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975.
- BARGONI A., *Affermarzione e sviluppo del positivismo in medicina*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2, 2011, 207 ss.
- BARNI M., *Impunità, colpa o dolo del chirurgo: tutto – o quasi – dipende dall'esito*, in *Riv. Med. Leg.*, 2010, 749 ss.
- BARNI M., *Lo scopo della bioetica*, in AMMIRATI D. (a cura di), *La responsabilità penale del medico. Il nuovo corso introdotto dalla Suprema Corte*, Padova, 2004, 167 ss.
- BARNI M., DELL'OSSO G., MARTINI P., *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 26 ss.

- BASILE F., sub art. 582, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 3846 ss.
- BASTIANELLO A., *La responsabilità penale dei professionisti*, Padova, 2012.
- BATTAGLINI E., *La colpa professionale dei sanitari*, in *Giust. pen.*, 1953, II, 503 ss.
- BELLAGAMBA F., *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, 1838 ss.
- BENCIOLINI P., APRILE A., *L'interruzione volontaria della gravidanza: compiti, problemi, responsabilità*, Padova, 1999.
- BENDINELLI F., *Problemi giuridici connessi all'esercizio dell'attività medica ed ai trapianti umani*, in *Critica pen.*, 1969, 143 ss.
- BENINCASA M., *Liceità e fondamento dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. it.*, 1980, 733 ss.
- BESSONE M., FERRANDO G., *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 200 ss.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982.
- BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, 1934.
- BILANCETTI M., BILANCETTI F., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2010.
- BILANCETTI M. *La responsabilità penale e civile del medico*, VI ed., Padova, 2005.
- BILLO G., *L'indagine causale nell'ambito del settore medico alla luce delle indicazioni delle Sezioni Unite: profili problematici e spunti applicativi*, in *Ind. pen.*, 2008, 307 ss.
- BISACCI M.C., *Difetto di consenso informato al trattamento medico-chirurgico e responsabilità del medico*, in *Giur. Mer.*, 1998, 1012 ss.
- BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1339 ss.
- BLAIOTTA R., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, 365 ss.
- BLAIOTTA R., *La causalità e i suoi limiti: il contesto della professione medica*, in *Cass. pen.*, 2002, 181 ss.
- BLAIOTTA R., *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, in *Cass. pen.*, 2000, 1188 ss.
- BLEI H., *Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff*, in *NJW*, 1954, 582 ss.
- BOBBIO N., voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 601 ss.
- BOCKELMANN P., *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968.
- BONFIGLIOLI A., *La responsabilità penale per contagio da virus HIV: profili oggettivi*, in CANESTRARI S., FORNASARI G. (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 39 ss.
- BONINO F., *Complessità in medicina*, Pisa, 2011.
- BORGOGNO R., *Delitto di lesione personale*, in RAMACCI F., *I delitti di percosse e di lesioni*, Torino, 1997, 112 ss.
- BORONI V., *Il test per l'accertamento dell'infezione da HIV tra consenso ed imposizione*, in BARNI M., SANTOSUOSSO A. (a cura

- di), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995, 210 ss.
- BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955.
- BOUZAT P., PINATEL J., *Traité de droit penal et de criminologie*, XII ed., Paris, 1970.
- BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. dir. e proc. pen.*, Pavia, 1970, 61, ora anche in AA.VV., *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI S., MELCHIONDA A., I, Milano, 1997, 70 ss.
- BRUSCO C., *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 2599 ss.
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Torino, 1993.
- BURDESE A., *Manuale di diritto pubblico romano*, III ed., Torino, 1987.
- BUSSE V., *Nötigung im Straßenverkehr*, Neuwied-Berlin, 1968, 94 ss.
- BUZZONI A., *Medico e paziente. Le responsabilità civili e penali del medico e dell'équipe medica*, Milano, 2007.
- CADEO G.P., TORTI C., BERGAMASCO A., *Infezione da HIV. Eziopatogenesi, storia naturale*, in CAROSI G., PAULUZZI S., *Malattie infettive*, Padova, 2007, 549 ss.
- CADOPPI A., *Cento anni di diritto penale comparato in Italia*, in *Ind. Pen.*, 2000, 1317 ss.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio della dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.
- CADOPPI A., VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, III ed., Padova, 2007.
- CADOPPI A., *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993.
- CADOPPI A., voce *Soccorso (omissione di)*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993.
- CALLAHAN D., *Bioethics*, in REICH W.T., *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1995, 248 ss.
- CALLIESS R.P., *Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände*, Tübingen, 1974.
- CALVI A., *L'uomo secondo la legge penale: quando nasce e quando muore*, in *Ginecologia clinica*, XIII, 1992, 151 ss.
- CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011.
- CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, II, Bologna, 2007.
- CANESTRARI S., FANTINI M.P., *La gestione del rischio in medicina*, Milano, 2006.
- CANESTRARI S., *La definizione legale del dolo, il problema del dolus eventualis*, in DE MAGLIE C., SEMINARA S. (a cura di), *La riforma del codice penale. La Parte Generale*, Milano, 2002, 33 ss.

- CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 169 ss.
- CANESTRARI S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.
- CANESTRARI S., voce *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 694 ss.
- CANUTO G., TOVO S., *Medicina legale e delle assicurazioni*, Padova 1996.
- CARACCIOLI I., *L'esercizio di un diritto*, Milano, 1965.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Firenze, 1902.
- CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinamentale"*, Padova, 2009.
- CARUSO G., *Le cause di giustificazione: epoche dell'ordinamento?*, in *Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, 2006, 167 ss.
- CARUSO G., *Il problema dell'architettura del caso: a proposito del trattamento del tossicodipendente in comunità e delle cause di giustificazione*, in GENTILE F., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006, 249 ss.
- CARUSO G., *Il trattamento medico/chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, in *Ind. pen.*, 2003, 1013 ss.
- CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009.
- CATTANEO M.A., *Giusnaturalismo e dignità umana*, Napoli, 2006.
- CATTANEO M.A., *Kant e la filosofia del diritto*, Napoli, 2005.
- CATTANEO M.A., *Dignità umana e pace perpetua: Kant e la critica della politica*, Padova, 2002.
- CATTANEO M.A., *Simone Weil e la critica dell'idolatria sociale*, Napoli, 2002.
- CATTANEO M.A., *Persona e stato di diritto*, Torino, 1994.
- CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.
- CAVALLO V., *Diritto penale, parte generale*, II, Napoli, 1955.
- CAVALLO V., *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939.
- CAVICCHI I., *Una filosofia per la medicina. Razionalità clinica tra attualità e ragionevolezza*, Bari 2011.
- CAVICCHI I., *Medicina e sanità: snodi cruciali*, Bari 2010.
- CERASE M., sub art. 50, in LATTANZI G., LUPO E. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2005, 528 ss.
- CHAGNON J., FOURNIER V., *Fallait-il transfuser contre son gré Madame G. témoin de Jéhovah?*, in *Medicine & Droit*, 2003, 133 ss.
- CHECCHINI A., AMADIO G., *Lezioni di diritto privato*, III ed., Torino, 2012.
- CHIODI V., *Dei delitti di percosse e di lesioni personali*, in CHIODI V., GILLI L., PUCCINI C., PORTIGLIATTI BARBOS M., FALLANI M., DE BERNARDI A., *Manuale di medicina legale*, I, Milano, 1976, 169 ss.

- CASCIARO G., SANTESE P., *Il consenso informato*, Milano, 2012.
- CIAN G., sub art. 14 disp. Prel., in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, IX ed., Padova, 2009, 42 ss.
- CIAURI A., *Consenso informato e omicidio preterintenzionale nella responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1100 ss.
- COCCO M., *Violenza privata (610)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro la persona*, Padova, 2007, 339 ss.
- COCCO G., *Reati contro la libertà individuale: introduzione*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 243 ss.
- CONTIERI E., *Lo stato di necessità*, Milano, 1939.
- CORATELLA C., *La responsabilità penale del medico*, in *Dir. e Giust.*, suppl. 43, Milano, 2006.
- CORNACCHIA L., *I delitti contro l'incolumità individuale* in CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVANA, SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F. (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, II ed., Bologna, 1998, 320 ss.
- CRESPI A., *La colpa grave nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 25 ss.
- CRESPI A., *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955.
- CRESPI A., *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952.
- CURI F., *La responsabilità penale nella trasmissione del virus HIV per via sessuale. Inghilterra e Italia, due soluzioni a confronto*, in *Dir. Pen. XXI Sec.*, 2007, 2, 241 ss.
- DA COSTA ANDRADE M., Sub art. 156, in DE FIGUEIREDO J., *Commentario conimbricense do Còdigo penal, Parte especial*, Tomo I, Coimbra, 1999, 383 ss.
- D'AMICO G., *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Atti del Convegno Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 141 ss.
- D'ANDRIA M., sub art. 582, in LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. XI, Milano, 2010, 216 ss.
- D'ANDRIA M., sub art. 584, in LATTANZI G., LUPO E. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. XI, Milano, 2010, 216 ss.
- DASSANO F., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *St. on M. Gallo*, Torino, 2004.
- DASSANO F., voce *Minaccia (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 334 ss.
- DE BLASIO A., *Il trapianto d'organi come risposta terapeutica*, Milano, 2001.

- DE FRANCESCO G., *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998, 140 ss.
- DEL CORSO S., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 569 ss.
- DELITALA G., voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 567 ss.
- DELL'ANDRO R., voce *Antigiuridicità*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 552 ss.
- DELOGU T., *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936.
- DELPINO L., *Diritto penale. Parte speciale*, IX ed., Napoli, 1996.
- DE MATTEIS F., *Responsabilità professionale medica: finalità terapeutica e consenso del paziente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 573 ss.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica*, Padova, 1995.
- DE PIETRO O., *Il sanitario ed il referto. Rilievi giuridici e medico legali*, Milano, 1996.
- DEL RE M., *Sterilizzazione volontaria: non lesione, lesione giustificata o delitto?*, in *Giust. pen.*, 1980, 50 ss.
- DE SIMONE G., voce *Violenza (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 881 ss.
- DE SIMONE V., *Sulla colpa professionale*, in *Giust. pen.*, 1972, 826 ss.
- DEUTSCH E., *Aufklärung und Einwilligung*, in MAYER-MALY T., PRAT E.H., *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Wien, 1998, 59 ss.
- DE VERO G., *Disvalore d'azione imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1487 ss.
- DI GIOVINE O., *Art. 589 – Omicidio colposo. Art. 590 – Lesioni personali colpose*, in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Torino, 2007, 177 ss.
- DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 634 ss.
- DI LANDRO A.R., *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003.
- DI PIETRO M.L., *Principi di bioetica e relazione medico-paziente*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, 2009, 541 ss.
- DODERO C., *Colpa e cooperazione colposa nell'esercizio della professione sanitaria*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1960, 1173 ss.
- DONATO MESSINA S., SPINNATO G., *Manuale breve di diritto penale*, Milano, 2010.
- DONINI M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *RIDPP*, 9, 2009, 1646 ss.

- D'ORAZIONE R., *Il prelievo di organi e tessuti e la nozione giuridica di morte*, in STANZIONE P. (diretto da), *La disciplina giuridica dei trapianti*, Milano, 2000.
- EISELE J., *Strafrecht – Besonderer Teil I. Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*, Stuttgart, 2008, 108 ss.
- ENGISCH K., *Der Arzt an der Grenzen des Lebens. Strafrechtliche Probleme des Lebensschutzes*, Bonn, 1973.
- ENGISH K., *Die rechtliche Bedeutung der Operation*, Berlin, 1958.
- ESER A., sub § 223, in SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2001, 1805 ss.
- ESER A., *Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a*, in SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXV ed., München, 1997, 1658.
- ESER A., *Functions and Requirements of Informed Consent in German Law and Practice*, WESTERHÄLL L., *Patient's rights*, 1994, 235 ss.
- ESER A., *Ärztliche Aufklärung und Einwilligung des Patienten, besonders in der Intensivtherapie*, in BECKER P., *Begleitung von Schwerkranken und Sterbenden*, 1984, 188 ss.
- EUSEBI L., *La legge sull'aborto: problemi e prospettive*, Iustitia, 1996, 239 ss.
- EUSEBI L., *La tutela della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1052 ss.
- EUSEBI L., *Omissione dell'accertamento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, 508 ss.
- FALCON G., *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003.
- FARNETI M., sub art. 5, in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, IX ed., Padova, 2009, 76 ss.
- FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921.
- FERRARI F., ROMANO C.A., *Sistema penale e tutela della salute*, Milano, 2003.
- FERRATO A., Sub artt. 579, 580, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 44 ss.
- FERRATO A., *La fine della vita: complessità del problema in una società in rapido cambiamento*, in *Ind. Pen.*, 2003, 1350 ss.
- FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, 311 ss.
- FIANDACA G., *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 50 ss.
- FIANDACA G., *Problemi e limiti della responsabilità dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, II, 107 ss.
- FIANDACA G., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 126 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Vol. II, Tomo I, II ed., Bologna, 2007.

- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro il patrimonio*, Vol. II, Tomo II, IV ed., Bologna, 2005.
- FIORE C., voce *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.
- FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.
- FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996.
- FIORI A., MARCHETTI D., *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 2009.
- FIORI A., MARCHETTI D., *I compiti della guardia medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1384 ss.
- FIORI A., IADECOLA G., *Stato di necessità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 302 ss.
- FISCHER T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, LVI Auf., München, 2009, 1535 ss.
- FLAMMINEIS S., *Il consenso all'atto medico attraverso il profilo del diritto al rifiuto alle cure (e dell'eutanasia)*, in *Corr. Giur.*, 2009, II, 187 ss.
- FLICK G.M., voce *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 544 ss.
- FLORIAN E., *Delitti contro la libertà individuale*, Milano, 1936, 357 ss.
- FORTE F., *Il dissenso preventivo alle trasfusioni del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*, in *Corr. Giur.*, 2008, 12, 1671 ss.
- FORTE G., *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi*; in *Foro It.*, 2001, II, 286 ss.
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in DOLCE E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 315 ss.
- FRAZZINI M., SGROI M., *La responsabilità del medico. La casistica*, Matelica, 2006.
- FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008.
- FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, Vol. I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, trattato diretto da CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. Torino, 2006, 633 ss.
- FROSALI R.A., *Sistema penale italiano, parte prima. Diritto penale sostanziale*, II, Torino, 1958.
- FUCCI S., BARNI M., TURILLAZZI E., *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener "ambo le chiavi del cor" della Suprema Corte*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 262 ss.

- GALANTI A., *Liceità dell'attività medico-chirurgica: alla ricerca di un fondamento normativo*, in *Riv. Pen.*, 1995, 1461 ss.
- GALGANO F., *Diritto privato*, X ed., Padova, 1999.
- GALIANI T., voce *Lesioni personali*, in *Enc. dir.*, XXIV, Roma, 1974, 140 ss.
- GALISAI PILO M.G., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, 71 ss.
- GALISAI PILO M.G., voce *Lesioni e percosse nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., Torino, 1995, 395.
- GALLI E., *Il consenso informato nell'attività medico-chirurgica: le controverse posizioni della giurisprudenza penale*, in *Resp. civ.*, 2011, 452 ss.
- GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato. Appunti*, Torino, 1967.
- GIANESINI M., sub art. 610, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2007, 2733 ss.
- GIROLAMI P., *La salute e le regole*, Torino 2010.
- GIROLAMI P., *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all'ambito psichiatrico*, in *Riv. med. leg.*, 1997, 292 ss.
- GIULIANI L., *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970.
- GIUNTA F., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della propria vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 4, 403 ss.
- GIUNTA F., *Rifiuto di xenotrapianto per il figlio minorenne a causa di motivi religiosi. Il punto di vista giuridico*, in FUNGHI P., GIUNTA F. (a cura di), *Medicina, bioetica e diritto*, Pisa, 2005, 239 ss.
- GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 406 ss.
- GIUNTA F., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione del proprio corpo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 403 ss.
- GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale – I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 88 ss.
- GIUNTA F., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione del proprio corpo*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 403 ss.
- GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, I, *Tutela della persona*, Padova, 2009.
- GIZZI L., *Équipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011.
- GRANATA L., *L'omicidio in diritto penale*, II ed., Roma, 1960.
- GRASSINI E., PACIFICO R., *Il consenso informato. Le basi, la pratica e la difesa del medico*, III ed., Torino, 2012.
- GREGORI G., *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969.
- GRISPIGNI F., *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *La Scuola positiva*, 1921, 493 ss.
- GRISPIGNI F., *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1914, 449 ss.

- GRISPIGNI F., *La responsabilità penale per il trattamento medico chirurgico arbitrario*, in *Scuola Pos.*, 1914, 673 ss.
- GROSSO C.F., voce *Preterintenzione*, in *Enc. giur. Trec.*, XXIV, Roma, 1990.
- GROSSO C.F., voce *Cause di giustificazione* in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 5 ss.
- GROSSO C.F., voce *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 883 ss.
- GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964.
- GUADAGNO G., *Manuale di diritto penale*, Roma, 1967.
- GUIDI B., NOCCO L., DI PAOLO M., *Il trapianto di rene e la donazione altruistica, dal buon samaritano al compenso pecuniario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 593 ss.
- GUZZON C., *Consenso e stato di necessità nell'atto medico*, in *Riv. Pen.*, 1967, 671 ss.
- GUZZON C., *Trapianti biologici nell'uomo*, in *Riv. pen.*, 1967, 397 ss.
- HIRSCH H.J., *Einwilligung und Selbstbestimmung*, *Festschrift für Welzel*, 1974.
- HOYER A., *Der Sitzblockadenbeschuß des BVerfG und seine Konsequenzen für den Begriff der Drohung*, in *GA*, 1997, 451 ss.
- IADECOLA G., *Atto medico, consapevole violazione della regola del consenso del paziente e responsabilità penale: tra nostalgie del passato e l'attesa del legislatore (en attendant Godot...?)*, in *Riv. It. med. leg.*, 2010, 1050 ss.
- IADECOLA G., *Diritto di morire e potestà medica di curare*, in *Cass. pen.*, 1997, 3661 ss.
- IADECOLA G., *La causalità nella responsabilità civile del medico*, in *Giur. mer.*, 2010, 2057 ss.
- IADECOLA G., *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in IADECOLA G., BONA M., *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penale e civili*, Milano, 2009, 31 ss.
- IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, 2664 ss.
- IADECOLA G., *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. pen.*, 2002, 517 ss.
- IADECOLA G., *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2002, 2041 ss.
- IADECOLA G., *Potestà di curare e consenso del paziente*, 1998.
- IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993.
- INTRONA F., *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Padova, 1955.
- JAKOBS G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II Aufl., Berlin-New York, 1993, 255 ss.

- JAKOBS G., *Nötigung durch Gewalt*, in *Gedächtnisschrift für H. Kaufmann*, Berlin-New York, 1986.
- JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V Aufl., Berlin, 1996.
- JESCHECK H.H., RUB W., WILLMS G., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Großkommentar*, X Aufl., Berlin-New York, 1989, 30 ss.
- JOECKS W., *Strafgesetzbuch – Studienkommentar*, VIII Aufl., München, 2009.
- KENNEDY I., *The legal effect of request by the terminally ill and aged not to receive further treatment from doctors*, in *Criminal Law Review*, 1976, 150 ss.
- KOCH H.G., *Rechtliche Grundlagen der Arzthaftung für Behandlungsfehler*, in *Zeitschrift für medizinische Ethik*, 2007, 53, 207 ss.
- KÖHLER M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York, 1997.
- KÜHL K., *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXVI Aufl., München, 2007, 964 ss.
- LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983.
- LE FANU J., *Ascesa e declino della medicina moderna*, Milano 2005.
- LEONE M., *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1970.
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia ed obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 219 ss.
- LICCI G., *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996.
- LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, XXVI ed., elaborato da SCHMIDT E., 1932, 201 ss.
- LOGUERCIO L., *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955.
- LO MENZO G., PIRRONE V., PINTAUDI S., *Il consenso nella pratica anestesilogica*, in *Giur. mer.*, 1982, 483 ss.
- LO PIANO M., *sub art. 589*, in LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. XI, Milano, 2010, 532 ss.
- LORETO A., *I delitti di percosse e lesioni*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, 527 ss.
- LORETO A., *Trattamento sanitario arbitrario*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., *Casi e materiali di diritto penale*, Milano, 2003, 110 ss.
- LORIAU J., MANAOUIL C., MONTPELLIER D., GRASER M., JARDE O., *Chirurgie et transfusion chez les patients témoins de Jéhovah. Mise au point medico-legale*, in *Annales de chirurgie*, 2004, 263 ss.
- LOZZI G., *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 611 ss.

- LUSSU E., *Minaccia (612)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 353 ss.
- LUSSU E., *Stato di incapacità procurato con violenza (613)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 359 ss.
- MAGGIORE G., *Diritto penale*, Vol. II, *Parte speciale*, Tomo II, IV ed., Bologna, 1961.
- MAGGIORE G., *Diritto penale, parte speciale. Delitti e contravvenzioni*, Vol. II, Bologna, 1950.
- MAGNINI V., *Requisiti e limiti della sperimentazione terapeutica*, in CANESTRARI S., GIUNTA F., GUERRIERI R., PADOVANI M. (a cura di), *Medicina e Diritto Penale*, Pisa, 2009, 361 ss.
- MAGNINI V., *I requisiti e i limiti della sperimentazione umana. Profili penalistici*, in *Ind. pen.*, 2006, 1039 ss.
- MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.
- MAIWALD M., *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di MILITELLO V., Torino, 1993, 57 SS.
- MALINVERNI A., *L'esercizio di un diritto: un metodo d'interpretazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 367 ss.
- MANNA A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Ind. pen.*, 2010, 9 ss.
- MANNA A., *Artt. 584, 586, 610, 613, 728 – Il trattamento sanitario “arbitrario”*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 604 ss.
- MANNA A., *Artt. 579 - 580 – Omicidio del consenziente ed istigazione al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 40 ss.
- MANNA A., *Il trattamento medico “arbitrario”*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 604 ss.
- MANNA A., *Trattamento sanitario “arbitrario”: lesioni personali e/o omicidio oppure violenza privata?*, in *Cardiologia ambulatoriale*, 2005, 152 ss.
- MANNA A., *Trattamento sanitario “arbitrario”: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, 449 ss.
- MANNA A., voce *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.*, IV, agg., Milano, 2000, 1120 ss.
- MANNA A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Giur.*, VI, 1993.
- MANNA A., *La responsabilità del produttore per la sperimentazione dei farmaci sui malati di mente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 647 ss.
- MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1289 ss.
- MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale. Delitti contro la persona*, II ed., Padova, 2005.

- MANTOVANI F., voce *Trapianti*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1999, 323 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, III ed., Padova, 1992, 110 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale e tecniche bio-tecniche moderne*, in *Ind. pen.*, 1988, 13 ss.
- MANTOVANI F., voce *Trapianti*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1987, 793 ss.
- MANTOVANI F., *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 21 ss.
- MANTOVANI F., *Trapianti d'organo: terapia o sperimentazione?*, in *Riv. pen.*, 1974, 253 ss.
- MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974.
- MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 626 ss.
- MANTOVANI M., voce *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 930 ss.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. IV, Torino, 1981.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. VIII, Torino, 1985.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Vol. VIII, Torino, 1961.
- MARINI G., *Delitti contro la persona*, Torino, 1996.
- MARINI G., voce *Omicidio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, 491 ss.
- MARINI G., *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Napoli, 1992.
- MARINI G., voce *Omicidio*, *Noviss. dig. it.*, Vol. V, App., 1984, 441 ss.
- MARINI G., *Consenso dell'avente diritto*, in *Nov.mo Dig. It.*, Appendice, II, Torino, 1980, 402 ss.
- MARINI G., voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1978, 956 ss.
- MARINI L., *Polizia sanitaria (728/730)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 233 ss.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, III ed., Milano, 2009.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004.
- MARINUCCI G., voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1988, 132 ss.
- MARINUCCI G., voce *Antigiuridicità*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1987, 172 ss.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1190 ss.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARRA G., *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2003, 1950 ss.

- MARSEGLIA G., VIOLA L., *La responsabilità penale e civile del medico*, Matelica, 2007.
- MARSICO G., *La sperimentazione umana. Diritti violati/diritti condivisi*, Milano, 2010.
- MARTIELLO G., *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, 325 ss.
- MARTINELLI M., *L'art. 2236 c.c. e la responsabilità medica: la suprema corte quadra il cerchio*, in *La resp. civ.*, 2005, 404 ss.
- MASERA L., *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 498 ss.
- MASOTTI G., MAGLIONA B., RASTELLI D., *Infezione da HIV/AIDS per via sessuale e responsabilità penale. Aspetti medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2004, 507 ss.
- MASSA T., *Le Sezioni unite davanti a «nuvole ed orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, 3661 ss.
- MASUCCI M., *Fatto e valore nella definizione del dolo*, Torino, 2004.
- MAURACH R., SCHROEDER F.C., MAIWALD M., *Strafrecht, Besonder Teil*, I, Heidelberg, 1988.
- MAURACH R., *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1969.
- MAZZANTI M., voce *Polizia sanitaria (contravvenzioni concernenti la)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 232 ss.
- MAZZI G., sub art. 610, in LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna*, V, Milano, 2005, 545 ss.
- MELILLO G., *Condotta arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. Pen.*, 1993, 63 ss.
- MESSINA S., *L'ordine insindacabile dell'autorità come causa di giustificazione del reato*, Torino, 1942.
- MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 670 ss.;
- MEZZETTI E., *Tutela penale dell'incolumità individuale in una prospettiva di riforma*, in RAMACCI F. (a cura di), *I delitti di percosse e di lesioni*, Torino, 1997, 203 ss.
- MEZZETTI E., voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, 264 ss.
- MEZZETTI L., ZAMA A., voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino 1999, 336 ss.
- MINNELLA M., voce *Violenza privata*, in *Enc. giur. Trec.*, XXXII, Roma, 1994, 1 ss.
- MOMSEN K., sub § 223, in SATZGER H., SCHMITT B., WIDMAIER G., *StGB. Strafgesetzbuchkommentar*, Köln, 2009, 1362 ss.
- MONACO L., sub art. 610, in CRESPI A., STELLA F., ZUCCALA' G., *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Padova, 2003, 2010 ss.
- MONTANARI VERGALLO G., FRATI P., ZAMPI M., DI LUCA N.M., *La responsabilità penale per trattamento chirurgico arbitrario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 21 ss.
- MORO A., *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947.

- MORSELLI E., *Il problema della causalità in diritto penale*, in *Ind. Pen.*, 1998, 879 ss.
- NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano 1989.
- NAPOLEONI V., *Nuovi orientamenti del Supremo Collegio in tema di responsabilità colposa nell'esercizio dell'arte sanitaria*, in *Cass. pen.*, 1980, 1561 ss.
- NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010.
- NASO M., *La responsabilità del primario ospedaliero*, Milano, 2007.
- NICOSIA E., *Artt. 575 – 577. Omicidio doloso e circostanze aggravanti*, in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 3 ss.
- NEPPI MODONA G., *Sulla posizione della “violenza” e della “minaccia” nella struttura della fattispecie criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 530 ss.
- NICOSIA E., *Contagio di Aids tra marito e moglie riqualificato omicidio colposo nel giudizio di secondo grado*, in *Foro It.*, 2001, II, 286 ss.
- NICOSIA E., *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*, in *Foro It.*, 2000, II, 348 ss.
- NOCELLA R., sub art. 582, in DUBOLINO P., *Commento al codice penale*, II ed. Piacenza, 2007, 1796 ss.
- NOLL P., *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *ZStW*, vol. 77, 1 ss.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.
- NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.
- ONDEI E., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Forense*, II, 1968, 447 ss.
- ORFINO G., *Reati comuni. Questioni processuali*, Milano, 2007.
- OTTO H., *Grundkurs Strafrecht*, 4 Auf., B.T., Berlin-New York, 1995.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008.
- PADOVANI T., voce *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 983 ss.
- PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 818, 873 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII ed., Milano, 2003.
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 2002.
- PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in *RIDPP*, 2009, 1033 ss.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2006.
- PALAZZO F., voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1992, 294 ss.
- PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000.
- PALERMO FABRIS E., RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite*

- Penali*, 21.1.2009, n. 2437), in *La nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 395 ss.
- PALIERO C.F., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 839 ss.
- PANNAIN R., *Appunti intorno alla scriminante o esimente del consenso dell'avente diritto*, in *Arch. Pen.*, I, Torino, 1971, 1967 ss.
- PANNAIN R., voce *Omicidio (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 246 ss.
- PANNAIN R., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965, 138 ss.
- PANNAIN R., voce *Lesioni e percosse (diritto penale comune)*, in *Nov. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 745 ss.
- PANNAIN R., *La colpa professionale dell'esercente l'arte sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, 32 ss.
- PANUNZIO S., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979.
- PARODI C., *Stalking e tutela penale. Le novità introdotte nel sistema*, Milano, 2009.
- PARODI GIUSINO M., *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983, I, 2657 ss.
- PASCASI S., *Le alterazioni funzionali distinguono il reato di lesioni da quello di percosse*, in *Ventiquattrore Avvocato*, 2011, 97 ss.
- PASSACANTANDO G., *Il consenso e i suoi riflessi sulla responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 795 ss.
- PATALANO V., voce *Omicidio (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1979, 916 ss.
- PAVAN G., *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *Ind. pen.*, 2009, 1, 227 ss.
- PAVAN G., *Lesione personale (582)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale, Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 63 ss.
- PAVAN G., *sub art. 590*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 84 ss.
- PECORARO ALBANI A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962.
- PEDRAZZI C., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 144.
- PELEGATTI G., *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma 1995.
- PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 447 ss.
- PESANTE M., voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 659 ss.
- PETROCELLI B., *L'antigiuridicità*, Padova, 1951.
- PETROCELLI B., *Il consenso dell'avente diritto all'attività medico-chirurgica*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 514 ss.

- PETROCELLI B., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Ann. di dir. e proced. pen.*, 1932, 514 ss.
- PIACENZA S., *Colpa del sanitario ed errore professionale*, in *Arch. pen.*, 1949, II, 428 ss.
- PICCARDI M., *Riflessioni sul criterio d'imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. pen.*, 2004, 881 ss.
- PIETRA G., *Trattamento medico chirurgico: un'assenza legislativa non più tollerabile*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 66 ss.
- PIRAS P., *Omicidio colposo (589)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 37 ss.
- PIRAS P., *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (586)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 34 ss.
- PIRAS P., *Omicidio preterintenzionale (584)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 26 ss.
- PIRAS P., *Il giudizio causale in assenza di leggi scientifiche* in *Cass. pen.*, 2004, 2379 ss.
- PISA P., *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, IV ed., Milano, 2006, 265.
- PISAPIA D., *Considerazioni sul dolo nel reato di violenza privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 150 ss.
- PISAPIA D., *Violenza, minaccia e inganno nel diritto penale*, Napoli, 1940.
- PISTORELLI L., *sub art. 50*, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALA' G., *Commentario breve al codice penale*, IX ed., Padova, 2008, 243 ss.
- PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008.
- PORTIGLIATTI BARBOS M., MARINI G., *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964.
- PORTIGLIATTI BARBOS M., voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 336 ss.
- POSTORINO E., *"Consenso" del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. Pen.*, 1993, 42 ss.
- PREVOSTO A., *La responsabilità penale nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica e il grado della colpa*, in *Ind. pen.*, 1982, 415 ss.
- PUCCINI C., *Istituzioni di medicina legale*, VI ed. Milano, 2003.
- PULITANO' D., *Diritto penale*, III ed. Torino, 2009.
- PULITANO' D., *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007.
- PULITANO' D., voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 328 ss.
- PULITANO' D., voce *Costringimento fisico e psichico*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 209 ss.
- PULITANO' D., *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.*, 1985, 438 ss.;

- PULITANO' D., *Picchettaggio e categorie penalistiche: per una riconsiderazione del reato di violenza privata*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, 351 ss.
- PULITANO' D., *sub art. 43 in CRESPI A., STELLAF., ZUCCALA' G. (a cura di), Commentario breve al codice penale*, Padova, 1982, 104.
- RABAGLIETTI G., voce *Sanità pubblica*, in *Nov. Dig. Ita.*, XVI ed., Torino, 1969, 488 ss.
- RAMACCI F., *Stato giuridico del medico e garanzie del malato*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1707 ss.
- RAMAJOLI ., *Appunti sull'elemento psichico del reato di violenza privata*, in *Arch. pen.*, 1960, II, 149 ss.
- RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale*, IV ed., Padova, 1968.
- RANIERI S., *Manuale di diritto penale*, Vol. I, Padova, 1952.
- REGINA A., *L'omicidio preterintenzionale (una rilettura dell'art. 584 c.p.)*, in *Ind. pen.*, 1991, 517 ss.
- REGINA A., voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989.
- REINOTTI P.V., voce *Omissione di soccorso*, in *Enc Dir.*, XXX, Milano, 1980.
- RESCIGNO G.U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 109 ss.
- RICCI P., *Aspetti medico-legali e penalistici dei trapianti di organo*, in STANZIONE P. (diretto da), *La disciplina giuridica dei trapianti*, Milano, 2000.
- RIELLO L., *Riflessioni in tema di limiti del consenso nel trattamento medico-chirurgico: il difficile equilibrio tra diritto alla salute, dovere di curare e diritto ad una vita (ed una morte) dignitosa*, in *Ind. pen.*, 2010, 2, 579 ss.
- RIONDATO S., *Introduzione ai profili penalistici della responsabilità in ambito medico-chirurgico*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE A., RIONDATO S., in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTA' S., ZATTI P., Milano, 2011, 37 ss.
- RIONDATO S., *Un diritto penale detto "ragionevole"*, Padova, 2005.
- RIONDATO S., *Il diritto alla salute come diritto costituzionalmente garantito e come diritto individuale: selezione e temperamento*, in AMMIRATI D. (a cura di), *La responsabilità penale del medico. Il nuovo corso introdotto dalla Suprema Corte*, Padova, 2004, 48 ss.
- RIONDATO S., *Profili giuridico-penali del trattamento medico-chirurgico*, testo della relazione al Convegno "Aspetti medico-legali e assicurativi in neurofisiologia clinica", Cittadella, 14 dicembre 2002 (dattiloscritto).

- RIONDATO S., *Rischio Aids, indagini del datore di lavoro, responsabilità penali. Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 218/1994*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1994, 473 ss.
- RITTLER T., *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, Wien, 1954.
- RIZ R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1998.
- RIZ R., *La responsabilità penale del medico*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990,
- RIZ R., *Colpa penale ed imperizia: nuovi orientamenti*, in *Ind. pen.*, 1985, 267 ss.
- RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979.
- RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975.
- ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2010.
- ROIATI A., *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *Ind. pen.*, 2007, 2, 727 ss.
- ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *AA.VV., Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 914 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1987, 452 ss.
- ROMANO S., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss.
- RONCO M., *Cenni storici sulla colpevolezza "fondante" e sulla colpevolezza "graduante"*, in *Ind. Pen.*, 2011, 7 ss.
- RONCO M., *sub art. 54*, in RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2009, 400 ss.
- RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, Milano, 2006, 693 ss.
- RONCO M., *sub art. 575*, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003, 1960 ss.
- RONCO M., *sub art. 582*, in RONCO M., ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003, 2350 ss.
- RONCO M., voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. Giur. Trec.*, XXIII, Roma, 1990.
- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- ROSSI P., *Denuncia o referto: obblighi del medico operante in "struttura pubblica" ed in particolare nell'INAIL*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, 917 ss.
- ROTOLO G., *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, 1259 ss.
- ROUGE' MAILLART J., JOUSSET J., GACHES T., GAUDIN A., PENNAU M., *Patitens refusing medical attentino: the case of Jehovah's fitness in France*, in *Med Law*, 2004, 715 ss.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, München, 2003.

- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1997.
- ROXIN C., *Über die Einwilligung im Strafrecht*, in *Estudios em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, II, Coimbra, 1990.
- SABATINI G.U., *Istituzioni di diritto penale*, Vol. II, Roma, 1937, 541 ss.
- SALCUNI G., *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, in *Ind. pen.*, 2010, 599 ss.
- SALCUNI G., *Artt. 582 - 583: lesioni personali dolose e circostanze aggravanti* in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Torino, 2007, 101 ss.
- SALDO G., *Contagio da virus HIV e tentato omicidio*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2001, 11, 1397 ss.
- SALTELLI C., *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto (in tema di attentati all'integrità personale)*, Torino, 1934.
- SANDULLI A., *La lesione personale del consenziente*, in *Scuola Positiva*, 1932, II, 74 ss.
- SANDULLI A., *Ancora della lesione personale del consenziente*, in *ivi*, 1932, II, 319 ss.
- SANDULLI A., *La lesione personale del consenziente nel giudizio del Supremo Collegio*, in *ivi*, 1934, II, 171 ss.
- SANTORO A., *Manuale di diritto penale. Delitti contro la persona*, Torino, 1968.
- SANTORO A., voce *Violenza privata*, in *Enc. for.*, VII, Milano, 1962, 1047 ss.
- SANTORO A., *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957.
- SAPORITO L., *Importazione ed esportazione di organi e tessuti e trapianti all'estero: commento agli artt. 19 e 20 della L. 91/99*, in STANZIONE P. (diretto da), *La disciplina giuridica dei trapianti*, Milano, 2000.
- SATURNO A., *Il modello organizzativo: gli organismi di gestione*, in STANZIONE P. (diretto da), *La disciplina giuridica dei trapianti*, Milano, 2000.
- SCHMIDT E., *Der Arzt im Strafrecht*, in PONSOLD A., *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, Stuttgart, 1957, 35 ss.
- SCHMIDT E., *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, 88 ss.
- SCHNEIDER K., *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, III Aufl., Stuttgart, 1961.
- SCHNEIDER K., *Klinische Psychopathologie*, XV Aufl., Stuttgart, 2007.
- SCHROTH U., *Ärztliches Handeln und Strafrechtlicher Maßstab. Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation*, in ROXIN C., SCHROTH U., *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart, 2007, 3 ss.
- SCIANCELEPORE G., *La disciplina transitoria della L. 1° aprile 1999, n. 91*, in STANZIONE P. (diretto da), *La disciplina giuridica dei trapianti*, Milano, 2000.

- SECCHI E., *La responsabilità medica. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010.
- SEMERARO P., *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009.
- SEMINARA S., *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in RODOTA' S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Vol. I, Milano, 2010, 207 ss.
- SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss.
- SERENI A., *Giurisprudenza sotto obiettivo*, in *Ind. pen.*, 1989, 439 ss.
- SEVERINO L., *Omicidio e lesioni*, in *Foro it.*, 1932, 345 ss.
- SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 187 ss.
- SIEBER U., *Hans-Heinrich Jescheck zum Gedächtnis*, in *ZStW*, 2009, 121, 813 ss.
- SIMONCINI A., *sub art. 32*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 655 ss.
- SIRACUSANO F., *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulle forme e i gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997, 1639 ss.
- SPAGNOLO G., *Studio sull'interruzione della gravidanza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1265 ss.
- SPIEZIA V., *I limiti della liceità del trattamento medico-chirurgico*, Napoli, 1933.
- SPIEZIA V., *La natura giuridica del consenso del titolare del diritto*, in *Riv. Pen.*, 1933, 918 ss.
- SERIANNI V., voce *Omicidio*, in *Enc. giur. Trec.*, XXI, 1990.
- SICA S., *La volontà alla "donazione"*, in STANZIONE P. (diretto da), *La disciplina giuridica dei trapianti*, Milano, 2000.
- SISTI U., voce *Minaccia*, in *Enc. for.*, IV, Milano, 1959, 1062 ss.
- SOMMAGGIO P., *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Padova, 2004.
- SPIEZIA V., *I limiti della liceità del trattamento medico-chirurgico*, Napoli, 1933.
- SPINIELLO M., *L'evoluzione della normativa e della giurisprudenza in materia di infezione da HIV*, in DIANZANI F., IPPOLITO G., MORONI M., *Aids in Italia 20 anni dopo*, Milano, 2004, 67 ss.
- STEFANI G., LEVASSEUR G., *Droit pénal*, IX ed., Paris, 1976, 166.
- STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi contro fattuali. L'attività medico-chirurgica*, in AA.VV. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.F. (a cura di), II, Milano, 2006, 1893 ss.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002.
- STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa; la condizione contingentemente necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1251 ss.

- STELLA F., *La sterilizzazione chirurgica: aspetti penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, 377 ss.
- STOOß C., *Lehrbuch desdes Österreichischen Strafrechts*, II ed., 1913, 270 ss.
- STRANO LIGATO S., *Lesioni personali e omicidio colpose nell'ambito dei trattamenti sanitari*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE A., RIONDATO S., in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTA' S., ZATTI P., Milano, 2011, 1329 ss.
- STRANO LIGATO S., sub art. 582, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, 1519 ss.
- STRANO LIGATO S., sub art. 584, in CRESPI A., FORTI G., ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, 1811 ss.
- SUMMERER K., *Aids e diritto penale. La responsabilità per contagio da virus HIV*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, Torino, 2006, 407 ss.
- TASSINARI D., *I delitti di omicidio*, in in CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M. (a cura di), *I reati contro la persona*, Torino, 2006, 1 ss.
- TASSINARI D., *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in AA.VV., *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, a cura di CANESTRARI S., FANTINI M.P., Milano, 2006, 56 ss.
- TESAURO A., *La natura giuridica del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato*, Padova, 1932.
- TIMPE G., *Die Nötigung*, Berlin, 1989.
- TONINELLO A., *Omissione di soccorso (593)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale, parte speciale. I reati contro la persona*, Padova, 2007, 96 ss.
- TONINI P., *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, 1225 ss.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, IX ed., Milano, 2008.
- TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.
- TORRE V., *Abusivo esercizio di una professione*, in *Trattato di diritto penale*, Vol. II, *I reati contro la pubblica amministrazione*, diretto da CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., Torino, 2008, 745 ss.
- TRIPODINA C., sub art. 32, in BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, 321 ss.
- TRONCHIN A., *L'intervento medico eseguito lege artis ma in assenza del consenso informato. Il problema della tutela penale della libertà del volere*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura e della giurisprudizione*, 2010, 3-4, 217 ss.
- TURILLAZZI E., NERI M., RIEZZO I., *Le Sezioni Unite ed il consenso informato: una decisione tra miti e misteri disquisendo tra esito fausto*

- (del trattamento) e malattia, indizi preziosi (ma non risolutivi) tra le pieghe delle frasi, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1086 ss.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XLIII ed., Padova, 2007.
- UCCELLI M.C., TORTI C., *Infezione da HIV. Epidemiologia*, in CAROSI G., PAULUZZI S., *Malattie infettive*, Padova, 2007, 562 ss.
- VALSECCHI A., *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità. Relazione all'incontro di studio "Questioni nuove o controverse nella giurisprudenza della Corte di Cassazione", organizzato dall'Ufficio del Referente per la Formazione decennale della Magistratura ordinaria della Corte d'Appello di Bologna il 29.11.2010*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.dirittopenalecontemporaneo.it.
- VANNINI O., *Delitti contro la vita*, Milano, 1965.
- VANNINI O., *Quid juris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*, Milano, 1954.
- VANNINI O., *Istituzioni di diritto penale*, Firenze, 1939.
- VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. Pen.*, 1983, 81 ss.
- VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1629 ss.
- VASSALLI G., voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 609 ss.
- VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942.
- VECCHI P.M., voce *Trapianti e trasfusioni (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000, 1 ss.
- VENEZIANI P., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in AA.VV. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.F., II, Milano, 2006, 1969 ss.
- VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, Padova, 2003.
- VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da MARINUCCI G., DOLCINI E., III, tomo II, Padova, 2003, 306 ss.
- VENTURA F., PICCHIONI D.M., MOTRONI GHERARDI S.M., DE STEFANO F., *Su un caso di decesso conseguente a massiva emorragia intestinale in soggetto con retto-colite ulcerosa cronica emorragica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1343 ss.
- VERCELLONE P., voce *Trapianti di tessuti e organi*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, Agg. 2003, 1262 ss.
- VERGALLO G.M., *Il rapporto medico-paziente: consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008.
- VIARO R., voce *Violenza o minaccia*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 967 ss.

- VIDONI G., *Denuncia o referto? Promemoria al legislatore*, Riv. it. med. leg., 1991, 489 ss.
- VIGANO' F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in Cass. pen., 2009, 1793 ss.
- VIGANO' P., *Limiti e prospettive del consenso informato*, Milano, 2008.
- VIGANO' F., sub art. 50, in DOLCINI E., MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 510 ss.
- VIGANO' F., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in Corr. Mer., 2006, 960 ss.
- VIGANO' F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2004, 150 ss.
- VIGANO' F., *La tutela penale della libertà individuale, I, L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002.
- VIGANO' F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000.
- VIGANO' F., sub art. 54, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato. Parte generale*, vol. I, Milano, 1999, 510 ss;
- VIGNA P.L., BELLAGAMBA G., *Le contravvenzioni nel codice penale*, Milano, 1974, 238 ss.
- VINCENTI U. (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, 2000.
- VINCIGUERRA S., *Profili sistematici dell'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica*, Milano, 1971.
- VISCO A., *L'omicidio e la lesione personale del consenziente*, Milano, 1929.
- VITALE N., *La preterintenzione*, Milano, 1956.
- WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1967, 96 ss.
- WELZEL H., *La posizione dogmatica della dottrina penalistica dell'azione*, in Riv. it. dir. pen., 1951, 13 ss.
- WENIN R., *La categoria della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, in Ind. pen., 2005, 1, 239 ss.
- WOLTER J., *Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte*, in Jus, 1981, 168 ss.
- ZAGREBELSKY V., voce *Lesioni personali e percosse*, in Enc. giur. Treccani, XVII, Roma, 1990.
- ZAMBRANO V., *La nozione di trapianto e l'ambito applicativo della disciplina. Trattamento terapeutico*, in STANZIONE P. (diretto da), *La disciplina giuridica dei trapianti*, Milano, 2000.
- ZAMBUSI A., *Circostanze aggravanti dell'omicidio (576, 577)*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2007, 18 ss.
- ZAMPA C.M., BENUCCI G., BACCI M., VRQ, *obbligo di denuncia ed obbligo di referto: un contrasto insanabile de jure condito; una soluzione necessaria de jure condendo*, in Riv. it. med leg., 1998, 677 ss.

- ZANNOTTI R., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, in GIUSTI G. (a cura di), *Tutela della persona*, I, Padova, 2009.
- ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *La nuova giur. civ. comm.*2008, 403 ss.
- ZATTI P., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in), in *La nuova giur. civ. comm.*2007, 1 ss.
- ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *La nuova giur. civ. comm.*2000, 92 ss.
- ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, Ed. min., Bologna, 1973.
- ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 1970.
- ZIPF H., *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Berlin, 1970, 52 ss.
- ZUCCALA' G., voce *Aborto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 128 ss.

Pronunce della giurisprudenza

- Cass. pen., Sez. V, 16 aprile, 2012, n. 38388
Cass. pen., Sez. IV, 20 marzo 2012, n. 10864
Cass. pen., Sez. II, 22 dicembre 2011, n. 48074
Cass. pen., Sez. V, 7 dicembre 2011, n. 4000
Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 3222
Cass. pen., Sez. V, 28 giugno 2011, n. 33136
Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2011, n. 34521
Cass. pen., Sez. VI, 21 aprile 2011, n. 28005
Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254
Cass. pen. Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411.
Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 3036
Cass. pen., Sez. V, 10 gennaio 2011, n. 17665
Cass. pen., Sez. V, 3 dicembre 2010, n. 3036
Cass. pen., Sez. IV, 23 settembre 2010, n. 34521
Cass. pen., Sez. IV, 8 giugno 2010, n. 21799
Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521
Cass. pen., Sez. II, 17 maggio 2010, n. 18551
Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799, in *Riv. it. med. Leg.*, 2010, 749 ss.
Cass. Pen., Sez. IV, 24 marzo 2010, n. 11222
Cass. pen., Sez. IV, 28 gennaio 2010, n. 5076
Cass. civ., Sez. III, 12 gennaio 2010, n. 2847
Cass. pen., Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 6215
Cass. pen., Sez. IV, 16 luglio 2009, n. 35027
Cass. pen., Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 36580
Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2009, n. 22676
Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2009, n. 13388
Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438
Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, in *Cass. pen.*, 2009, 1793 ss.; e in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 447 ss.; e in *Foro it.*, 2009, 305 ss.
Corte cost. 15 dicembre 2008, n. 438
Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2008, n. 47490
Cass. pen., Sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 46412
Cass. pen., Sez. IV, 30 settembre 2008, n. 37077, in *Corr. Giur.*, 2009, 2, 182 ss.
Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712, in *G. Dir.*, 2008, 113 ss.; e in *Dir. Pen. e Proc.*, 2009, 3, 308 ss.;
Cass. pen., Sez. V, 16 settembre 2008, n. 40252.
Cass. Civ., Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. Giur.*, 2008, 12, 1671 ss.
Cass. pen., Sez. VI, 11 luglio 2001, n. 35822
Cass. pen., Sez. V, 25 giugno 2008, n. 33361
Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 2008, n. 19405
Cass. pen., Sez. IV, 30 aprile 2008, n. 17505

Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 66 ss.
 Cass. pen., Sez. I, 29 gennaio 2008, n. 12954
 Cass. pen., Sez. IV, 23 gennaio 2008, n. 16375
 Cass. pen. Sez. VI, 29 novembre 2007, n. 12129
 Cass. civ., Sez. III, 4 ottobre 2007, n. 21748
 Cass. pen., Sez. I, 24 maggio 2007, n. 27620
 Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211
 Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2007, n. 345
 Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2007, in *G. dir.*, 2007, n. 18, 97 ss.
 Cass. pen., Sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 1367
 Cass. pen., Sez. V, 22 giugno 2006, n. 25033, in *G. Dir.*, 2006, 85 ss.
 Cass. pen., Sez. V, 17 maggio 2006, n. 16571
 Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 2006, n. 14302
 Cass. pen., Sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 11640, in *Riv. pen.*, 2007, 229 ss.
 Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7214.
 Cass. pen., Sez. IV, 19 dicembre 2005, n. 2433, in *Riv. it. med. leg.*, 1224 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 2005, n. 38852
 Cass. pen., Sez. IV, 4 luglio 2005, n. 38852
 Cass. pen., Sez. VI, 26 gennaio 2005, n. 15805.
 Cass. pen., Sez. V, 17 gennaio 2005, n. 6168
 Cass. pen., Sez. IV, 28 ottobre 2004, n. 46586, in *Riv. pen.*, 2006, 124 ss.
 Cass. civ., Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638
 Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *La resp. civ.*, 2005, 404 ss.
 Cass. pen., Sez. V, 29 marzo 2004, n. 15004
 Cass. pen., Sez. V, 6 febbraio 2004, n. 15004
 App. Trento, 19 dicembre 2003, in *La nuova giur. civ. comment.*, 2005, 145 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 28 novembre 2003, in *G. dir.*, 2003, 61 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2003, n. 10430
 Trib. Torino, 2 marzo 2003, in *Giur. mer.*, 2001, 1079 ss.
 Cass. pen., 22 novembre 2002, n. 39637, in *Riv. pen.*, 2003, 110 ss.
 Cass. pen. Sez. I, 14 novembre 2002, n. 2595
 Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2002, in *Cass. pen.*, 2004, 2379 ss.
 Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. pen.*, 2002, 885 ss.; e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 ss.
 Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446.
 Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2002, in *Cass. pen.*, 2004, 874 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cass. pen.*, 2002, 1321 ss.
 Cass. Pen., Sez. I, 14 giugno 2001, n. 30425, in *Cass. Pen.*, 2002, 3096 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, in *Cass. pen.*, 2002, 1346 ss.; e in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 573 ss.

Cass. pen., Sez. V, 15 marzo 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 1562 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, in *Cass. pen.*, 2001, 517 ss.;
 e in *Foro it.*, II, 591 ss.; e in *Riv. pen.*, 2003, 465 ss.
 Ass. App. Brescia, 26 settembre 2000, in *Foro It.*, 2001, II, 286 ss.
 Cass. Pen., Sez. I, 8 settembre 2000, n. 954, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2001,
 11, 1397 ss.
 Cass. Civ., Sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318
 Trib. Palermo, 31 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, III, 441 ss.
 Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, in *Foro It.*, 2000, II, 348 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 1999, in *Cass. pen.*, 2000, 1978 ss.
 Pret. Modena, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, II, 202 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 1999, in *Giust. pen.*, 2000, 623 ss.
 Cass. pen. Sez. V, 15 ottobre 1998, n. 714, in *Cass. pen.*, 1999, 312 ss.
 Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 1998, n. 13544
 Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 1998, n. 8052
 Cass. pen., Sez. I, 12 novembre 1997, n. 6358
 Cass. pen., Sez. IV, 21 novembre 1996, n. 2307, in *Riv. It. Med. Leg.*,
 1998, 1167 ss.
 Cass. pen., 14 novembre 1996, n. 10643, in *Cass. pen.*, 1998, 481 ss.
 Cass. Pen., Sez. III, 30 giugno 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 250 ss.
 Cass. pen., Sez. I, 7 giugno 1996, n. 6773
 Cass. pen., Sez. III, 28 maggio 1996, in *Giust. pen.*, 345 ss.
 Cass. pen., Sez. Un., 14 febbraio 1996, n. 3571
 Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 1995, in *Cass. pen.*, 1997, 68 ss.
 Cass. pen., Sez. Un., 12 ottobre 1993, n. 748
 Pret. Roma, 22 gennaio 1993, in *Cass. pen.*, 1993, 2635 ss.
 Trib. Roma, 13 novembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, 1567 ss.
 Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, in *Cass. pen.*, 1993, 253 ss.; e
 in *Riv. Pen.*, 1995, 1461 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 22 gennaio 1992, in *Riv. pen.*, 1992, 727 ss.,
 Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, in *Giur. mer.*, 1991, 119 ss.; e in *Giust.*
pen., 1991, II, 163 ss.;
 Cass. pen., Sez. IV, 18 dicembre 1989, in *Riv. pen.*, 1991, 595 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 13 ottobre 1989, n. 3103, in *Cass. pen.*, 1991, 1566
 ss.
 Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 1987, in *Cass. pen.*, 1989, 68 ss.
 Cass. pen., Sez. V, 25 novembre 1986, n. 3038
 Cass. pen., Sez. II, 13 giugno 1984, in *Cass. pen.*, 1986, 1304 ss.
 Cass. pen., Sez. V, 9 febbraio 1984, in *Riv. pen.*, 1984, 670 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 16 novembre 1983, in *Riv. pen.*, 1984, 482 ss.
 Cass. pen., 12 aprile 1983, n. 4419, in *Cass. Pen.*, 1984, 1123 ss.
 Cass. pen., Sez. V, 12 aprile 1983, n. 4419
 Cass. pen., Sez. V, 25 marzo 1982, in *Giust. Pen.*, 1983, 234 ss.
 Cass. pen., Sez. IV, 9 giugno 1981, in *Riv. pen.*, 1982, 442 ss.
 Cass. pen., Sez. V, 14 novembre 1979, in *Cass. pen.*, 1981, 545 ss.
 Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88.
 Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 1977, in *Cass. pen.*, 1980, 1561 ss.

Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Giust. pen.*, 1974, 35 ss.; e in *Foro it.*, 1974, I, 19 ss.

Cass. pen., Sez. IV, 19 marzo 1973, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 255 ss.

App. Firenze, 27 ottobre 1970, in *Giur. mer.*, 1972, 323 ss.

Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 1970, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 25 ss.

Cass. pen., Sez. IV, 26 gennaio 1968, n. 124, in *Giust. pen.*, 1969, II, 212 ss.

Cass. pen., Sez. IV, 29 marzo 1963, in *Foro it.*, 1964, II, 91 ss.

Trib. Roma, 13 maggio 1949, in *Arch. pen.*, 1949, II, 428 ss.

Cass. pen., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, 146 ss.

Trib. Napoli, 28 novembre 1931, in *Riv. pen.*, 1932, 74 ss.