

QUESTIONI APERTE

Trattamento sanitario

La decisione

Delitti contro la libertà e l'incolumità individuale - Rifiuto di cure - Trattamento sanitario arbitrario - Stato di necessità - Lesioni personali colpose - Violenza privata - Stato di incapacità procurato mediante violenza - Archiviazione per errore inevitabile sulla legge penale (Cost., artt. 2, 13, 32, co. 2; C.c. art. 5; C.p., artt. 5, 54, 579, co. 3, n. 3, 590, 610, 613).

Nei casi di espresso, chiaro, libero e valido dissenso ad un trattamento sanitario, deve escludersi il richiamo allo stato di necessità, poichè esso prescinde dal profilo del consenso di chi del soccorso di necessità dovrebbe giovare.

Non integra un fatto di lesioni personali colpose quello riconducibile all'esecuzione tardiva di un trattamento sanitario necessario alla salute del paziente, se il ritardo è da imputarsi prevalentemente alla decisione dello stesso di non sottoporsi al trattamento.

Nel caso di trattamento sanitario eseguito nonostante il rifiuto del paziente, non può ricondursi nel perimetro applicativo dell'art. 610 c.p. la condotta del chirurgo che approfitti della condizione di "anestetizzato" del paziente, dovendosi escludere che l'approfittamento possa configurare, naturalisticamente e giuridicamente, un atto violento. Mentre può configurarsi il delitto di cui all'art. 613 c.p. quando il consenso del paziente all'anestesia sia stato carpito con l'inganno, ma il ricorso a tale mezzo da parte del medico deve essere provato.

Nell'ipotesi di trattamento sanitario arbitrario praticato dal medico in seguito ad indicazioni erronee provenienti dalla Procura della Repubblica, la responsabilità per i delitti di violenza privata e di stato di incapacità procurato mediante violenza eventualmente commessi deve essere esclusa per assenza di colpevolezza, poichè il medico ha agito nell'erronea convinzione della liceità della condotta tenuta. Si tratta dunque di errore inevitabile sulla legge penale.

TRIBUNALE DI TORINO, SEZIONE G.I.P., (ord.) 15 gennaio 2013 -
FERRACANE, *Giudice* - PADALINO, *P.M.* (conf.) - Cerato e Borsetti, imputati.

Il commento

**Dissenso informato
e trattamento sanitario salvavita terapeutico**

1. Il provvedimento in epigrafe riguarda l'esecuzione di un determinato trattamento sanitario nei confronti di un paziente adulto Testimone di Geova, nonostante il categorico e reiterato dissenso a riceverlo, motivato dalle proprie convinzioni religiose.

I fatti di cui si discute ebbero inizio il 21 novembre 2006, allorché il B., vittima di un grave infortunio sul luogo di lavoro, venne immediatamente ricoverato in ospedale.

Sin dall'ingresso in pronto soccorso, il B. rivelò ai medici di essere Testimone di Geova, manifestando per circa venti volte il proprio rifiuto a ricevere le trasfusioni di sangue, anche laddove necessarie a salvargli la vita.

Il 30 novembre 2006, in seguito ad una forte anemizzazione riconducibile a complicanze postoperatorie, i medici si rivolsero alla procura di Torino per ottenere delucidazioni sulle ipotetiche conseguenze penali di un eventuale comportamento omissivo. Il pubblico ministero emise un parere scritto in cui affermò espressamente che *«a fronte del pericolo grave ed imminente per la vita segnalato (...) può fondatamente ritenersi sussistente lo stato di necessità che nel nostro ordinamento giuridico consente di effettuare le cure necessarie a salvaguardare la vita sia pure in presenza di opposizione da parte dell'interessato (che non è titolare del diritto di libera disposizione del proprio corpo se questa determina atti contrastanti con la salute, integrità e vita dello stesso)»*. Il parere fu trasmesso ai medici mentre il B. si trovava sotto anestesia per l'esecuzione di una "tac". Fu in questo momento che gli stessi procedettero all'emotrasfusione. Dopo circa un anno dall'accadimento dei fatti, il B. presentò denuncia-querela per i delitti di lesioni colpose (art. 590 c.p.), violenza privata (610 c.p.) e stato di incapacità procurato mediante violenza (613 c.p.).

In data 15 gennaio 2013 il G.i.p. del Tribunale di Torino, non avendo ravvisato i presupposti per il concreto esercizio dell'azione penale, ha accolto la richiesta di archiviazione formulata dalla procura, eleggendo a elementi costitutivi della propria decisione: l'improcedibilità per tardività della querela in ordine al delitto di cui all'art. 590 c.p.; l'insussistenza dei requisiti ontologico-descrittivi dei reati configurati dagli artt. 610 e 613 c.p.; ed infine, l'assenza di colpevolezza in capo ai sanitari per errore inevitabile sulla legge penale causa-

to dal parere di diritto erroneo di una fonte altamente specializzata.

L'ordinanza che ci accingiamo ad esaminare risulta particolarmente interessante perché, contrariamente a diverse pronunce che si registrano in passato, il giudice considera penalmente rilevanti le emotrasfusioni praticate contro il rifiuto del paziente Testimone di Geova.

2. Innanzitutto occorre premettere che con riferimento al rifiuto di terapie salvavita da parte dell'adulto Testimone di Geova, la dottrina suole distinguere due tipi di paziente: quello cosciente e dissenziente; e quello incosciente, incapace cioè di prestare o confermare il proprio consenso rispetto ad un determinato trattamento medico, sia esso terapeutico o chirurgico.

L'importanza di questa distinzione è sottolineata anche dal G.i.p dell'ordinanza in commento, sebbene il richiamo sia effettuato unicamente al fine di ridurre i numerosi ambiti di declinazione che ormai da tempo in materia, sia in dottrina che in giurisprudenza, vanta l'art. 54 c.p.¹.

Per un verso infatti il giudice ritiene che il ricorso allo stato di necessità da parte del p.m. nel parere indirizzato ai medici sia «*del tutto inconferente in casi del genere caratterizzati da un espresso, chiaro, libero, valido dissenso*»; per un altro però sembrerebbe ammetterne l'operatività «*allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare il proprio consenso o dissenso*».

L'argomentazione non può essere qui condivisa, e le ragioni debbono essere ricercate nel disposto di cui all'art. 40, co. 2, c.p. ai sensi del quale «*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*». La norma infatti esprime un dato inequivocabile: soltanto l'omissione di quelle azioni impeditive che si ha l'obbligo giuridico di compiere può dar luogo ad una responsabilità penale per omissione.

Di conseguenza laddove un paziente giunga in ospedale in stato di incoscienza senza poter esprimere il proprio consenso al trattamento, in base al principio *in dubio pro vita*, il medico dovrà ritenersi investito non già di una semplice *facoltà* di agire (quella attribuitagli dallo stato di necessità), bensì di un vero e proprio *obbligo* di attivarsi a tutela del bene vita. Pertanto è evidente che il ricorso allo stato di necessità, in questo caso, non solo appare irragio-

¹ Nello stesso senso di recente si è espresso CALETTI, *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2012, 23, 47 ss., il quale da un lato negherebbe «*l'esistenza di uno stato di necessità sovraleale in grado di escludere la tipicità di ogni trattamento medico*»; dall'altro individuerebbe nuove ipotesi applicative della scriminante in parola.

nevole, ma anche del tutto ultroneo²: l'insussistenza del fatto tipico riconduci-

² Sul punto si veda la particolare posizione di AZZALI, voce *Stato di necessità*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1971, p. 371 s., il quale oltre a ricondurre il soccorso di necessità entro lo schema dell'adempimento di un dovere, afferma anche che nel caso in cui gli interessi in conflitto siano entrambi disponibili, la soluzione di tale conflitto è rimandata alla volontà del suo titolare, dunque al consenso dell'avente diritto. Lungi dall'assegnare alla fattispecie di cui all'art. 50 c.p. una propria autonomia concettuale, egli sostiene che «*la concezione negoziale del limite scriminante fissato all'art. 50 c.p. ne fa calcolo, appunto, come del conferimento di un potere in conformità del quale è regolato un certo rapporto di interessi e, conseguentemente al pari di una forma di specie che si inserisce nella più generale prospettiva dell'art. 51 c.p.*»; per l'inidoneità dello stato di necessità a fondare doveri di soccorso, PULITANO, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. ital. med. Leg.*, 2007, 1197. Una parte della dottrina sostiene invece che non si possa parlare di stato di necessità tutte le volte in cui i beni giuridici in conflitto appartengano alla stessa persona del paziente. Di questo avviso è, per esempio, DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, in *Osservazioni intorno al «Progetto preliminare di un nuovo Codice Penale»*, XVI, Milano, 1927, p. 35; ritengono per ragioni differenti che in riferimento all'attività terapeutica lo stato di necessità non possa essere invocato ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1975, pp. 247 ss., il quale individua nel consenso dell'avente diritto e nello stato di necessità i limiti di liceità dell'attività medica, i quali tuttavia si distinguono dal suo fondamento, finendo per ricorrere, nel caso di esito infausto, alla scriminante non codificata del trattamento medico; sostanzialmente d'accordo VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico chirurgico*, cit., 95, il quale tuttavia ritiene che se si dovesse propendere per l'indicazione di una scriminante tra quelle codificate, certamente si dovrebbe richiamare l'art. 51 c.p.; *contra* le posizioni esaminate, DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, p. 337 ss., il quale ritiene che non vi sia incompatibilità tra un sistema fondato su specifici obblighi di garanzia ex art. 40 c.p. e la scriminante delineata dall'art. 54 c.p. In tali casi si afferma che l'autorizzazione ad agire si trasforma in un vero e proprio obbligo di attivarsi richiesto al soggetto agente; nello stesso senso, IADECOLA, *Consenso del paziente e trattamento medico-chirurgico*, Padova, 1989, p. 53; IADECOLA, FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto «diritto di morire», criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. ital. med. leg.*, 1996, 311, 312, i quali affermano come «*a fronte di una situazione di emergenza che richieda necessariamente l'opera del medico, l'intervento di questi sul paziente ricoverato non soltanto si appalesa lecito, potendo collocarsi nell'ambito del ricordato art. 54 c.p. (stato di necessità) ma si configura anzi in termini di doverosità, rappresentando l'attuazione di quella specifica posizione di garanzia che, come già accennato, certamente appartiene al medico rispetto alla salute del paziente affidato alle sue cure*», e che quando «*l'atteggiamento negativo assunto dal paziente (o anche del suo legale rappresentante) determini una situazione di pericolo, concreto ed attuale, di danno grave per la vita del paziente stesso, sussistendo l'esigenza di un soccorso urgente ed improrogabile per strapparla alla morte, l'intervento sarebbe [...] da ritenersi lecito in quanto scriminato dalla situazione dello stato di necessità (art. 54 c.p.) che si delinea. Tale causa di giustificazione eliderebbe gli estremi di reato che il comportamento del medico in astratto configurerebbe (sequestro di persona, violenza privata, ecc.)*»; RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, p. 351 s., il quale nel commentare il noto caso in cui un chirurgo aveva praticato su una donna una sterilizzazione tubarica, in occasione di parto cesareo, senza il suo consenso, sulla base della ragionevole convinzione della necessità di evitare complicazioni nel caso di successiva gravidanza, osserva che in casi come questi, «*è solo la necessità di salvare il paziente da un pericolo attuale di danno alla persona, ancorché non sussista pericolo di vita, che segna la linea di confine tra lecito ed illecito e che giustifica l'intervento privo di consenso*», giungendo di fatto, ma in generale e previa verifica ammettendolo, ad una esclusione dello stato di necessità; nello stesso senso anche EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. ital. med. leg.*, 1995, 736, secondo il quale «*l'intervento salvavita, inquadrandosi nello stato di necessità, è sempre lecito ai sensi dell'art. 54 c.p., anche in*

bile all'intervento effettuato dovrà essere dichiarata in base alla diversa scriminante, reale o putativa, dell'adempimento del dovere³.

Per converso, quando un tale obbligo non sia configurabile non potrà affermarsi alcuna relazione tipico-causale tra omissione ed evento eventualmente verificatosi⁴. Opposto un rifiuto competente, maturato consapevolmente all'interno della relazione terapeutica, il medico non può più intervenire se non limitatamente a quegli spazi di possibile operatività nei confronti dei quali il paziente abbia in concreto manifestato la sua adesione.

Una parte della dottrina avrebbe osservato in particolare che l'equiparazione tra agire ed omettere nel caso di "omicidio mediante omissione" sia possibile solo in quanto l'obbligo di agire medico sia disciplinato da una norma giuridica del tutto differente da quella tipizzata in termini di causalità attiva⁵. In caso

mancanza di consenso dell'interessato».

³ Così CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012, p. 86; RODOTÀ, ZATTI, in *Trattato di Biodiritto*, II, Torino, 2011, p. 1909. Un'impostazione differente ricorrebbe invece ad una *fiction*: quella del c.d. consenso presunto. Ad esempio è di questo avviso, MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 234 ss.; fortemente critico nei confronti di questa posizione, DEL CORSO, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Dir. proc. pen.*, 1987, 565 s.

⁴ VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 71. L'Autore ritiene che «chi omette di intraprendere una terapia rifiutata dal paziente, non risponde dell'eventuale esito letale di tale omissione, perché non gravato di quell'"obbligo di impedire l'evento" di cui parla l'art. 40, co. 2, Cost., ed anzi destinatario del divieto di attuare il trattamento».

⁵ PALERMO, FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000, p. 193, la quale aderisce ad un'impostazione di tipo intermedio tra la teoria funzionale e quella formale; per una illustrazione della prospettiva formale, cfr. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 199, il quale afferma che «in tanto a certe situazioni fattuali potrà esser dato il rilievo formale di situazioni di garanzia, di presupposto cioè di un determinato obbligo di attivarsi penalmente rilevante, in quanto alle stesse sia attribuito un tale rilievo giuridico formale». Si tratta di una teoria che affonda le proprie radici nel diritto tedesco, e che secondo alcuni sarebbe stata recepita nell'art. 40 del codice Rocco sulla scorta di una formulazione riconducibile al von Liszt, il quale tuttavia, come chiarito da alcuno, aveva dichiarato apertamente la separazione del problema della punibilità da quello della causalità. Su quest'ultimo punto, SGUBBI, *Responsabilità penale per omissivo impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 51, il quale sostiene che attraverso l'art. 40, co. 2, c.p., il legislatore abbia voluto semplicemente soddisfare un'esigenza di «simmetria sistematica [...] quale sentita da un legislatore raffinato, che non un'esigenza di regolamentazione operativa, effettuata per legge, di una determinata forma di manifestazione di responsabilità penale». La tesi dell'Autore sembrerebbe in qualche modo avallata anche da alcuni riferimenti contenuti all'interno dei lavori preparatori in cui, discutendo dell'opportunità di inserimento dell'art. 40, co. 2, c.p., qualcuno aveva espresso una forma di preoccupazione riferita al conseguente ampliamento dei casi di responsabilità oggettiva. Diversamente GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 622 ss., il quale invece ritiene che con il recepimento dell'espressione "obbligo giuridico" all'interno dell'art. 40 c.p. il legislatore abbia voluto adottare un'impostazione di carattere formale.

contrario, si dovrebbe ammettere che il medico «nel momento stesso in cui viene investito del rapporto di cura, assuma una posizione di garanzia generalizzata a tutela del bene vita, sì che egli dovrebbe intervenire, anche con mezzi straordinari, ivi compresa la coazione fisica, ogni qual volta ravvisi un pericolo immediato per la vita del paziente»⁶. L'importanza di una comprensione pre-giuridica della tipicità è stata approfondita da recente dottrina anche da un'altra prospettiva, inerente alla c.d. *antigiuridicità pre-penale*. Cornacchia, ad esempio, ritiene che «se dal punto di vista genetico la dimensione dei doveri giuridici è antecedente rispetto alle norme tipizzanti che li contengono, d'altro canto la sede in cui gli stessi sorgono è, appunto, previa rispetto alla tipicità penale»⁷. L'idea di una tale dimensione di antigiuridicità affiora in particolar modo con riferimento all'omissione impropria poiché da essa dipenderebbe in sostanza la fondazione degli obblighi di garanzia in capo ai destinatari.

L'importanza del rifiuto del paziente come elemento di atipicità dell'omissione medica è un corollario della valorizzazione dell'individuo in quanto tale, come portatore di proprie scelte di vita: dovrebbero pertanto ritenersi definitivamente superate le controversie che da tempo, in dottrina e in giurisprudenza, alimentano l'interpretazione dell'art. 32, co. 2, Cost. e

⁶ PALERMO, FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., p. 194; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p. 173, il quale afferma: «il medico ha l'obbligo giuridico di impedire il progresso della malattia, la morte del paziente, ecc. Non si tratta, però, di un obbligo assoluto; ma di un obbligo che la legge impone sotto determinate condizioni. Quali siano queste condizioni non può dirlo la legge penale, ma solo gli altri rami dell'ordinamento giuridico: la legge professionale, la legge civile, la consuetudine; mentre l'arte medica stabilirà le regole che devono essere seguite, e, non seguendo le quali, avremmo una responsabilità a titolo di colpa, in caso di esito sfortunato. Ne consegue che l'intervento medico-chirurgico non potrà considerarsi lecito a priori per l'art. 51 c.p.; ma si dovrà di volta in volta, stabilire se sussistevano le condizioni richieste per il sorgere di questo dovere».

⁷ CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 391, il quale efficacemente illustra che mentre «l'antigiuridicità andrebbe intesa quale giudizio pre-penale sulla violazione di quei doveri giuridici generali che appartengono allo status di ciascun soggetto di diritto [...] la tipicità rappresenterebbe una fase successiva, ossia quella della verifica dell'avvenuta violazione dei doveri medesimi, selezionati e tipizzati dalla disposizione di legge incriminatrice all'interno della fattispecie»; sul punto si veda anche la posizione di DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 143 ss., il quale afferma che «la costruzione legislativa deve obbedire ad un modus operandi inverso rispetto all'analisi del reato condotta in sede giudiziale o didattica. [...] La selettività del reato, pertanto, pur caratterizzandosi per una serie di peculiarità costruttive, ermeneutiche e politico-criminali, non può coltivare l'idea dello scopo fino a smarrire il dialogo con l'intero ordinamento, o isolandosi in una cultura da ius exceptum. Questo dato spiega bene il perché del primato dell'antigiuridicità sul fatto tipico: prima ancora dell'intervento di posizioni scriminanti (per es. esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, consenso dell'avente diritto) o di situazioni scriminanti (legittima difesa, stato di necessità) che operino dall'esterno rispetto al fatto tipico, c'è un interpello dell'intero ordinamento per comprendere la stessa tipicità».

dell'art. 5 c.c.⁸

3. Per quanto concerne il delitto di lesioni personali colpose, al di là della tardività con cui la querela per il delitto di cui all'art. 590 c.p. è stata presentata dal paziente, il giudice si limita ad affermare che «*non possano, infine, essere individuate condotte colpose degli indagati in relazione alla definitiva amputazione della mano subita dal B., che è da imputarsi prevalentemente, come ben evidenziato dai consulenti del P.M., alla decisione dello stesso B. di non essere tempestivamente trasfuso*».

⁸ Sulla portata degli artt. 32, co. 2 Cost. e 5 c.c si confrontino gli orientamenti di EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. ital. med. leg.*, 1995, 734; LUCIANI, voce «*Salute, I. Diritto alla salute - dir. cost.*», in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, Ed. Enc. it., 1991, p. 9 ss.; CASONATO, CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in *Trattato di biodiritto*, I, a cura di Rodotà, Zatti, Milano, 2011, p. 59 ss.; SANTILLI, SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 402 ss.; D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Dir. soc.*, 1981, 529 ss.; ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di Stortoni, Trento, 1992, p. 23; *ivi* anche MANTOVANI, *Il problema della disponibilità del corpo umano*, p. 62 ss.; CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del proprio corpo*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di Busnelli, Breccia, Milano, 1978, p. 79 s.; VINCENZI, AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari tra libertà e doverosità. Atti del convegno di studi, Roma, 1 dicembre 1982*, Napoli, 1983, cit., p. 34 ss. Tra le correnti di pensiero citate alcune formerebbero le rispettive basi d'appoggio sulle dichiarazioni dell'Assemblea costituente durante i lavori preparatori all'art. 32 della Costituzione: a tal proposito possono essere richiamate quella dell'On. Sullo che afferma: «*ma questo articolo 26 non afferma in realtà né diritti di libertà né diritti sociali. Non afferma diritti di libertà perché quello che potrebbe essere un diritto di libertà, nel secondo comma che dice testualmente: «Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge; sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana, non ha invece quel valore polemico che presentano altri articoli della nostra Costituzione, in quanto non v'è stata alcuna violazione in Italia che possa essere contemplata da questo secondo comma ed è, pertanto, inutile che si parli di ciò, perché anche la sola menzione può essere un'offesa alla tradizione nostra in questo campo*»; quella dell'On. Merighi che aggiunge: «*ma c'è un'altra cosa che bisogna considerare a proposito della libertà: cioè che per me - e forse per molti di noi - la salute è il primo requisito essenziale per la libertà dell'individuo. Un individuo malato o minorato nelle sue capacità fisiche o intellettuali, indubbiamente non è più un uomo libero*»; nonché quella dell'On. Moro, il quale dichiara che «*si tratta di un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla Costituzione, quello cioè di affermare che non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie, se non vi sia una disposizione legislativa*»; e infine dell'On. Caronia, il quale sostiene: «*abbiamo piuttosto in connessione al terzo comma, voluto affermare che la legge garantisca i rapporti di fiducia tra medico e ammalato, perché ci sembra ciò opportuno per il rispetto alla libertà dell'esercizio professionale ed alla volontà di scelta da parte dell'ammalato*»; «*sul comma terzo non spenderemo molte parole. È ovvia la sua opportunità e crediamo che da tutti esso venga accettato, perché rispondente al sacrosanto principio della libertà e del rispetto della personalità umana*». Il contenuto dei documenti dibattuti si riferisce al verbale della seduta del 24 aprile 1947, reperibile presso il sito *internet* della Camera dei deputati.

Ad illuminare il percorso argomentativo del G.i.p non sarebbe l'accertamento del rispetto delle regole cautelari volte a prevenire un concreto esito offensivo per la salute del paziente entro i confini stabiliti dalla sua volontà, ma le scelte di vita del B., riconducibili alla sua appartenenza religiosa.

L'annullamento del fatto tipico verrebbe sostanzialmente fondato sul venir meno della posizione di garanzia medica a fronte del dissenso esplicito del paziente. Senza obbligo di agire, infatti, la presenza di un nesso di causalità materiale tra omissione anticipata del trattamento salvavita ed evento di lesioni diventa di per sé irrilevante. Tuttavia riteniamo che laddove sussistano spazi di operatività ulteriori rispetto a quelli negati dal rifiuto e questi siano condivisi dal paziente, l'obbligo di agire medico è suscettibile di ri-espansione in direzione e nei limiti dei primi.

Dai fatti si evince che il paziente fu sottoposto ad un primo intervento chirurgico senza ricorrere alle emotrasfusioni e che successivamente, plausibilmente a causa del sanguinamento subito durante l'operazione, andò incontro ad una forte anemizzazione. L'intervento dunque si qualifica come comportamento attivo - e non omissivo, come si potrebbe erroneamente desumere dalla motivazione (basata sull'inadempimento delle trasfusioni) - su cui il giudice avrebbe dovuto concentrare il suo giudizio: a) accertando il nesso di causalità materiale tra intervento chirurgico e anemizzazione postoperatoria; b) verificando che l'intervento chirurgico disposto rientrasse tra le alternative di cura disponibili, migliori e praticabili nel caso di specie (si pensi in generale alle tecniche conservative studiate nell'ambito della c.d. chirurgia *bloodless*, ormai diffusa anche in Italia, sebbene ai primi stadi, e ritenuta molto meno rischiosa degli interventi che prevedono le trasfusioni di sangue; o in alternativa, al possibile tempestivo trasporto presso altra struttura ospedaliera dotata di tecnologie sofisticate per la loro applicazione).

Soddisfatte queste due condizioni, il G.i.p. avrebbe dovuto vagliare l'osservanza delle regole cautelari - intraoperatorie e postoperatorie - previste dal tipo di intervento al fine di individuare, mediante i criteri dello scopo della regola cautelare violata e dell'evitabilità *ex post*, l'origine delle complicanze riscontrate a seguito dell'operazione.

I punti evidenziati però non vengono per nulla affrontati nell'ordinanza *de quo* e quindi non è possibile comprendere il meccanismo di controllo posto alla base dell'atipicità della condotta.

4. Una questione particolarmente controversa di cui il G.i.p. non fa menzione riguarda poi la possibilità di imputare il trattamento arbitrariamente effet-

tuato a titolo di lesioni personali, dolose o colpose.

Ferma restando la permanente assenza nel nostro codice penale di una disposizione che punisca espressamente i trattamenti sanitari arbitrari, l'invocazione di certe norme penali esistenti e suscettibili di applicazione continua ad essere molto refrattaria da parte dei giudici, specie in relazione all'ipotesi di trattamento sanitario salvavita di tipo terapeutico.

Bisogna premettere infatti che negli ultimi anni il bene giuridico salute è andato incontro ad una radicale trasformazione di significato che lo estende al di là del classico binomio integrità fisica-integrità psichica consegnatoci dalla tradizione scientifica e scolpito nella formulazione dell'art. 582 c.p.

Come affermato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, per salute deve intendersi uno «*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non solo assenza di malattia o infermità*». A queste determinazioni devono aggiungersi anche quelle fondamentali della Corte costituzionale, da cui emerge una nozione di salute connessa con quella di libertà personale sul proprio corpo, ai sensi del combinato disposto tra l'art. 32 e l'art. 13 Cost.⁹

Sulla base di queste formulazioni le emotrasfusioni al pari di qualsiasi altro trattamento arbitrario sono suscettibili di ledere l'integrità psichica del paziente.

La questione non è di poco conto, soprattutto se si considera che il percorso della giurisprudenza in materia è piuttosto travagliato e tutto incentrato sulla ricerca di una definizione penalmente rilevante di "malattia" ai sensi dell'art. 582 c.p. Secondo Viganò deve escludersi che le emotrasfusioni possano integrare un atto lesivo dell'integrità fisica e psichica «*nella misura in cui dall'intervento non derivi un peggioramento dello stato di salute del paziente suscettibile di integrare il requisito della 'malattia'*»¹⁰. Inoltre, stando alle recenti sta-

⁹ In proposito, si considerino le seguenti sentenze: n. 471 del 1990, con cui la Corte afferma che «*questa valutazione è altresì adeguata al valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, co. 1, della Costituzione, come libertà, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo*»; n. 438 del 2008, in cui la Corte si esprime nei seguenti termini: «*La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, co. 2, della Costituzione*».

¹⁰ VIGANÒ, *Emotrasfusione nonostante il dissenso del paziente Testimone di Geova: assolti i medici per errore inevitabile della legge penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 maggio 2013, il quale peraltro in sintonia con quanto disposto nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale

tuizioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹, in assenza di una patologia clinica o di un intervento del legislatore *de iure condendo* che avvalorino una concezione soggettiva di malattia, il trattamento eseguito in assenza di consenso nel rispetto delle regole dell'arte medica e seguito da esito fausto non integra mai il delitto di lesioni personali colpose¹².

ritiene che costituisca malattia «qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché non impegnativa delle condizioni organiche generali».

¹¹ Cass., Sez. un., 21 gennaio 2009, Giulini, in *Cass. pen.*, 2009, 1803 ss., con nota di VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*.

¹² L'adozione di una nozione funzionalistica di malattia è emersa per la prima volta con la sentenza Cass., Sez. IV, 14 novembre 1996, Franciolini, in *Cass. pen.*, 1998, 481, in cui la Cassazione ha affermato che «il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che può essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni, oppure la morte. Ne deriva che non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche, a cui non si accompagni una riduzione apprezzabile delle funzionalità». Per la dottrina vedi MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, p. 1287, il quale afferma che solo in caso di condotta medica imperita si configurerebbe una responsabilità a titolo di colpa, poiché eliminando mentalmente la condotta medica il pregiudizio per la salute non si sarebbe prodotto; critico nei confronti di questa posizione FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario: responsabilità civile e penale, consenso informato, colpa e nesso causale, casistica e giurisprudenza*, Torino, 2008, p. 161, il quale invece asserisce che «vi possono essere infatti dei casi ove il trattamento medico, ancorché diligente, può determinare, o anche accelerare, il peggioramento dello stato di salute del paziente. In tali ipotesi cadrebbe l'obiezione del difetto del nesso causale tra l'atto medico e l'esito infausto, e quindi di tipicità della condotta: sarebbe infatti dimostrabile l'esatto contrario, e cioè che eliminando mentalmente l'atto medico perito l'evento non si sarebbe verificato». Completamente diverso il caso in cui il trattamento arbitrario perito non abbia avuto alcuna incidenza causale negativa sull'esito infausto prodottosi; si vedano inoltre le posizioni di VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., p. 93 ss., il quale distingue tra trattamento sanitario arbitrario che abbia aggravato il rischio originario e quello che lo abbia lasciato inalterato. Egli afferma: «nei casi in cui la pregressa malattia [...] non solo non guarisca, ma conduca alla morte il paziente, non pare possibile [...] imputare al medico un fatto colposo di omicidio, per colpa consistita nel non aver fornito per negligenza le informazioni del caso, o comunque nell'aver agito senza un previo valido consenso. Di fatto, invero, quel trattamento - sia pure arbitrario - non ha in alcun modo alterato in negativo la situazione di rischio in cui versava il paziente. Anzi: poiché si ipotizza il pieno rispetto delle *leges artis* - sia nella scelta, che nell'esecuzione del trattamento - manca in radice una condotta colposa tipica, che si modella tenuto conto della prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Non si vede, infatti, come possa incidere su tale giudizio di prevedibilità ed evitabilità, la violazione del dovere di informazione. [...] ben diverse paiono, invece, le ipotesi di esito infausto che rappresenti la concretizzazione del rischio insito in quel tipo di trattamento [...]». Secondo l'autore in quest'ultimo ordine di ipotesi, «sembra corretto pervenire ad un'affermazione di responsabilità a titolo di colpa del medico che abbia agito senza il consenso, ex art. 589 oppure ex art. 590 c.p., a seconda del tipo di risultato lesivo»; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo II, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Marinucci, Dolcini, III, Padova, 2003, pp. 306 ss.; con accenti differenti GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 405 ss., il quale distingue due tipi di trattamento sanitario arbitrario: quello in cui la mancanza di consenso sia da imputare a colpa e quello in cui sia frutto di una decisione deliberata del me-

Nella vicenda da noi analizzata le emotrasfusioni furono praticate in ritardo da parte dei medici, successivamente al primo intervento “senza sangue”. Pertanto esse non ebbero alcuna incidenza causale rispetto alla successiva amputazione della mano del paziente; determinarono però la sua sopravvivenza, traducendosi in un atto di coercizione a vivere in contrasto con la propria fede religiosa.

Soltanto ove il B. avesse provato in giudizio il peggioramento delle proprie condizioni di vita in considerazione di quanto descritto si sarebbe potuta configurare in capo ai medici una responsabilità per lesioni personali, rimettendone al giudice il suo apprezzamento in termini di tipicità oggettiva e soggettiva.

Il “merito” di questa paradigmatica ipotesi è pertanto quello di sottolineare l'inadeguatezza dello schema di accertamento ordinario della colpa per il trattamento sanitario effettuato contro il rifiuto del paziente: da un lato infatti vi potrà essere il pieno rispetto delle *leges artis* durante il trattamento – che di per sé presuppone la volontà da parte del medico di apportare un beneficio alla salute del paziente¹³ –; dall'altro le lesioni riconducibili ad una operazione non consentita rappresentano un elemento che come tale è oggettivamente idoneo a ripercuotersi sulla vita quotidiana del singolo e sulle sue scelte personali.

dico: nell'ambito del primo egli enuncia due possibili cause ed afferma che nel caso di imperizia «opererà il disposto dell'art. 2236 c.c., che, per un orientamento largamente condiviso, limita anche ai fini penali la responsabilità del professionista alle sole ipotesi di colpa grave, quando la prestazione professionale richiede la soluzione di problemi di notevole complessità. La precisazione ha una sua importanza, soprattutto in relazione all'ipotesi in cui l'inadeguatezza dell'informazione medica dipenda a sua volta da un errore medico, dato che, quando si verifica in questa prima fase della sua attività, l'imperizia del medico può condizionare la valutazione complessiva dei rischi e lo sviluppo dell'intero processo terapeutico [...]; in fondo, quand'è involontaria, l'imperizia informazione del paziente non è che l'altra faccia (o, se si preferisce, la conseguenza) dell'errore diagnostico». Nel caso di negligenza, invece, essa «potrà fondare una responsabilità colposa per l'esito avverso nella misura in cui le *leges artis*, che governano il prosieguo dell'attività terapeutica, si limitino a ridurre i fattori di rischio in essa insiti [...] In breve: il dovere di diligenza violato in sede di informazione mira ad evitare l'insuccesso terapeutico non in sé considerato, ma quale effetto della successiva adozione di ulteriori regole cautelari per così dire ordinarie, in quanto intese semplicemente a bilanciare i rischi dell'attività pericolosa socialmente utile con l'interesse al suo svolgimento». Nell'ipotesi di decisione deliberata del medico di non acquisire il consenso, secondo l'autore «il titolo di responsabilità del medico dipenderà dall'atteggiamento che, rispetto all'evento pregiudizievole, egli ha assunto nel prosieguo del trattamento terapeutico».

¹³ Alla tesi dell'intrinseca liceità dell'attività medica, in assenza di violazione degli obblighi di cautela previsti aderiscono Cass., Sez. IV, 9 marzo 2001, Barese, in *Cass. pen.*, 2002, 517 ss; nonché Cass., Sez. I, 29 maggio 2002, Volterrani, in *Cass. pen.*, 2003, 1945 ss. in cui la Corte soltanto nel caso di espresso rifiuto del paziente ravvisa gli estremi per l'ipotetica rilevanza penale del trattamento praticato, in particolare sotto forma del delitto di violenza privata previsto dall'art. 610 c.p.

D'altro canto però non intendiamo nemmeno aderire a quella parte della dottrina che imputerebbe a titolo di dolo la condotta arbitraria adottata. Secondo Viganò ogni intervento chirurgico arbitrario costituisce un fatto materiale di lesioni personali dolose, poiché se il medico lo effettua significa che vuole produrre una lesione¹⁴. All'interno di questa concezione la mancata acquisizione del consenso rilevarebbe sul piano dell'antigiuridicità del comportamento e non su quello della tipicità. Quindi, se il trattamento è effettuato al di fuori del consenso del paziente, esso sarebbe antigiuridico per difetto della causa di giustificazione di cui all'art. 50 c.p.; e come tale penalmente rilevante ex artt. 582, 583 c.p. Inoltre nell'ipotesi in cui la condotta dolosa base sia integrata dall'evento morte e quest'ultimo sia riconducibile alla violazione di regole cautelari, si configurerebbe una responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale ai sensi dell'art. 584 c.p. Dunque normalmente la presenza del consenso informato escluderebbe l'antigiuridicità della condotta tipica dolosa, salva un'eventuale responsabilità a titolo di colpa nel caso di violazione delle *leges artis*.

La teoria illustrata - a nostro avviso - presta il fianco ad una serie di obiezioni. Quella principale muove dalla considerazione che la componente volitiva non dovrebbe essere inferita dall'assenza di consenso. L'impressione che si ha è quella di una interferenza tra il piano del dolo e quello dell'antigiuridicità della condotta. Per un verso infatti riteniamo che la volontà di produrre una lesione, così come è intesa, sia comune anche al comportamento anticautelare nel momento in cui il soggetto si appresta ad incidere il corpo del paziente.

¹⁴ VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Dir. proc. pen.*, 2004, 150, 190, il quale affermerebbe che «ogni intervento chirurgico - o quanto meno ogni intervento chirurgico che produca immediatamente una apprezzabile anche se transitoria, menomazione funzionale nell'organismo del paziente - cagiona una «malattia» ai sensi delle norme in tema di lesioni personali, indipendentemente dall'esito finale - fausto o infausto - del trattamento stesso: e dunque anche laddove il trattamento [...] si risolva nel complessivo miglioramento della salute del paziente. Come tale, il trattamento chirurgico integra sotto il profilo oggettivo un fatto di lesioni personali, che necessita di essere giustificato sul piano del consenso o dello stato di necessità»; in questa prospettiva in passato si sono collocate Cass., Sez. V, 21 aprile 1992, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, 63 ss.; e Cass., Sez. IV, 11 luglio 2002, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, 2041 ss., con nota di IADECOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in cui la Corte di Cassazione distingue gli atti terapeutici arbitrari dagli atti chirurgici arbitrari, entrambi, se sussistono i presupposti, penalmente rilevanti. Essa però, riprendendo i contenuti espressi nel caso Massimo, afferma che «il delitto di lesioni personali ricorre nel suo profilo oggettivo, poiché qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito «fausto», implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l'elemento oggettivo di detto reato, ledendo l'integrità corporea del soggetto». Nell'ipotesi infatti, la condanna del medico a titolo colposo fu fatta derivare dall'applicazione dell'art. 59, ult. co., c.p.

Per un altro - senza un'opera di ricostruzione della colpa - anche nel caso di violazione delle *leges artis* la condotta del medico è antiggiuridica per assenza di consenso. Il consenso informato è infatti inidoneo a coprire l'esecuzione imperita degli interventi sanitari. Per queste ragioni il difetto di consenso sembrerebbe di per sé insufficiente a fondare un autentico *discrimen* tra dolo e colpa sia sul piano tipico che su quello dell'antigiuridicità della condotta.

5. Ulteriori elementi di criticità dell'ordinanza riguardano le argomentazioni sviluppate dal g.i.p. in tema di tipicità del trattamento sotto il profilo dei delitti di violenza privata e di stato di incapacità procurato mediante violenza. Il delitto di violenza privata è disciplinato dall'art. 610 c.p., ai sensi del quale «*chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni. La pena è aumentata se concorrono le condizioni prevedute dall'art. 339*». Si tratta di una particolare tipologia di reato a forma vincolata posta a presidio della libertà morale del soggetto, intesa come facoltà di autodeterminarsi in base a processi motivazionali autonomi. Per questa sua precipua finalità, oltre all'atto di costrizione del soggetto passivo, essa richiede elementi ulteriori, il cui contenuto è ancora molto controverso, in particolare per quanto riguarda la teorizzazione della nozione di "violenza". In relazione a tale elemento oggettivo del *Tatbestand* e secondo l'indirizzo prevalente, si distinguono due tipi di violenza: una c.d. violenza propria, che si esprimerebbe attraverso una *vis absoluta corpore corpori afflicta*; una c.d. violenza impropria, che consisterebbe in qualsiasi altro mezzo idoneo a produrre l'effetto di coartazione dell'altrui volontà. Tale interpretazione estensiva del concetto di violenza si fonderebbe sul significato che l'art. 613 c.p. gli attribuisce stabilendo una inequivocabile coincidenza tra esso e tutti quegli atti consistenti nel porre un soggetto in stato di incapacità senza il suo consenso, come «*suggestione ipnotica o in veglia, somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti*»¹⁵. Secondo un diverso orientamento, l'impostazione richiamata non può essere accolta, poiché im-

¹⁵ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Speciale*, Padova, 2008, pp. 256, 311 ss. il quale opportunamente distingue la violenza-fine, usata «*con lo scopo immediato di arrecare al paziente quel danno in essa stessa insito*», e la violenza-mezzo, usata per «*incidere sull'altrui volontà, annullandola o coartandola, perché il soggetto faccia, ometta o tolleri qualche cosa*»; ID., voce *Violenza privata*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 930 ss.; *contra*, DE SIMONE, voce *Violenza (diritto penale)*, *ivi*, p. 887, il quale ritiene sia più corretta la distinzione tra "violenza come mezzo o modalità della condotta" e "violenza come mezzo di coercizione in senso stretto" e sostiene che la prospettiva bipartita equivarrebbe a «*riesumare l'antica concezione - risalente al Binding - secondo cui in ogni reato sarebbe insito un momento di coercizione della volontà, considerato dal legislatore nell'astratta determinazione della pena edittale*».

pedisce una considerazione unitaria della violenza¹⁶. L'elemento della violenza deve essere tenuto distinto dall'atto del costringere, conoscendo il codice diverse fattispecie in cui la violenza viene in rilievo come mera modalità della condotta non rivolta alla coartazione dell'altrui volere.

Il rischio, altrimenti, sarebbe quello della trasformazione di un reato a forma vincolata in uno a forma libera, polarizzato sul risultato di coazione della volontà e ravvisato tutte le volte in cui si riscontri un costringimento del soggetto passivo. Una simile lettura critica dell'indirizzo estensivo è tuttavia opinabile. Né risulta fondata quella che individua necessariamente nella contenzione fisica l'unica modalità di estrinsecazione della violenza¹⁷. Un uso polivalente del concetto di violenza emergerebbe implicitamente anche dalla lettura dei lavori preparatori al Codice Rocco in tema di delitti contro la libertà morale. La pena di quattro anni prevista per il delitto di violenza privata (art. 618 del Progetto di Codice penale) è stata oggetto di abbondanti discussioni. Ad esempio di fronte alle critiche della Corte di Appello di Bologna, che aveva trovato la pena notevolmente estesa, l'allora Presidente della Commissione affermò che «*si può rispondere che è necessaria per adeguare la pena alla infinita varietà di ipotesi che possono presentarsi in pratica. [...] La Corte di Appello di Napoli vorrebbe riprodotta l'aggravante del conseguimento del fine. [...] Si può rispondere che il momento consumativo del reato è quello di costringere, non di usare violenza per costringere (art. 154 Cod. vigente)*»¹⁸.

Nelle intenzioni del legislatore del Trenta, l'elemento tipico della violenza richiesto dall'art. 610 c.p., avrebbe avuto la precipua finalità di graduare la pena in concreto applicabile: una scelta questa che non poteva assestarsi sopra una nozione univoca di violenza, mentre era perfettamente in linea con "l'infinita varietà di ipotesi che possono presentarsi in pratica". È anche vero però che nel caso in cui l'assunzione di sostanze incapacitanti sia procurata mediante violenza in senso proprio, il Presidente prospetterebbe l'applicazio-

¹⁶ Per una esauriente illustrazione dei differenti significati assunti dal concetto di violenza all'interno del codice penale si veda, DE SIMONE, voce *Violenza*, cit., p. 883, 887 ss. La nozione unitaria impiegata dalla giurisprudenza e dottrina prevalenti tenderebbe a ravvisare nella violenza sempre e comunque un strumento di coercizione, affermando in particolare che «*in tutti i casi in cui è prevista come elemento costitutivo o circostanza aggravante, la violenza è tipizzata in quella forma che assume nel delitto di violenza privata*».

¹⁷ Di questo avviso sono invece VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 165 ss; TORDINI, CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1067.

¹⁸ Così APPIANI, in *Ministero della giustizia e degli affari di culto, Verbali delle sedute della commissione*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, 1929, IV, 4, p. 109.

ne del delitto di violenza privata¹⁹. Questa soluzione potrebbe in effetti far propendere per l'identificazione della violenza di cui all'art. 610 c.p. con un atto di tipo fisico esplicato sul soggetto passivo. Noi però riteniamo che in tal caso l'assorbimento del delitto di cui all'art. 613 (art. 621 del Progetto) nella fattispecie della violenza privata sia essenzialmente dovuto alla realizzazione di un atto di costrizione della vittima, finalizzato a tollerarne la messa in stato di incapacità; e non tanto al mezzo di violenza utilizzato dal soggetto attivo. L'elemento discretivo della differenza tra l'art. 610 e l'art. 613 c.p. non risiederebbe dunque nella tipicità dei mezzi adoperati, ma nel contrasto con la volontà del soggetto, che nel secondo articolo è decisamente deficitario, rilevando come “mera mancanza, mancata acquisizione di consenso”²⁰. Nemmeno il recente orientamento delle Sezioni unite nella sentenza del 18 dicembre 2008, n. 2437 sembrerebbe avallare soluzioni di tipo “restrittivo” nell'interpretazione della violenza, diversamente da quanto sostenuto dal G.i.p. del Tribunale di Torino in questa ordinanza. Riprendendo le parole della Corte *«al riguardo, va rammentato, anzitutto che la giurisprudenza di questa Corte ha più volte avuto modo di puntualizzare che, ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica propria, [...] o di violenza impropria»*; *«la violenza è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare, 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 violazione ed evento di “costrizione a tollerare” rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto cui all'art. 610 cod. pen.»*.

¹⁹ APPIANI, in *Ministero della giustizia e degli affari di culto, Verbali delle sedute della commissione*, cit., p. 111, in cui lo stesso alla domanda del commissario Carinci *«se non debba aggravarsi il fatto quando la suggestione ipnotica o l'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti siano stati procurati mediante violenza o minaccia»*, risponde che *«se lo stato di incapacità sia stato procurato mediante violenza, si applicherà l'articolo 618»*.

²⁰ Sul punto si veda *Ministero della giustizia e degli affari di culto, Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, VI, p. 362, dove alla critica del deputato Foschini sull'assente indicazione dello “scopo” del reato di cui all'art. 613 (art. 621 del Progetto), il Consigliere di Cassazione Aloisi risponde: *«nel reato-base lo scopo è indifferente; il difetto di consenso del soggetto passivo basta perché si abbia una violazione dell'altrui libertà morale»*.

Con riferimento poi all'elemento della costrizione richiesto dalla fattispecie considerata, essa ancora afferma che «*il concetto di costrizione, postula, infatti, il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta dell'agente e per conseguenza di essa è indotta a fare, tollerare, od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà. Nei confronti del paziente anestetizzato pleno iure, perché nel quadro di un concordato intervento terapeutico, il chirurgo che si discosti da quell'intervento e ne pratichi un altro potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di "incapacitazione" del paziente, ma non certo di "costrizione" della sua volontà, proprio perché nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell'essere umano, verso (e, dunque, per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva*». La pronuncia è molto significativa poiché contribuisce alla qualificazione del concetto di violenza come elemento autonomo dalla costrizione e allo stesso tempo dipendente dal contesto situazionale di riferimento. A questa impostazione segue che nell'ipotesi in cui una persona sia sottoposta a trattamento arbitrario senza soluzione di continuità rispetto a quello previamente concordato ed eseguito, affinché possa ritenersi soddisfatta la fattispecie *de qua*, occorrono due elementi, alternativi tra loro: 1) la violenza fisica esplicita sul corpo del paziente; 2) l'esecuzione dell'operazione sotto anestesia (violenza) con la consapevolezza attuale di un precedente rifiuto finalizzato al suo impedimento (dolo di costrizione)²¹. Nella vicenda oggetto del giudizio di legittimità, i presupposti sembrano mancare entrambi, non essendo dato riscontrare né una violenza fisica, né un precedente dissenso.

Ciò considerato, la limitazione dello schema delittuoso di cui all'art. 610 c.p. alle circoscritte ipotesi in cui il paziente Testimone di Geova sia costretto a tollerare l'emotrasfusione mediante *contenzione fisica*, si presta ad una serie di rilievi critici, primo tra tutti l'assoluta irrilevanza attribuita alla condotta di chi, di fronte a dissenso esplicito, si ritenga ancora investito di una posizione di garanzia ex art. 40 c.p.; nonché l'indebita eguaglianza che si viene a creare tra un soggetto capace e dissenziente ed uno incapace di fornire il proprio

²¹ In tale senso non condividiamo le affermazioni di MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, 476 quando afferma che «*poiché non può negarsi come, nell'eseguire un intervento non consentito, il medico espliciti energia fisica sul corpo del malato, in tal modo ponendo in essere una condotta certamente violenta, integrante una vis assoluta, corpore corporis afflicta, dinanzi alla quale il paziente non può opporre resistenza alcuna, ne discende che il trattamento arbitrario configuri un'ipotesi di costrizione violenta del paziente, a soggiacere ad un'azione non voluta*».

consenso.

Nel caso di soggetto che rifiuti espressamente le emotrasfusioni praticate in un secondo momento sotto anestesia, sembra possibile identificare senza difficoltà sia l'elemento della violenza, attuata mediante somministrazione, anche precedente, di farmaci narcotizzanti²²; sia quello della costrizione sorretta dalla consapevolezza in capo ai medici del contrasto attuale tra la sua volontà e il trattamento sanitario *quoad vitam* necessario (il B. ribadì l'opposizione alle trasfusioni anche poco prima di essere addormentato per l'esecuzione della "tac", evidentemente preoccupato che potessero essergli effettuate durante tale attività)²³.

Senza esplicito dissenso al trattamento, infatti, la provocazione di uno stato di incoscienza in sé non assume alcun rilievo e non diventa un "mezzo violento" per "costringere" nei termini richiesti dall'art. 610 c.p.²⁴.

Più problematica la fattispecie di cui all'art. 613 c.p., rubricata «*Stato di incapacità procurato mediante violenza*», che consiste nel fatto di «*chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di so-*

²² Così anche VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 163, il quale afferma che «*ci sono ottimi argomenti per sostenere che, nel nostro ordinamento, la causazione di uno stato di incapacità, comunque realizzata, possa essere qualificata come condotta violenta; e ciò anche se, come di regola avviene, nei casi all'esame, il paziente abbia preventivamente consentito a tale condotta*».

²³ Diversamente CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415 s., il quale opportunamente distingue tra trattamenti arbitrari coatti e trattamenti arbitrari divergenti ma, pur con qualche dubbio, limiterebbe l'applicabilità dell'art. 610 c.p. alle sole ipotesi in cui «*la stessa somministrazione dell'anestesia sia praticata contro la volontà del paziente*»; nello stesso senso MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. pen.*, 1993, 65, che peraltro nel caso di produzione di un esito infausto sosterebbe l'applicabilità dello schema previsto dall'art. 586 c.p., senza chiarire i requisiti di imputazione dell'evento ulteriore alla violazione del diritto di autodeterminazione del paziente. Mentre nell'ipotesi di semplice assenza di consenso, il trattamento medico arbitrario resterebbe del tutto impunito.

²⁴ VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 164, laddove afferma che vi sono «*differenti ragioni di carattere linguistico ad imporre una diversa soluzione interpretativa, che consideri implicito nel concetto di "costrizione" il dissenso reale, e non solo presunto della vittima. Non che sia indispensabile, beninteso, una attiva opposizione, una resistenza della vittima. [...] Nei confronti di chi dorme, o sia altrimenti incosciente, potrà parlarsi di "abuso", di "approfittamento" o anche di contrasto con la sua ipotetica volontà [...]: ma non, per l'appunto di autentica "costrizione"*». Si veda anche GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *La Scuola positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale*, 1914, p. 783, 878 s., il quale, nell'ipotesi di trattamento sanitario arbitrario, afferma «*l'estremo della violenza si avrebbe nel fatto della cloroformizzazione, in quanto il consenso a questa non sarebbe più valido, perché dato per rendere possibile una operazione diversa da quella progettata dal medico*». Peraltro l'autore esclude l'applicabilità dell'art. 154 del Codice Zanardelli nel caso di trattamento sanitario arbitrario giustificato dal pericolo grave ed imminente per la vita del paziente e afferma che «*si può compiere il trattamento medico chirurgico, nonostante manchi il consenso, ovvero nonostante che questo sia invalido, e perfino nonostante che il paziente opponga un divieto e questo, magari, cerchi di far valere ricorrendo alla resistenza*».

stanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona senza il consenso di lei, in stato di incapacità di intendere e di volere». Il nodo da sciogliere concerne essenzialmente la validità del consenso prestato dal paziente per l'anestesia qualora questa funga da condizione di approfittamento per l'esecuzione del trattamento progettato dal medico. Ai sensi del co. 2 della disposizione, il presupposto negativo della mancanza di consenso ricorre sia nel caso di mancata prestazione di alcun consenso, né espresso, né tacito, sia nel caso di consenso invalido perché fornito: a) da soggetto minore degli anni 18; b) da persona inferma di mente o in condizione di deficienza psichica per altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; c) da persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno; d) per errore del titolare del diritto di autodeterminazione.

Nell'ordinanza in commento il G.i.p. perviene all'esclusione della fattispecie descritta per difetto di prove in ordine all'elemento dell'inganno. A nostro avviso però la soluzione non può essere condivisa perché presuppone l'assenza del reato unicamente per difetto dell'inganno. Sembrerebbe invece corretto escludere l'applicazione dell'art. 613 c.p. perché del tutto estraneo rispetto al caso esaminato. Quel che emerge dall'analisi del secondo comma è un legame molto stretto tra mancanza di consenso e stato di incapacità. Nell'ipotesi di cui alla lett. c) il consenso viene carpito con l'inganno, dunque è invalido. L'inganno è però finalizzato unicamente alla messa in stato di incapacità e non ad un evento ulteriore. Il soggetto passivo non sa che verrà messo in stato di incapacità perché è stato ingannato dall'agente. Nella vicenda da noi analizzata, invece, i medici fornirono al paziente una rappresentazione piena dell'evento-stato di incapacità conseguente alla narcotizzazione. L'errore in cui è indotto il B. non concerne dunque il suo stato di incapacità, ma lo scopo dell'operazione consensuale. Concludendo, non si può convenire con quella parte della dottrina che prospetta l'applicazione dell'art. 613 c.p. all'ipotesi in cui il consenso ad essere anestetizzato abbia come finalità il trattamento sanitario arbitrario²⁵; mentre, nel diverso caso in cui sussista il contrasto con la volontà precedentemente manifestata dal paziente, sarà certamente configurabile il delitto di violenza privata ex art. 610 c.p.²⁶.

²⁵ MANNA, *Trattamento sanitario*, cit., p. 475.

²⁶ In questo senso VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 166, il quale efficacemente sostiene che nell'ipotesi di trattamento sanitario arbitrario a seguito di anestesia «l'errore nel quale il paziente versa, o viene indotto, è un errore sui motivi che lo inducono ad acconsentire all'anestesia: un errore cioè sulla portata dell'atto operatorio cui l'anestesia è funzionale, e che non pare poter di per sé invalidare il consenso

6. L'ultima questione affrontata dal G.i.p. riguarda il complicato tema della rimproverabilità del fatto tipico, risolta nel senso della scusabilità del comportamento medico per errore inevitabile sulla legge penale dovuto al parere di diritto erroneo del p.m.

Per quanto concerne la distinzione tra ignoranza inevitabile-scusabile ed ignoranza evitabile-inescusabile, la Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988 si è limitata a fornire alcune linee-guida. Secondo la Consulta, l'inevitabilità deve essere misurata in base o a criteri oggettivi puri (si pensi ad esempio all'assoluta oscurità del testo legislativo, all'atteggiamento interpretativo caotico degli organi giudiziari); o a criteri misti, riguardanti situazioni del tutto particolari in cui si è formato l'intento criminoso (per esempio le assicurazioni erronee provenienti da soggetti istituzionalmente preposti a giudicare sui fatti; o le precedenti assoluzioni dell'agente per lo stesso fatto), tali in ogni caso da condurre ad una generalizzazione dell'errore e non ricavabili dalle caratteristiche personali dell'agente.

Deve cioè potersi affermare che qualunque consociato, posto nelle medesime condizioni dell'agente, avrebbe agito come quest'ultimo. In tutte le ipotesi descritte, affinché possa operare il paradigma dell'ignoranza incolpevole occorre accertare che il soggetto agente abbia compiuto quanto effettivamente in suo potere, ovvero da lui esigibile per conoscere la legge penale.

Venendo al problema dell'erroneità del parere trasmesso dalla fonte interpellata, parte della giurisprudenza ha ritenuto scusabile l'*error iuris* riconducibile ad un fatto positivo altrui, come quello rappresentato dal parere espresso da organi competenti che determini nell'agente il ragionevole convincimento della liceità del suo comportamento²⁷. Tale forma di ignoranza è nota altresì come *ignoranza qualificata*.

Nel caso da noi esaminato si ritiene che le questioni centrali da risolvere siano essenzialmente due: il valore giuridico dei pareri con cui le procure o i singoli sostituti indirizzano l'attività dei medici nei casi di rifiuto delle terapie salvavita; l'esistenza dell'*ignorantia legis* nell'ipotesi di trattamento sanitario praticato contro il rifiuto del paziente.

all'anestesia in quanto tale».

²⁷ PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Dir. proc. pen.*, 1988, 952, il quale, nel caso di errore commesso dalla fonte, ritiene che «l'errore è inevitabile perché il criterio dell'*homo eiusdem (...)* esclude - almeno di regola - che si potesse tener conto del fattore causale (l'impreparazione professionale) emerso ex post, e conseguentemente individuare altri ipotetici ed alternativi comportamenti impeditivi che non sono stati tenuti dal soggetto».

Sotto il primo aspetto, si tratta di condotte più che opinabili sotto un profilo di legittimità²⁸, poiché tenute da magistrati inquirenti che in quanto tali sono preposti dalla legge all'esercizio dell'azione penale. Proprio per questa loro particolare funzione istituzionale, non possono essere equiparati ad un consulente legale esperto in materia di responsabilità medica e la loro interpretazione delle norme potrebbe risultare parziale, influenzata da prese di posizioni personali, specie in relazione ad un tema tanto delicato e solo di recente approfondito sotto l'aspetto costituzionale come quello esaminato.

Alla tesi dell'invalidità del parere emesso dal pubblico ministero contribuisce anche un altro elemento: la natura pubblicistica dell'azione attribuitagli dalla legge, come fattore condizionante la legittima persecuzione dei reati²⁹. Nel nostro ordinamento la salute viene in rilievo come diritto individuale che, anche se interferente con l'interesse sociale, non può legittimare trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. Il diritto di autodeterminazione in ordine alla propria salute implica infatti sia la li-

²⁸ Nel senso dell'illegittimità del parere del pubblico ministero si è espressa anche la sentenza n. 665 del 2003 della Corte d'Appello di Trieste, con cui la Corte ha negato validità all'intervento autorizzativo del pubblico ministero, definendolo «*inammissibile perché al di là di ogni potere che la legge conferisce all'organo inquirente*». Per un efficace riepilogo giurisprudenziale in tema di emotrasfusione praticata su paziente testimone di Geova si vedano anche i commenti di SANTOSUOSSO, *Le parole e le cose: a proposito di «violenza etica» su un paziente*, in *Di una triste trasfusione ematica a Milano*, in *Bioetica*, 2000, p. 454 ss.; nella stessa rivista anche BARNI, *Sopraffazione e morte di un uomo per violenza terapeutica*, *ivi*, p. 461 ss., il quale, riferendosi al caso commentato, afferma «*anche il ricorso preliminare, assolutamente deprecabile e professionalmente indegno dei medici raggelati dal dubbio, ai Procuratori della Repubblica competenti per territorio, onde trarne conforto o addirittura autorizzazione per trasfusioni di soggetti ormai non competenti (a parte il caso di «minori»), espressivo di un penoso trend di medicina difensiva, sembrava rarefarsi anche per l'avvento di sempre più chiare direttive specialistiche*».

²⁹ Sul punto vengono in rilievo le statuizioni della decisione del 3 aprile 1997, De Vivo ed altri, in *Cass. pen.*, 1998, 952 ss., con nota di LADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue «salvavita» rifiutata dal malato)*, in cui tre medici vengono assolti dall'accusa di omicidio doloso conseguente a mancata trasfusione di un paziente Testimone di Geova. La Pretura circondariale di Roma ha affermato che «*il principio informatore in materia di trattamenti sanitari obbligatori si rinviene nell'art. 32, co. 2, Cost. dove è stabilita un'espressa ed insuperabile riserva di legge per cui qualunque trattamento sanitario deve essere di norma preceduto dal consenso del paziente ed un eventuale dissenso è superabile solo laddove un'espressa norma di legge lo consenta, prevedendo in quel caso la possibilità, rectius, il dovere di intervenire coattivamente. Ed invero molteplici sono gli esempi che si possono ricordare: le vaccinazioni obbligatorie contro determinate malattie infettive; il trattamento sanitario obbligatorio per i malati di mente in condizioni di pericolosità [...] Trattasi evidentemente di esempi [...] nell'ambito dei quali è ravvisabile un interesse di natura pubblicistica, prevalente rispetto al diritto della persona di rifiutare interventi invasivi sul proprio essere corporeo. Viceversa, nel caso di specie non si rinviene alcuna norma che avesse potuto imporre il trattamento emotrasfusionale coattivamente tant'è che il Procuratore della Repubblica, pur interpellato, non ha potuto adottare nessun provvedimento autorizzatorio od impositivo del trattamento sanitario proprio perché non gli era consentito da alcuna norma di legge*».

bertà di scelta delle cure messe a disposizione dalla scienza, attraverso il principio del consenso informato, sia la libertà di non sceglierne nessuna, mediante il principio del dissenso informato. Il rifiuto delle terapie salvavita viene percepito dai medici come una scelta di morte da parte del paziente e il ricorso preventivo al Procuratore della Repubblica diventa un meccanismo attraverso il quale tutelarsi da possibili incriminazioni.

Ecco dunque che il giurista è posto di fronte ad un delicato compito: quello di riconsiderare i margini di scusabilità dell'errore di diritto commesso dal soggetto agente nonostante l'adempimento degli obblighi informativi. Questo è il secondo problema che, in assenza di una legge in materia di consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e fine vita, necessita di una soluzione. Come affermato in dottrina, la spersonalizzazione dell'errore operata mediante la selezione dei casi suscettibili di escludere la colpevolezza dell'agente, deve essere compensata con le particolari conoscenze ed abilità da questi possedute e che da un punto di vista astratto gli avrebbero sicuramente permesso di cogliere l'esatto significato della legge³⁰. La proliferazione di direttive specialistiche sempre più chiare in materia di consenso informato, non solo a livello legislativo ma anche deontologico, rende il medico perfettamente in grado di orientarsi e comprendere i limiti del proprio agire³¹. Lungi dal

³⁰ MANTOVANI, Ignorantia legis *scusabile ed inexcusabile*, in *Dir. proc. pen.*, 1990, 391; il tema della colpa dell'agente in relazione alla richiesta di informazioni qualificate, poi risultate erronee, è trattato da CALABRIA, Ignorantia legis e *parere erroneo del consulente legale*, in *Dir. proc. pen.*, 1992, 159 ss.

³¹ Tra le fonti nazionali vengono in rilievo per esempio: l'art. 2 della legge 26 giugno 1967, n. 458, il quale dispone in deroga al divieto di cui all'art. 5 c.c. che «*la donazione di un rene può essere autorizzata, a condizione che il donatore abbia raggiunto la maggiore età, sia in possesso della capacità di intendere e di volere, sia a conoscenza dei limiti della terapia del trapianto del rene tra viventi e sia consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta*»; l'art. 33 della legge 13 maggio 1978, n. 180 afferma che «*gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori [...] devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato*» (analogamente dispone l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 sul Servizio Sanitario Nazionale); l'art. 3 della legge 4 maggio, n. 107 sulle trasfusioni di sangue disciplina che «*per donazione di sangue e di emocomponenti si intende l'offerta gratuita di sangue intero o plasma, o piastrine, o leucociti, previo il consenso informato e la verifica della idoneità fisica del donatore*»; «*il prelievo di sangue intero o plasma viene eseguito su persone consenzienti di età non inferiore a diciotto anni. Il prelievo di piastrine e leucociti [...] possono essere eseguiti anche su soggetti di età inferiore a diciotto anni, previo il consenso degli esercenti la potestà dei genitori, o del tutore o del giudice tutelare*»; l'art. 5 della legge 5 giugno 1990, n. 135 afferma che «*nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse*»; gli artt. 19, 28 del D.M. 15 gennaio 1991, rispettivamente dispongono che «*la trasfusione di sangue, di emocomponenti e di*

emoderivati costituisce una pratica terapeutica non esente da rischi; necessita pertanto del consenso informato del ricevente»; «la plasmateresi può essere fatta solo su donatore consenziente, che sia stato preventivamente ed adeguatamente informato»; ancora, in materia di sperimentazioni cliniche, l'art. 3 del D.L. 17 febbraio 1998, n. 23 sancisce che *«in singoli casi il medico può, sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, impiegare un medicinale prodotto industrialmente per una indicazione o una via di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata [...], qualora il medico stesso abbia ritenuto o ritenga, sulla base di elementi obiettivi, che il paziente non potesse o non possa essere utilmente trattato con medicinali già autorizzati per quella determinata patologia da trattare e purché il paziente renda per iscritto il proprio consenso, dal quale risulti di essere stato adeguatamente informato circa l'assenza, allo stato, di risultati scientifici dimostrativi dell'efficacia dei medicinali impiegati»;* l'art. 1, co. 1, lett. b), in tema di erogazione gratuita di medicinali antitumorali in corso di sperimentazione clinica in attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 1998, afferma che *«il medico attesta, sotto la propria responsabilità e sulla base di elementi obiettivi, che non esistono valide alternative terapeutiche tramite l'impiego di medicinali o trattamenti già autorizzati per tale patologia e richiede, con il consenso informato del paziente, l'accesso al multitrattamento Di Bella (MDB)»;* nonché gli artt. 3, 4, 5 del D.L. 24 giugno 2003, n. 211, volti ad assicurare la tutela dei soggetti della sperimentazione clinica anche sotto il profilo della prestazione del consenso informato; gli artt. 4 e 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita, rispettivamente dedicati all'inclusione del consenso informato tra i requisiti di accesso alle tecniche e alle modalità di prestazione dello stesso; la legge 21 ottobre 2005, n. 219. Tra le disposizioni del Codice di deontologia medica del 1998, ricordiamo gli artt. 32 e 34 del Capo IV, dedicato appunto a *«informazione e consenso»*, i quali rispettivamente affermavano che *«il medico non deve intraprendere attività diagnostica e, o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente. [...] In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e, o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, ove non ricorrano le condizioni di cui al successivo art. 78»*, ovvero quelle previste per l'attivazione di un trattamento sanitario obbligatorio; *«il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso»*. Le disposizioni dell'art. 32 sono state sostanzialmente riprodotte nell'art. 35 del Codice di deontologia medica del 2006. Mentre quelle dell'art. 34 sono state rafforzate mediante il nuovo art. 38. Quest'ultimo afferma che *«il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato»*. Da ultimo si segnala l'art. 51, il quale oppone dei limiti ben precisi all'obbligo di agire medico anche nel caso di trattamenti sanitari obbligatori laddove afferma che *«in caso di trattamento sanitario obbligatorio il medico non deve richiedere o porre in essere misure coattive, salvo i casi di effettiva necessità, nel rispetto della dignità della persona e nei limiti previsti dalla legge»;* e l'art. 53 che nel caso di rifiuto consapevole di nutrirsi, afferma un obbligo di informazione in capo al medico delle conseguenze del digiuno sulla salute e che comunque il medico *«non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutri-*

pretendere di risolvere in così poche righe una problematica di tali dimensioni, ci limitiamo sostanzialmente ad osservare che, in relazione al caso in questione, la decisione dei medici di ricorrere ad un parere di tipo specialistico, nonostante il dissenso esplicito del B. documentato più volte nella cartella clinica, non è lontana dall'apparire superflua, e data la particolarità della fonte consultata, assume tutte le sembianze di un c.d. meccanismo di *medicina difensiva*.

JESSICA DE LILLO

zione artificiale [...]», pur continuando ad assistere il paziente.