

diritto nella teoria del reato, 1976; (88) PULLIANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, 2012, 35; (89) RICCARDI, *Concezione realistica e reati societari: "bartoloni" di offensività?*, RTDPE 1999, 641; (90) RICCARDI, *I "confini mobili" del principio di offensività*, IP 1999, 711, 720; (91) RICCARDI, *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de iure condendo*, IP 2001, 3, 1113; (92) RISCATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, 2001; (93) SCRUGLI, *Art. 49 co. 2 c.p.: la clausola generale di non punibilità*, RP 2004, 996; (94) SELLAROLI, *Agente provocatore e reato impossibile*, *Open* 1960, II, 102; (95) SERIANNI, *Reato impossibile e reato putativo*, EGT, XXXVI, 1991, (96) STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti ingiuriosi conformi al tipo*, RIDPP 1973, 3; (97) SVARATI, *Il reato di falso e il principio di offensività in una recente pronuncia della Cassazione*, CP 1995, 922; (98) VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, 1952; (99) VANNINI, *Il reato impossibile*, in *Scritti Manzini*, 1954, 479; (100) VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti Pioletti*, 1982, 615; (101) VASSALLI, *Quasi reato*, EDD, XXXVIII, 1987, 35; (102) ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti tra tassatività del fatto tipico e lesività*, in VASSALLI (a cura di), *Problemi generati di diritto penale*, 1982, 417; (103) ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, 1984, 1689; (104) ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *DOLCINI, PALIERO (a cura di), Studi in onore di G. Marinucci*, I, 2006, 791.

50. Consenso dell'avente diritto

[1] Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, con consenso della persona che può validamente disporre.

SOMMARIO: I. Natura e fondamento dell'esimente - II. I confini di applicabilità dell'esimente - III. La disponibilità del diritto lesso: vita e integrità fisica - IV. (Segue) altri diritti - V. I requisiti del consenso - VI. Consenso e reati colposi - VII. Consenso putativo e consenso presunto - VIII. Il trattamento medico e la sua "giustificazione": a) premesse - IX. (Segue) A) la "tipicità" del trattamento: i) lesioni personali e omicidio - X. (Segue) ii) delitti contro la libertà - XI. (Segue) B) la "giustificazione" del trattamento: i) considerazioni generali - XII. (Segue) ii) il consenso del paziente incapace - XIII. (Segue) iii) il consenso del legale rappresentante del paziente incapace - XIV. (Segue) iv) il trattamento delle infermità mentali - XV. (Segue) v) le situazioni di urgenza terapeutica - XVI. (Segue) vi) il dissenso del paziente e pericolo imminente di morte o di grave danno alla salute - XVII. (Segue) vii) i trattamenti sperimentali - XVIII. Attività sportiva - XIX. Casistica.

I. Natura e fondamento dell'esimente

1 Secondo un'impostazione consolidata nella dottrina italiana, la norma configura una causa di giustificazione, che costituisce un'ipotesi particolare riconducibile al paradigma generale dell'esercizio di una facoltà legittima ex art. 51 [per tutti, GROSSO (15), 6 e MARINI (23), 402]. Dal consenso-causa di giustificazione deve distinguersi il consenso

che esclude la stessa configurabilità di un fatto conforme al modello di una norma incriminatrice (su cui cfr. *infra*, 8).

2 Una diversa impostazione, non priva di autorevoli precedenti anche nel nostro Paese [VANNINI, PICG, 170] e oggi ampiamente diffusa nella dottrina tedesca [ROXIN (34), 126; per un quadro riassuntivo, cfr. ALBERGIANI (1), 29; TORRINI CAGLI (37), 194], nega invece in radice la possibilità di distinguere tra consenso-causa di giustificazione e consenso escludente il fatto, affermando che - in tutte le ipotesi in cui l'ordinamento ricollega al consenso della vittima l'effetto di escludere la punibilità - sarebbe sempre esclusa la tipicità del fatto ai sensi della corrispondente norma incriminatrice [TORRINI CAGLI (37), 294]. Laddove infatti unico oggetto della tutela penale sia un diritto individuale, il consenso del suo titolare alla lesione del bene ad opera di terzi farebbe venir meno ogni ragione di tutela, tale consenso risolvendosi in un atto di esercizio del diritto medesimo. I casi normativamente previsti di inefficacia del consenso alla lesione di taluni beni individuali, come la vita e l'integrità fisica, sarebbero d'altra parte spiegabili in considerazione della natura in realtà sovraindividuale di tali beni, che l'ordinamento tutelerebbe non tanto nell'interesse del soggetto, quanto nel superiore interesse della collettività.

3

A quest'ultima impostazione può, tuttavia, essere opposto un duplice ordine di obiezioni: a) non v'è dubbio che vi siano beni rispetto ai quali un problema di tutela penale non si pone in presenza di un valido consenso del loro titolare alla condotta altrui: tale è il caso, in particolare, dei diritti di libertà, la cui lesione è logicamente pensabile solo contro la volontà, ovvero in presenza di una volontà viziata, del loro titolare (un rapporto sessuale volontario non integra, ovviamente, alcuna lesione consentita della propria libertà sessuale, bensì un mero atto di esercizio della libertà stessa). Vi sono però altri beni di natura individuale, come appunto la vita e l'integrità fisica, che sono concettualmente offendibili malgrado il consenso del titolare alla loro lesione, e che l'ordinamento entro dati limiti continua a tutelare pur in presenza di tale consenso. D'altra parte, la tutela "oggettiva" dei beni in questione non può - alla luce del principio personalistico che informa il vigente ordinamento costituzionale - essere spiegata mediante il richiamo ad un interesse collettivo alla loro conservazione (ché una tale prospettiva implicherebbe la strumentalizzazione della persona umana in vista di interessi ad essa estranei), ma va fondata sull'esigenza di tutelare il bene nell'interesse dello stesso titolare, quanto meno contro le conseguenze più gravi ed irreparabili che deriverebbero dall'atto di disposizione (essendo vi in generale validi motivi per presumere che, in tali ipotesi, la volontà del soggetto - anche se non viziata in senso tecnico - possa tuttavia non essere del tutto libera, per es. per la presenza di condizionamenti di natura economica); b) in secondo luogo, la tesi in esame finisce per individuare l'oggetto di tutela non nel bene giuridico oggettivamente considerato (vita, integrità fisica, ecc.), bensì nella libertà di disposizione del bene stesso [cfr. sul punto TORRINI CAGLI (37), 159]; ma una tale (ri)definizione dell'oggetto di tutela non può valere allorché il titolare sia incapace (per ragioni di età o di infermità di mente) di disporre del bene: con conseguente necessità di una diversa considerazione dell'oggetto di tutela a seconda delle caratteristiche soggettive del suo titolare, malgrado l'unicità della norma incriminatrice [cfr., per ulteriori approfondimenti, ALBERGIANI (1), 31; per una recente critica a queste obiezioni, cfr. TORRINI CAGLI (37), 295].

4 Posto dunque che un problema di applicazione dell'art. 50 si pone soltanto nei confronti di beni individuali rispetto ai quali sia logicamente pensabile una lesione consentita, l'operatività della scriminante dipenderà in definitiva dal bilanciamento tra le ragioni di tutela "oggettiva" del bene protetto dalla norma incriminatrice e le opposte ragioni di tutela dell'autodeterminazione del suo titolare (ossia della sua libertà di disporre del bene secondo la sua volontà). La reciproca delimitazione tra l'una e l'altra istanza di tutela è naturalmente condizionata dal sistema di valori che fa da sfondo all'ordinamento in un dato momento storico: i limiti di disponibilità dei beni individuali tenderanno ad espandersi quanto maggiore sia il valore assegnato - in un dato contesto sociale ed ordinamentale - all'autodeterminazione individuale [su cui cfr. ampiamente TORDINI CAGLI (37), 49, 143], e tenderà correlativamente a restringersi quanto più affiorino, in tale contesto, istanze di tipo "paternalistico" o - come nel passato ordinamento fascista - di tipo "statualistico". In ogni caso, il fondamento della scriminante deve essere individuato nel bilanciamento tra tali interessi [PADOVANI 147; ROMANO, *Commsist* I, art. 50, 529; PALAZZO 374], e non già in una supposta carenza di interesse dell'ordinamento alla tutela del bene alla cui lesione il titolare abbia consentito [così, invece, ANTOLESI, PG, 290]: anche i beni di natura strettamente individuale, infatti, conservano sempre agli occhi dell'ordinamento una loro dignità di tutela "oggettiva", che può di volta in volta prevalere o soccombere di fronte all'opposta istanza di tutela dell'autodeterminazione individuale [nel senso qui sostenuto, cfr. di recente l'approfondita rimediatura di BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, 2007, 379].

II. I confini di applicabilità dell'esimente

5 La causa di giustificazione in esame non si applica, ovviamente, alle fattispecie in cui il consenso costituisce circostanza attenuante, o comunque circostanza che deturberà la fattispecie in una meno grave (per es. art. 579).

6 Nessuna funzione scriminante va riconosciuta al consenso laddove esso sia, esplicitamente o implicitamente, elemento costitutivo della fattispecie criminosa: ciò accade, in specie, ove la legge presuma un vizio nella formazione del consenso in presenza delle circostanze descritte dalla norma incriminatrice, ovvero un'incapacità a consentire [PALAZZO 369]. Per es., nella truffa e nella convenzione di incapaci il consenso della vittima all'atto di disposizione patrimoniale è viziato, rispettivamente, dall'inganno e dall'abuso delle condizioni di incapacità; e analogamente nella violenza sessuale c.d. presunta di cui all'art. 609-bis, c. 2, il consenso del soggetto passivo indotto all'atto sessuale è viziato dall'abuso delle sue condizioni di inferiorità fisica o psichica, ovvero dall'inganno posto in essere dall'agente [sull'assoluta irrilevanza del consenso di una minore infraquattordicenne rispetto alla violenza carnale c.d. presunta di cui al previgente art. 519 c. 2, cfr. C 15.10.1984, Nicastro, CED 166905, GI 1985, II, 309. Cfr. anche, nel senso dell'irrilevanza del consenso della vittima nel delitto di truffa, C 3.5.1965, Bruni, CED 099730].

7 Il consenso della vittima non spiega alcuna efficacia scriminante neppure quando la norma incriminatrice mira a tutelare il soggetto passivo (specie se minore o incapace)

indipendentemente dalla sua volontà, e al limite anche contro la sua volontà, come avviene nel caso degli atti sessuali con minorenni e della corruzione di minorenni ex art. 609-quater e quinquies: in simili ipotesi, è evidente come il bene giuridico protetto sia non tanto una libertà (nella specie quella sessuale) della vittima, quanto un interesse di natura oggettiva (nella specie, l'armonico sviluppo della personalità nella sfera sessuale), che resta bisogno di tutela anche in presenza di un consenso della vittima [in questo senso C 15.6.2010, I, CED 248107, ove si sottolinea che nel delitto di atti sessuali con minorenni la persona offesa è considerata dalla legge immatura e incapace di disporre consapevolmente dei propri interessi].

8 Si versa al di fuori dell'ambito di applicazione dell'istituto, infine, quando il consenso del titolare del bene escluda già la sussistenza di un fatto tipico di reato: il che si verifica, in particolare, quando la norma incriminatrice richieda, espressamente o implicitamente, il dissenso della vittima [PALAZZO 369]. Il dissenso, è, per es., requisito esplicito della violazione di domicilio (che deve avvenire "contro la volontà" del titolare dello *ius excludendi*) e requisito implicito del furto (il concetto di " sottrazione" è incompatibile con il consenso del possessore). Parimenti, nei vari delitti contro la libertà non si verifica alcuna offesa all'interesse protetto sino a che il soggetto aderisca liberamente - ossia al di fuori di ogni illecito condizionamento - alla volontà altrui, per es. acconsentendo ad un rapporto sessuale, un fatto di reato sorge soltanto allorché l'agente "costringa" (o eventualmente "induca") il soggetto passivo ad un dato comportamento, viziando così la sua volontà e rendendo giuridicamente irrilevante il suo eventuale consenso (cfr. anche *supra*, 3, art. 605, 14) [cfr., sul punto, GRISPIGNI (14), 44, 229 e 538]. La distinzione tra consenso-causa di giustificazione e consenso escludente il fatto [definito ora "consenso improprio": PEDRAZZI (27), 146; ora "accordo": ROMANO, *Commsist* I, art. 50, 528. Sul tema, cfr. anche, in prospettiva comparata, GOBBI, Einwilligung, Einwilligung, consenso. Un confronto tra due ordinamenti, *IP* 2003, 783. Un'approfondita rimediatura critica sulla distinzione è ora svolta da TORDINI CAGLI (37), 165] rileva, sul piano pratico, sotto vari profili: a) il consenso che esclude il fatto non è soggetto ai requisiti di validità propri del consenso ex art. 50, bensì ai soli requisiti desumibili dalle singole norme incriminatrici (per es., il consenso ad un rapporto sessuale esclude la configurabilità di un fatto di violenza sessuale anche laddove tale consenso sia carpito attraverso un inganno diverso dalla sostituzione di persona di cui all'art. 609-bis; la spontanea consegna della cosa è incompatibile con il fatto di furto, anche nell'ipotesi in cui il *tradens* sia totalmente incapace); b) dal punto di vista dell'elemento soggettivo, laddove il dissenso della vittima costituisce requisito esplicito o implicito della fattispecie criminosa, l'agente dovrà rappresentarsi positivamente tale dissenso, mentre rispetto al consenso-causa di giustificazione il dolo sarà escluso, ex art. 59 c. 4, soltanto nell'ipotesi di erronea rappresentazione dell'esistenza di un consenso [GROSSO (15), 6]. c) nel caso di consenso escludente il fatto, infine, la formula assoluta sarà "perché il fatto non sussiste" e non "perché il fatto non costituisce reato", come nelle ipotesi di consenso giustificante [FIANDACA-MUSCO, PG, 277; PALAZZO 371].

III. La disponibilità del diritto leso: vita e integrità fisica

9 L'art. 50 subordina l'efficacia scriminante del consenso alla **disponibilità** dell'interesse leso da parte del suo titolare. Secondo una recente dottrina, la disponibilità del diritto dovrebbe essere valutata **in concreto**, attraverso un bilanciamento nel singolo caso tra il valore del bene leso e la meritevolezza dello scopo perseguito dal consenziente. Arbitro di tale bilanciamento sarebbe di regola lo stesso consenziente, al quale l'ordinamento riconoscerebbe, in linea di principio, la libertà di sacrificare un proprio bene giuridico in funzione di uno scopo soggettivamente prevalente; ciò, quantomeno, fintantoché dalla situazione concreta non emerga una palese sproporzione tra gli interessi in conflitto, nel qual caso alla valutazione soggettiva del titolare si sostituirebbe quella dell'ordinamento, che interverrebbe per assicurare la tutela dell'interesse oggettivamente prevalente, anche contro la volontà del suo titolare [ALBERGIANI (1), 86]. Il limite principale di tale tesi sembra risiedere, peraltro, nell'inderminatezza dei criteri con i quali dovrebbe essere effettuato il bilanciamento tra i controinteressi in conflitto: onde l'esito di tale bilanciamento, e la conseguente decisione circa la liceità o illiceità della condotta dell'agente, resterebbero in definitiva affidati alla personale sensibilità dell'interprete.

10 L'opinione dominante affronta invece il problema della disponibilità distinguendo, in **astratto**, tra beni disponibili e non, senza riguardo allo scopo perseguito nel caso concreto dal consenziente. In tale valutazione, un rilievo decisivo assumono piuttosto varie norme penali ed extrapenali, dalle quali sono desumibili precise indicazioni circa la liceità o illiceità di determinati atti di disposizione, in un'ottica - come si è sottolineato *supra*, 3 - di tutela del soggetto contro le conseguenze più gravi ed irreparabili dei propri atti di disposizione.

11 Più in dettaglio, l'indisponibilità della vita si evince senza difficoltà dall'art. 579, che sanziona proprio il fatto di cagionare la morte di un uomo con il suo consenso. Sulla ratio di tale indisponibilità, cfr. anche art. 579, 1.

12 Più complessa è la questione della disponibilità dell'**integrità fisica**. Un primo risalete orientamento, argomentando *a contrario* dall'art. 579, deduceva dalla mancanza di una norma incriminatrice delle lesioni del consenziente la piena efficacia scriminante del consenso in tale ipotesi [VANNINI, *Quid iuris?* - *Lesione personale*, 1948, 51; conf., in giurisprudenza, T. mil. Torino 28.1.1999, A., RIDPP 2001, 1393, con nota critica di DELLA BELLA, *L'integrità fisica: un diritto illimitatamente disponibile da parte del titolare?*; nonché l'ormai risalente P. Grosso 17.1.1957, Graziani, *FI* 1957, II, 121]. L'orientamento oggi dominante, in dottrina e in giurisprudenza, ricava invece i limiti della disponibilità del bene dall'art. 5 c.c., a tenore del quale "gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume".

13 Quanto al limite della **diminuzione permanente dell'integrità fisica**, si ritiene che la ratio della norma - alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata,

e indipendentemente dall'intendimento del legislatore storico - sia quella di tutelare la salute in senso ampio, e dunque il complessivo benessere fisiopsichico della persona. Conseguentemente, non rientrano nel divieto di cui all'art. 5 c.c. gli atti di disposizione del proprio corpo funzionali alla salvaguardia o al complessivo miglioramento della salute del disponente, come nel caso di consenso all'asportazione, per via chirurgica, di un organo malato [BESSONE-FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, *EDP*, XXXIII, 1983, 201 e 253; BLANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, III ed., 1998, 141; MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, 1974, 101; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale* 229; NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, 1989, 92; PALAZZO, *Persona (delitti contro)*, *EDD*, XXXIII, 1983, 312; PALAZZO 376; PUTTANO 272; ROMBOLI (33), 253. In senso conf., C. Cost. 161/1985, *FI* 1985, I, 2162]. I limiti di liceità di cui all'art. 5 c.c. si applicheranno, invece, ai soli atti di disposizione a svantaggio della salute del soggetto, in relazione ai quali dovrà considerarsi lecita la donazione di parti del corpo facilmente riproducibili (sangue, midollo spinale, cute, ecc.), mentre sarà di regola inefficace il consenso al prelievo di organi a scopo di trapianto da vivo a vivo. In particolare, l'illiceità dell'intervento va affermata anche nel caso di donazione di un organo doppio (cervice, ghiandole sessuali, ecc.), anche ove non sia dimostrabile, nell'organismo del donante, un indebolimento complessivo della funzione espletata dall'organo donato: la mancanza di uno dei due organi determina infatti in ogni caso un sovraccaricamento dell'organo residuo, e comunque espone il soggetto a rischi gravissimi per il caso di perdita fortuita di quest'ultimo [cfr., sul tema, le limpide pagine di PETROCCELLI, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, *ADP* 1932, 514, spec. 523, in ordine ad un famoso caso giudiziario nel quale era stata invece riconosciuta - ma in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 5 c.c. - la liceità della donazione di un testicolo. *Contra*, nel senso che dall'art. 5 c.c. non potrebbe dedursi l'illiceità della donazione di un organo doppio, ROMBOLI (33), 312]. Margini più ampi di liceità sembrano invece sussistere per la donazione di una parte di un organo, ove sia da escludere un significativo indebolimento complessivo della funzionalità dell'organo nel donatore; in ogni caso, l'**espianto**, a fini di trapianto, **di parti di fegato** è oggi espressamente consentito, "in deroga all'art. 5 c.c.", dalla l. n. 483/1999.

14 Al divieto di diminuzione permanente dell'integrità fisica ex art. 5 c.c. deroga espressamente la l. n. 458/1967, che rende lecita - previa autorizzazione del giudice - la **donazione di un rene**, in presenza di una serie di condizioni finalizzate a garantire la spontaneità e non venalità del consenso del donatore.

15 Vive discussioni ha suscitato la questione della validità del consenso ad interventi di **sterilizzazione** (vasectomia e ovariectomia). Secondo una prima opinione, l'abrogazione, ad opera della l. n. 194/1978, dell'art. 552 (procurata impotenza alla procreazione) avrebbe determinato l'espansione della fattispecie generale di cui all'art. 583 c. 2 n. 3 (lesione dalla quale deriva la perdita della capacità di generare), la quale tutelerebbe un interesse indisponibile, sotto il profilo del divieto di menomazione fisica permanente di cui all'art. 5 c.c. [STELLA, *La sterilizzazione chirurgica: aspetti penalistici*, *RIML*, 1980, 496; in senso conf., GALLISAI PULO (12), 77 e MARINI (23), 407]. La tesi opposta ritiene invece che il legislatore del 1978, legalizzando in larga misura l'aborto

volontario - con il quale viene pur sempre sacrificata la vita del feto, ossia un interesse estraneo alla persona del disponente - abbia a *fortiori* inteso sancire, mediante l'abrogazione dell'art. 552, la liceità della sterilizzazione volontaria - i cui effetti si esauriscono tutti nella sfera del disponente, al quale l'art. 1 della legge riconosce il "diritto ad una procreazione cosciente e responsabile" - [così PADOVANI, *Sterilizzazione*, *Eld*, XLIII, 1990, 1086; in senso conf., FIANDACA, nota a C 18.3.1987, Concianni, CED 177139, *FI* 1988, II, 447; RIZ (32), ROMBOLI (33), 276]. Dopo un iniziale disorientamento della giurisprudenza di merito [su cui, cfr. PADOVANI, *op. cit.*, 1088], la Cassazione è pervenuta alla condivisibile conclusione che l'abrogazione dell'art. 552 abbia **determinato una vera e propria abolitio criminis**, con conseguente facoltizzazione della sterilizzazione volontaria [C 18.3.1987, Concianni, CED 177139, *FI* 1988, II, 447].

16 Circa gli interventi chirurgici di **mutamento di sesso**, la loro liceità è oggi riconosciuta dalla **l. n. 164/1982**, recante "norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso" [le cui disposizioni sono state giudicate costituzionalmente legittime da C. Cost. 161/1985, *FI* 1985, I, 2162]. Condizione di liceità dell'intervento, oltre al consenso dell'interessato, è l'autorizzazione del Tribunale, subordinata ad un giudizio sulla "necessità" dell'intervento (art. 3); in difetto, l'intervento continua ad essere penalmente illecito, come si desume anche - *a contrario* - dalla disciplina transitoria di cui agli artt. 6 e 7, che attribuiscono all'accoglimento della domanda di rettificazione di sesso da parte del Tribunale efficacia esintiva dei reati cui l'intervento chirurgico abbia dato luogo, limitatamente però ai fatti commessi *prima* dell'entrata in vigore della legge [nel senso dell'indispensabilità dell'autorizzazione del Tribunale, cfr. STANZIONE, *Transessualità*, *Eld*, XLIV, 1992, 883; nonché, C. Cost. 161/1985, cit.; *contra*, ROMBOLI (33), 268, secondo cui l'accertamento sulla "necessità" dell'intervento ex art. 3 potrebbe essere compiuto anche successivamente all'intervento, con conseguente esonerazione del chirurgo da responsabilità nel caso di esito positivo dell'accertamento].

17 Sui particolari problemi posti dal consenso al **trattamento medico e alla sperimentazione clinica**, cfr. comunque, più ampiamente, *infra*, VIII-XVII.

18 Ai sensi dell'art. 5 c.c., inoltre, l'atto di disposizione del proprio corpo non deve essere contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Sotto il profilo della contrarietà a **specifiche disposizioni di legge**, sarebbe per es. invalido il consenso al prelievo del proprio rene in assenza delle condizioni di cui alla l. n. 458/1967. La contrarietà alla legge va riferita all'atto di disposizione (ossia al consenso in sé considerato), e non alla condotta consentita: così, il chirurgo che esegue un intervento di plastica facciale ad un ricercato per aiutarlo a sottrarsi alle ricerche dell'autorità risponderà di favoreggiamento, ma non anche di lesioni personali (scriminate dal consenso dell'avente diritto) [contra, sul punto, ma con riferimento all'ordinamento tedesco, ROXIN (34), 143].

19 Quanto alla contrarietà all'**ordine pubblico**, è evidente come - nel contesto dell'art. 5 c.c. - non se ne possa accogliere l'accezione "materiale" (nel suo risvolto oggettivo di condizioni minime per una convivenza sociale immune da violenza, o nel suo risvolto

sogettivo di senso di tranquillità e sicurezza dei cittadini) propugnata dalla più autorevole dottrina penalistica e costituzionalistica in tema di interpretazione dei "reati contro l'ordine pubblico", di cui al Titolo V del Libro II: una tale nozione svuoterebbe di qualsiasi contenuto la clausola in esame, non essendo ipotizzabile che un atto dispositivo del proprio corpo possa turbare l'ordine pubblico così inteso. Va pertanto accolta l'accezione "ideale" - del resto dominante nel contesto dell'ordinamento civile, cui l'art. 5 c.c. appartiene - che intende l'ordine pubblico come l'insieme dei principi fondamentali dell'ordinamento vigente, così come illuminati e vivificati dalla Costituzione [così DE CURS, *Corpo (atti di disposizione del proprio)*, *NsDI*, IV, 1957, 834; RIZ (31), 105; ROMBOLI (33), 231]. Una contrarietà all'ordine pubblico così inteso sembra ravvisabile, in particolare, nel caso in cui l'atto dispositivo sia compiuto dietro corrispettivo economico: evidenti sarebbero, infatti, i profili di conflitto di una tale apparente libertà con il principio di pari dignità sociale ex art. 2 c. 1 Cost. (che sembra precludere il mercimonio del proprio corpo) e, soprattutto, con il principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3 c. 2 Cost. (il cui spirito sarebbe sfacciatamente violato laddove - per parafrasare il noto paradosso di Anatole France - la legge, nella sua maestosa equità, tutelasse allo stesso modo il diritto del povero come del ricco di vendere parti del proprio corpo). Significativo è, del resto, che le leggi speciali in tema di donazione di parti del proprio corpo escludano tutte espressamente che l'atto possa effettuarsi a titolo oneroso (cfr. art. 21 n. 458/1967 in tema di donazione del rene, nonché art. 1 c. 4 l. n. 107/1990 in tema di donazione di sangue; cfr. anche, in senso conf., art. 39 del Codice di deontologia medica).

20 Quanto infine al **buon costume**, non è qui accoglibile la corrente interpretazione civilistica, che fa riferimento al complesso dei principi morali propri della collettività in una determinata epoca storica [così, invece, C 4.3.1992, Carnigiani, CED 190088, *GI* 1993, II, 123 e C 21.6.1985, Orighia, CED 170789, *CP* 1987, II, 1734 (contrario al buon costume, oltre che alla legge, il consumo del tossicodipendente a farsi iniettare una dose di droga)]. Una simile nozione risulta, infatti, incompatibile con l'idea - imposta dalla Costituzione - di un diritto penale laico e ispirato al pluralismo etico, che non può tollerare l'imposizione di limiti all'autodeterminazione dell'individuo sul proprio corpo in funzione della tutela della morale dominante. Va invece accolta la nozione di buon costume dominante nella letteratura penalistica e costituzionalistica, che fa esclusivo riferimento alla morale sessuale e - al più - al pudore; con l'ulteriore precisazione, peraltro, che gli indirizzi oggi dominanti in tema di tutela del buon costume tendono ad escludere ogni intervento repressivo quando la condotta si svolga in privato e tra persone capaci e consenzienti. Ciò, di fatto, svuota l'inciso in esame di ogni portata applicativa rispetto a possibili limiti all'efficacia scriminante del consenso [cfr. invece, in passato, C 21.6.1968, Andreozzi, CED 190396, *FI* 1969, II, 635, che ha giudicato invalido perché contrario al buon costume il consenso a bruciature di sigarette durante il rapporto sessuale].

21 Alla luce di questi principi deve affrontarsi la questione se i nuovi delitti di **mutazione** (art. 583-bis c. 1) e di **lesioni degli organi genitali femminili** (art. 583-bis c. 2), introdotti dalla l. n. 7/2006, siano o meno scriminati dal consenso della donna. I progetti di

legge originari, poi confluiti nella norma attuale, contemplavano tutti l'inciso "anche con il consenso della donna": inciso che avrebbe senza equivoci sottratti i relativi delitti dall'area di applicabilità dell'art. 50. Nel corso dei dibattiti parlamentari, l'inciso fu tuttavia eliminato, nella convinzione della sua superfluità alla luce dei principi generali sui limiti della disponibilità dell'integrità fisica, dai quali si dovrebbe comunque dedurre l'irrilevanza del consenso della donna a simili pratiche (cfr., per tutti, l'intervento del sen. FASSONE nella seduta del 24.5.2005). In realtà, questa conclusione appare ragionevolmente sicura soltanto in relazione alle ipotesi di mutilazione di cui al c. 1 (clitoridec-tomia, escissione, infibulazione e pratiche analoghe), che producono una diminuzione permanente dell'integrità fisica; mentre appare più controversibile con riguardo alle ipotesi di mere lesioni agli organi genitali femminili, finalizzate alla menomazione delle funzioni sessuali della donna e produttive di una malattia transitoria. Qui il fondamento dell'invalidità del consenso - su cui insistono, peraltro, tutti gli strumenti internazionali in tema di repressione delle mutilazioni genitali femminili - dovrà eventualmente essere ricercato sul diverso piano della contrarietà non tanto al buon costume (per le ragioni svolte cfr. *supra*, 20), quanto all'ordine pubblico, inteso come complesso dei principi fondamentali dell'ordinamento vigente. Su questi tutt'altro che aporofematici profili, sottovalutati dal legislatore storico, cfr. più ampiamente art. 583-bis, 28.

IV. (Segue) altri diritti

22 Il diritto all'onore (comprensivo della reputazione e del pudore) è generalemente considerato disponibile negli stessi limiti di cui all'art. 5 c.c., applicato analogicamente (nel senso della parziale disponibilità del diritto all'onore, allorché l'atto dispositivo sia determinato da causa lecita, T. Livorno 15.11.1934, Pizzi, *ADPP* 1935, 717. Considera implicitamente disponibile l'onore in quanto oggetto giuridico del delitto di diffamazione, pur negando nel caso di specie la ricorrenza della scriminante, C 19.6.2008, Statera, CED 2404521.

23 Quanto ai **diritti di libertà**, già si è osservato come rispetto ad essi non sia concettualmente configurabile un consenso scriminante (cfr. *supra*, 3 e 8). In particolare, in tema di libertà personale, cfr. art. 605, 11-15.

24 Si discute sulla disponibilità del **diritto all'assistenza familiare**, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 570, nelle ipotesi punibili a querela della persona offesa (nel senso della disponibilità, cfr. MANZINI, *T.VI*, 883; RIZZ (32), 474. *Contra*, C 14.1969, Bongiovanni, *Gpen* 1970, II, 477, e *ivi* indicazioni di ulteriori precedenti). È indubbia, comunque, l'irrilevanza di eventuali prevenzioni rinunziate da parte del coniuge legittimo all'assistenza (il consenso deve sussistere al momento del fatto e può essere sempre revocato) [C 7.11.1961, Gesmundo, *CP* 1962, 324], nonché l'insufficienza, ai fini dell'art. 50, di una mera inerzia dell'interessato, che non equivale a consenso [C 15.2.1956, Margiotta, *Gpen* 1957, II, 54].

25 Il consenso spiega pacificamente efficacia scriminante nei confronti di lesioni a **beni patrimoniali**, che l'ordinamento tutela non già per il loro valore intrinseco, bensì soltanto

allo scopo di garantirne al singolo il pacifico godimento [per l'enunciazione, in linea di principio, della fondamentale distinzione tra interesse immediato e interesse soltanto mediato dell'ordinamento alla conservazione dei vari beni giuridici, cfr. GRASSIGNI (14), 87]. Tale efficacia va, altrettanto pacificamente, negata allorché la norma penale, oltre all'interesse patrimoniale della parte lesa, tuteli anche un interesse di immediata risonanza collettiva.

In ordine ai reati che tutelano **beni collettivi** o di **pertinenza statale**, un problema di disponibilità non si pone, anche perché non sarebbe possibile individuare un titolare del bene legittimato a prestare un consenso [cfr. ad es., in materia di peculato relativo all'uso di un telefono cellulare di proprietà della p.a., C 20.12.2012, n. 19054]. Dubbi sono però sorti in ordine a talune fattispecie solo apparentemente poste a tutela di beni collettivi, ma in realtà tutelanti interessi individuali.

Un primo caso dubbio concerne il consenso ad alcune fattispecie di **falsità in atti**. Una prima opinione ammette la non punibilità del falso consentito in scrittura privata, sulla base però degli argomenti più disparati [cfr. BRICOLA, *Il problema del falso consentito*, *AP* 1959, I, 286 (per il quale il consenso renderebbe il falso inidoneo a nuocere all'interesse privato tutelato, accanto all'interesse pubblico, dalle norme sul falso, considerati quali delitti necessariamente plurioffensivi); FIORE, *Il falso autorizzato non punibile*, *AP* 1960, I, 328 (per il quale la sottoscrizione eterografa consentita non costituirebbe fatto tipico); MANZINI, *T.VI*, 698 e 905 (che argomenta dalla licità civilistica del mandato *ad scribendum*); L'opinione opposta, affermata costantemente dalla giurisprudenza, nega ogni efficacia al consenso, sia in ordine al falso in titoli di credito (per l'evidente pericolo di pregiudizio a carico del terzo prenditore, che si trova esposto all'eccezione di nullità del titolo da parte dell'emittente) [C 11.10.1979, Scattolin, CED 143865; C 23.6.1978, Santambrogio, CED 140198; C 25.5.1978, Pini, CED 140094; C 21.2.1978, Soprano, CED 139080; conf. Grosso, *Punti fermi e aspetti problematici del c.d. falso consentito in cambiale*, *GI* 1961, II, 132 e RIZZ (32), 455], sia in ordine al falso in scrittura privata (l'apparente firmatario che abbia consentito alla falsificazione della propria firma potrebbe sempre riconoscere la sottoscrizione, con evidente pericolo per l'interesse dell'altro contraente, che abbia confidato nella validità della sottoscrizione) [C 24.10.2003, D.M., CED 227615; C 17.10.1974, Mignone, CED 126070; C 12.11.1972, Quaini, CED 119797].

26 Si è talvolta invocato l'art. 50 in relazione al delitto di **frode in commercio** ex art. 515 [possibilitati, in tal senso, due *obiter dicta* in C 27.1.1973, Frigo, CED 124594, *Gpen* 1973, II, 732 e in C 22.4.1969, Cianci, *Gpen* 1970, II, 201]. La giurisprudenza dominante è, però, orientata in senso contrario [C 28.5.1981, Ciccone, CED 150203, *Gpen* 1981, II, 690 ("il bene giuridico tutelato dall'art. 515 è la pubblica funzione dello Stato di assicurare l'onesto svolgimento del commercio e non gli interessi patrimoniali dei singoli acquirenti"); C 16.11.1977, Bazzucchi, CED 137762, *RP* 1978, 584. In dottrina, cfr. PASERLA, *L'accettazione della cosa diversa da quella pattuita nel reato di frode in commercio*, *RIDPP* 1978, 652; RIZZ (32), 463]. Va ovviamente precisato che, ove il venditore informi preventivamente l'acquirente di non essere in grado di fornire il prodotto

richiesto, e l'acquirente dichiara di accettare quello offertogli in sostituzione, essendo a conoscenza delle sue caratteristiche rilevanti, il reato non potrà configurarsi, essendo intervenuto tra le parti un valido accordo per la vendita di un prodotto diverso da quello originariamente richiesto [RIZ (32), 465].

29 Si esclude che il consenso del creditore procedente possa scriminare il reato di **sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a pignoramento o sequestro** (art. 334) [C 3.7.1957, Praticò, *Gpen* 1958, II, 660; RIZ (32), 436], stante la rilevanza collettiva del bene giuridico tutelato.

30 Nemmeno si ritiene scriminato dal consenso del cliente il reato di **esercizio di abusivo della professione** (art. 348), che si ritiene posto a tutela di un interesse pubblico, come tale indisponibile [C 21.10.2013, n. 11493 e, in precedenza, C 30.1.1957, Pianicco, *Gpen* 1957, II, 893; C 28.5.1953, Fantichi, *Gpen* 1954, II, 509. In senso conf., cfr. ANTOLISEI, PIS II, 407; RIZ (32), 438].

31 Tra i reati contro l'amministrazione della giustizia, infine, irrilevante è il consenso della vittima alla **calunnia**, che è reato offensivo - in primo luogo - dell'interesse pubblico alla corretta amministrazione della giustizia; la conclusione è, del resto, suffragata dall'autonomia incriminativa dell'autocalunnia [così C 2.8.1955, Cannata, *Gpen* 1956, II, 98; nonché RIZ (32), 440].

V. I requisiti del consenso

32 La **legittimazione** a prestare il consenso spetta, di regola, soltanto al titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, che coincide con colui che avrebbe veste di soggetto passivo dell'illecito [per tutti, cfr. PEDRAZZI (27), 150; RIZ (32), 141]. Anche la persona giuridica può prestare valido consenso (per es. alla lesione di interessi patrimoniali) [RIZ (32), 143; *contra*, GRISPIGNI (14), 37].

33 In merito alla **capacità a consentire**, la dottrina è divisa: alcuni autori, muovendo dall'asserita natura negoziale del consenso, ritengono applicabile l'art. 2 c.c. e richiedono, pertanto, la maggiore età in senso civilistico [GRISPIGNI (14), 181]; altri, applicando analogicamente le norme dettate dal Codice penale in tema di imputabilità, indicano nel compimento del quattordicesimo anno il limite minimo per l'acquisto della capacità [RIZ (32), 149]. Preferibile sembra, però, il criterio che domanda al giudice l'accertamento caso per caso della capacità naturale, ossia della "maturità e lucidità necessaria a intendere l'importanza del bene in gioco e a valutare l'opportunità del sacrificio" [MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale* 230; PALAZZO 377; PEDRAZZI (27), 151]: e ciò in ispecie rispetto ad atti dispositivi di beni strettamente personali, come nel caso di consenso al trattamento medico [cfr., *peraltro*, in tema di validità del consenso a vasectomia, C 18.3.1987, Concianni, CED 177139, *FI* 1988, II, 447, che ritiene applicabili analogicamente i più restrittivi criteri dettati dall'art. 579 in ordine all'omicidio del consenziente].

Nel caso in cui il titolare del bene sia incapace (nel senso ora precisato) ovvero sia una persona giuridica, il consenso potrà essere validamente espresso dal suo **rappresentante legale** [PEDRAZZI (27), 151; RIZ (32), 162; PALAZZO 377; *contra*, ANTOLISEI, PIC, 296; CONTENUTO II, 279], previa - ove necessaria - l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente.

34 Nessun requisito di **forma** è previsto per il consenso, che dunque ben potrà essere manifestato attraverso un comportamento concludente [purché, ovviamente, univocamente interpretabile: C 5.3.1992, Mastroianni, CED 190090, *GI* 1992, II, 618 nonché, in materia di consenso al trattamento medico, C 17.9.2008, C., CED 242207, su cui cfr. *infra*, 88]. Si deve anzi ritenere che, a rigore, non sia necessaria alcuna manifestazione: non costituendo il consenso un vero e proprio negozio giuridico, è sufficiente una volontà meramente interiore a produrre l'effetto scriminante. Tale volontà, che deve sussistere al momento del fatto, dovrà ovviamente essere provata in sede processuale; ma la prova potrà essere desunta non soltanto dalle circostanze anteriori o concorrenti all'azione, ma anche da quelle emerse successivamente, non escluse le stesse dichiarazioni dell'avente diritto. Ne consegue, contrariamente a quanto si è soliti affermare in giurisprudenza, che anche alla mera inerzia dell'avente diritto al momento dell'azione può essere attribuita efficacia scriminante, ove venga comunque accertato un atteggiamento - anche puramente interno - di assenso alla condotta dell'imputato [così, limpidamente, PEDRAZZI (27), 150; conf. BOSCARRELLI 64].

35 Il consenziente è libero di circoscrivere in vario modo l'efficacia del proprio consenso, apponendo **condizioni o termini**, ovvero prescrivendo particolari **modalità** della condotta esecutiva [PEDRAZZI (27), 148. Cfr. in questo senso C 19.6.2008, Statera, CED 240452, ove si statuisce che il consenso alla pubblicazione di una foto non vale come scriminante del delitto di diffamazione se l'immagine sia riprodotta in un contesto diverso da quello per cui il consenso era stato prestato (nella fattispecie, è stata affermata la responsabilità del direttore di un quotidiano per avere pubblicato sulla prima pagina del giornale un articolo dal titolo "Terapeuti a quattro zampe" corredato dalla foto di una miniore in compagnia di un gatto, lasciando intendere che la bimba fosse sottoposta a trattamento terapeutico per autismo o handicap psicomotorio)]. In linea di principio, solo il destinatario del consenso può legittimamente compiere la condotta: in tema di trattamento medico in ambito ospedaliero, *peraltro*, si precisa che il consenso del paziente si estende genericamente a tutti i medici in servizio presso il reparto, a meno che il paziente non abbia espresso una specifica volontà in senso contrario [RIZ (32), 324].

36 Il consenso deve essere **immune da vizi**, e segnatamente da errore, dolo e violenza [ma la tendenza della giurisprudenza è, probabilmente a ragione, quella di escludere la rilevanza scriminante del consenso ogniqualevolta la manifesta di volontà non possa ritenersi autenticamente libera, anche a prescindere dalla specifica ricorrenza di uno dei tre tradizionali vizi summenzionati, nella loro rigida accezione civilistica: cfr., sul punto, la recente C 11.4.2004, P., CED 221840, che in relazione ad episodi di "nominismo" nega efficacia scriminante al consenso espresso dalle vittime, ritenendo che la loro

volontà fosse condizionata dalla forzata convivenza e dal clima di intimidazione creato dai militari più anziani]. Quanto all'errore, in particolare, non essendovi un problema di riconoscibilità da parte del destinatario (che per parte sua è adeguatamente tutelato dalla disciplina del consenso putativo), anche l'errore sui motivi sembra idoneo ad invalidare il consenso [PEDRAZZI (27), 148]. La precisazione ha pratica rilevanza in tema di trattamento medico, laddove si individua una causa invalidante il consenso nell'insufficiente informazione del paziente, che si traduce giuridicamente in un errore sui motivi che hanno indotto il paziente a prestare il consenso stesso (cfr., sul punto, *infra*, 85).

38 Il consenso deve sussistere al momento del fatto, a nulla rilevando una successiva ratifica dell'avente diritto [C. 22.6.1960, Gandenzi, *Gpen* 1961, II, 441]. Esso è sempre revocabile, anche nell'ipotesi in cui il soggetto si sia preventivamente obbligato a non esercitare tale facoltà [così C. 29.3.1990, Mucciccioli, *inedita*, nonché C. 9.5.1986, Giorgini, CED 173954, *Gpen* 1987, III, 218, sulle quali cfr. art. 605, 12]. Ovviamente, la revoca potrà essere fonte di responsabilità contrattuale, ove ne ricorrano i presupposti; ma il fatto di reato commesso nonostante la revoca del consenso precedentemente prestato dovrà essere qualificato come illecito. La vincolatività della revoca, per l'originario destinatario del consenso, non è subordinata ad alcun particolare requisito: la revoca, infatti, determina il venir meno di uno dei presupposti (l'esistenza di un consenso attuale alla lesione) della situazione scriminante, con conseguente automatica ripermissione del divieto, penalmente sanzionato, di commettere il fatto. La revoca è pertanto vincolante anche laddove provenga da un soggetto divenuto incapace dopo la prestazione del consenso (dovendo presentarsi, in tale ipotesi, essere sostituita da un nuovo consenso da parte del legale rappresentante) [così, esattamente, PULLITANO, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, *F1* 1985, II, 438, in margine al caso Mucciccioli, in cui la difesa dell'imputato aveva sostenuto l'irilevanza della revoca del consenso al trattamento riabilitativo da parte di un soggetto mosso unicamente dal bisogno di ritornare alla droga].

VI. Consenso e reati colposi

39 Discussa è la possibilità di invocare l'esimente in esame ai reati colposi. In giurisprudenza, a una remota decisione che sembra ammettere - ma in un *obiter dictum* - tale possibilità [C. 10.4.1953, Reschopski, *Gpen* 1953, II, 815] si contrappone un ormai consolidato orientamento in senso opposto, che fa leva sul carattere indisponibile degli interessi alla cui lesione - colposa - il soggetto avrebbe consentito [C. 26.2.1981, Rinaldi, CED 150344, *CP* 1983, 281; C. 25.1.1977, Zambon, CED 135614, *RP* 1977, 556; C. 11.10.1967, Ruggia, CED 106735, *F1* 1968, II, 528; C. 8.4.1964, Lopopolo, CED 99176, *F1* 1965, II, 19; C. 24.5.1960, Togni, *RP* 1961, II, 371, nel senso della radicale incompatibilità, già a livello logico, tra consenso e reati colposi, cfr. C. 2.11.1978, Ciccone, CED 140872, *Gpen* 1979, II, 177].

40 In dottrina prevale invece la tesi della compatibilità tra consenso e reati colposi, sulla base del rilievo che l'avente diritto può validamente consentire non solo ad una condotta direttamente lesiva, ma anche ad una condotta soltanto pericolosa per il bene (come si desume dallo stesso tenore letterale dell'art. 50) [ALBERGIANI (1), 101; BRICOLA (4), 105;

FIANDACA-MUSCO, *PlG*, 594; FIORE C.-FIORE S. 398; S. FIORE (11), 83; FORNÌ, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 1990, 608; GROSSO (15), 7; PEDRAZZI (27), 148; RIZ (32), 242].

41 Al riguardo, va però precisato che - nella gran maggioranza dei casi di consenso ad un'altra attività pericolosa - il consenziente non intende affatto accettare l'eventualità che si verifichi un evento lesivo, bensì intende semplicemente autorizzare l'attività altrui nei limiti segnati dalle norme cautelari (scritte o non scritte) che regolano l'attività stessa, le quali sono finalizzate proprio a prevenire la verificazione di eventi lesivi. Il paziente che acconsente ad un'operazione chirurgica rischiosa, il pugile che affronta un incontro, il trapezista che si lancia tra le braccia del suo compagno consenziente in effetti ad altrettante attività intrinsecamente pericolose, nella misura però in cui esse vengano compiute nel rispetto delle regole cautelari predette. Laddove poi nel caso concreto si verifichi un evento lesivo, la responsabilità dell'agente dovrà vagliarsi non sul piano del consenso *ex art.* 50, bensì sul diverso piano della colpa: occorrerà cioè verificare se vi sia stata violazione delle *leges artis* da parte del medico, delle regole sportive da parte del pugile, degli *standard* comportamentali - consolidati nella prassi circense - da parte del trapezista, ecc.

42 Diversa - ed assai meno frequente - è l'ipotesi in cui il consenziente intenda precisamente autorizzare l'agente a violare le norme cautelari prescritte per l'esercizio di una determinata attività, "mettendo in conto" in tal modo la possibile verificazione di un evento lesivo in conseguenza delle omesse cautele: come nel caso del trapezista che, in violazione della normativa antinfortunistica vigente, autorizzi il direttore del circo a non predisporre la rete di protezione sessuale [così la fattispecie in C. 24.5.1960, Togni, *cit.*], o nel caso di chi acconsente ad un rapporto sessuale "non protetto" con chi sappia essere affetto da AIDS [cfr., per ulteriori esempi, ALBERGIANI (1), 107; FIANDACA-MUSCO, *PlG*, 595; S. FIORE (11), 93]. In tali ipotesi, uno spazio per un consenso scriminante potrà essere riconosciuto soltanto a condizione: a) che il consenziente si sia anticipatamente rappresentato la gravità del presumibile evento lesivo e il grado di probabilità della sua verificazione [PEDRAZZI (27), 148] e b) che il bene alla cui possibile lesione si consente sia disponibile. Conseguentemente, non potrà essere riconosciuto rilievo scriminante alla preventiva accettazione di eventi lesivi della vita o dell'integrità fisica, oltre i limiti segnati dall'art. 5 c.c.: il che riduce entro confini assai angusti la rilevanza pratica dell'affermata compatibilità, in linea di principio, tra consenso e reati colposi [così, esattamente, BRICOLA (4), 105; GROSSO (15), 7. *Contra*, nel senso che i limiti di disponibilità sarebbero più ampi nel caso di consenso ad attività soltanto pericolose rispetto alle ipotesi di consenso ad attività direttamente lesive, cfr. ALBERGIANI (1), 101 (in applicazione del criterio del bilanciamento in concreto dei beni in conflitto, su cui cfr. *supra*, 9) e RIZ (32), 243 (con richiamo alla consuetudine in funzione estensiva di tali limiti)].

VII. Consenso putativo e consenso presunto

L'erronea supposizione che la vittima abbia consentito all'azione esclude il dolo dell'agente *ex art.* 59 u.c. (c.d. *consenso putativo*) [per una fattispecie in cui si è ravvisata, nella giurisprudenza di merito, l'erronea supposizione del consenso dell'avente

diritto in relazione al delitto di invasione di edifici residenziali pubblici, erronea supposizione apparsa nel caso concreto plausibile in considerazione sia della possibilità di pagare una sanzione per l'occupazione abusiva, sia per la tendenza manifesta in passato della P.A. a sanare simili situazioni con la stipula di regolari contratti di affitto, cfr. T. Napoli 30.6.2004, *DeJure*. Non scusa, invece, l'errore circa la disponibilità del diritto o comunque sull'efficacia scriminante del consenso, che si converte in errore sulla portata del precetto penale ed è, pertanto, irrilevante ai sensi dell'art. 5 (in giurisprudenza, l'affermazione è costante nelle massime in tema di falsità in atti, su cui cfr. *supra*, 27). Cfr., sul punto, art. 59, 23.

44 Assai più discussa è la figura del c.d. **consenso presunto**, che si ha quando l'agente opera nella convinzione che l'avente diritto avrebbe espresso il proprio consenso, se ne avesse avuto la possibilità. La **giurisprudenza** è solita negare ogni rilevanza a tale istituto [C. 21.1.1982, Maglione, CED 152898; C. 7.12.1977, Volgger, CED 138625 (nonostante la massima infelice riferita al consenso putativo); C. 10.1.1972, Tempo, CED 121251; C. 11.10.1970, Di Scala, CED 116927; C. 27.5.1966, Di Taranto, CED 103001]. Sembra invece ammettere - ma in via di *obiter dictum* - una possibile rilevanza scriminante del consenso presunto la motivazione di C. 16.6.1986, Di Vita, *FI* 1987, II, 4].

45 La **dottrina** maggioritaria riconosce invece efficacia al consenso presunto, ora semplicemente come causa di esclusione dell'elemento soggettivo [MARINI (23), 408; PEDRAZZI (27), 152 (posto che il dolo deve abbracciare anche la volontà dell'offesa al bene giuridico, tale volontà difetta in chi agisce presumendo il consenso dell'interessato)], più spesso come vera e propria causa di giustificazione, salvo poi dissentire sul suo esatto fondamento dogmatico. Se per taluno il consenso presunto rappresenterebbe una causa di giustificazione non codificata [RIZZ (32), 203 e, con riferimento all'ordinamento tedesco, ROXIN (35), 153], altri autori preferiscono applicare analogicamente - con gli opportuni adattamenti - le norme sulla *negotiorum gestio ex artt. 2028 ss. c.c.* [MARINUCCI-DOLCINI, Manuale 230; PADOVANI 150; PALAZZO 379; PULITANO 253; ROMANO, *CommSist* I art. 50, 539], mentre un'opinione ulteriore riconduce l'ipotesi all'ambito di operatività dell'art. 50, in via diretta [BERTOL-PEPPELO MANTOVANI 405; MANNA (17), 190] o quanto meno analogica [BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, 2007, 84]. Al di là dei contrasti sulla qualificazione dogmatica, comunque, gli autori sono per lo più concordi sui requisiti di operatività dell'istituto, individuati: a) nell'impossibilità di interpellare tempestivamente l'avente diritto; b) nella sussistenza di tutti i requisiti obiettivi per un consenso valido ed operante, in particolare con riguardo alla disponibilità del bene; c) nella prevalenza, in un obiettivo bilanciamento di interessi dell'interesse salvaguardato su quello lesso [RIZZ (32), 205; ROMANO, *CommSist* I, art. 50, 539], ovvero - secondo altri autori - nella ragionevole presunzione che l'avente diritto, se interpellato, avrebbe prestato il proprio assenso [MANNA (17), 191; BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, 2007, 85; nonchè ROXIN (35), 170 (al quale si rinvia per una perspicua e dettagliata illustrazione dei criteri su cui può fondarsi la presunzione del consenso)]. Si discute peraltro se la condotta scriminata debba essere compiuta necessariamente nell'interesse del soggetto

il cui consenso si presume [così BELLAGAMBA, *op. cit.*, 88] ovvero se possa essere compiuta anche nell'interesse di chi agisce o di un terzo; verso quest'ultima soluzione propende, ovviamente, chi attribuisce rilievo decisivo non tanto all'obiettivo bilanciamento degli interessi, quanto alla presumibile volontà dell'interessato [così MANNA (17), 191 e ROXIN (35), 176 (con ampia illustrazione casistica)], nonché chi assegna alla scriminante un fondamento soltanto soggettivo [così PEDRAZZI (27), 145]. In una prospettiva *de iure condendo*, va segnalato che lo schema di delega legislativa per la riforma del codice penale elaborato nel 1992 dalla commissione Pagliaro contemplava ben due distinte figure di consenso presunto, l'una dotata di efficacia giustificante, l'altra meramente scusante [cfr. ampiamente CAVALLERIE, *Riflessioni dogmatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, RIDPP 1994, 1478], mentre una disposizione simile non è più stata riproposta dal progetto Grosso del 2000-2001.

VIII. Il trattamento medico e la sua "giustificazione": a) premesse

Il "setore di vita" in cui più frequentemente si pone un problema di rilevanza giuridico-penale del consenso dell'avente diritto è certamente rappresentato dal trattamento medico. Ancorché la dottrina e la giurisprudenza prevalenti neghino che il consenso del paziente sia riconducibile al paradigma dell'art. 50 (cfr. *infra*, 78), vi è un generale accordo sull'affermazione che un **trattamento medico - di regola - in tanto possa ritenersi lecito, in quanto compiuto sulla base del consenso del paziente, o quanto meno del suo legale rappresentante**. In difetto di una norma *ad hoc*, nel codice penale, che disciplini le condizioni di liceità del trattamento medico, l'identità dei presupposti di tale consenso rispetto a quelli che sono richiesti in generale per la validità del consenso dell'avente diritto ai sensi dell'art. 50 suggerisce di collocare la trattazione - non foss'altro che per ragioni di comodità espositiva, e senza che ciò implichi ancora una preliminare presa di posizione sull'applicabilità o meno alla materia *de qua* dell'art. 50 - all'interno di quella dedicata a tale causa di giustificazione.

47 Innovando rispetto alle precedenti edizioni di quest'opera, si è scelto altresì di **concentrare nel commento sub art. 50 l'intera gamma delle questioni afferenti i presupposti di liceità del trattamento**, in passato qui affrontate in parte anche sub art. 51 (dove, in tema di adempimento del dovere, si discuteva nelle passate edizioni dei presupposti di doverosità del trattamento del dovere, non sussista la sua condizione ordinaria di liceità, rappresentata dal consenso del paziente o del suo legale rappresentante). La scelta ora compiuta intende privilegiare alle ragioni di precisione sistematica - del resto sempre espressive delle personali visioni del singolo autore, e come tali fatalmente opinabili - il tentativo di fornire un quadro d'insieme il più possibile semplice e lineare di una materia di grande rilievo pratico ed obiettivamente assai complessa, le cui coordinate - stante la quasi totale assenza di dati legislativi - devono purtroppo essere ricostruite interamente dall'interprete.

48 Sempre in via preliminare, conviene sottolineare che con l'espressione **presupposti di liceità del trattamento medico** si intende qui riferirsi a un insieme di **regole di condotta dalla cui osservanza dipende la liceità dell'atto medico, ulteriori e distinte**

dalle c.d. *leges artis*. Queste ultime sono le regole tecniche (di natura non giuridica, anche nell'ipotesi in cui siano state cristallizzate in linee guida, protocolli, etc.), finalizzate alla massimizzazione della tutela della salute del paziente mediante l'atto medico, il rispetto delle quali esclude che possa essere mosso un rimprovero di colpa a carico del medico nell'ipotesi in cui il trattamento produca in concreto un danno alla salute del paziente medesimo. I presupposti di liceità che vengono qui in considerazione rispondono invece a una logica tutt'affatto differente, mirando piuttosto alla tutela del suo **diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica**: diritto che è riconosciuto in via diretta dall'art. 32 c. 2 Cost. ma che è esso stesso proiezione dei più generali diritti fondamentali all'integrità fisica (art. 2 Cost., art. 3 Carta europea dei diritti dell'uomo, art. 3 C.e.d.u.), alla libertà personale (art. 13 Cost.) e alla vita privata (art. 2 Cost., art. 7 Carta europea, art. 8 C.e.d.u.), nella misura in cui garantisce al singolo il **diritto a non subire interventi indesiderati da parte di chiocchessia sul (e a fortiori nel) proprio corpo** [cfr. da ultimo C Cost. 438/2008 *DeJure*, che riconduce il diritto all'autodeterminazione terapeutica precisamente all'area di tutela degli artt. 2, 13 e 32 c. 2 Cost. oltre che dell'art. 3 della Carta europea. Sulla riconducibilità di tale diritto all'area di tutela dell'art. 8 C.e.d.u., cfr. Corte EDU 29.4.2002, *Prety c. Regno Unito*, § 63; Corte EDU 22.7.2003, *YF c. Turchia*, § 33; "le corps d'une personne représente l'aspect le plus intime de la vie privée. Ainsi, une intervention médicale forcée, même mineure, constitue une ingérence dans l'exercice des droits au respect de la vie privée". Corte EDU 13.5.2008, *Juhke c. Turchia*, § 76; "any medical intervention against the subject's will, or without the free, informed and express consent of the subject, constitutes an interference with his or her private life"; Corte EDU 7.10.2008, *Bogumil c. Portogallo*, § 84: "toute atteinte de caractère médical, même mineure, à l'intégrité corporelle, s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée" (quest'ultima sentenza, peraltro, considera l'ingerenza - l'estrazione chirurgica dallo stomaco di un arrestato di un sacchetto di droga in precedenza ingerito, che minacciava di rompersi con conseguente imminente pericolo di vita per il paziente - nel caso concreto giustificata sulla base di una pertinente norma della legislazione penitenziaria portoghese). Sulla possibile ulteriore copertura del diritto anche sotto il profilo dell'art. 3 C.e.d.u., Corte EDU 22.12.2008, *Ada Rossi e a. c. Italia*: "l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit - ou de celui de son tuteur s'il est frappé d'incapacité juridique - s'analyse en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé" tutelata dall'art. 3 C.e.d.u. e non solo - dunque - al diritto alla vita privata ex art. 8. Per una ipotesi in cui la Corte EDU ha riconosciuto effetti la violazione dell'art. 3 in conseguenza di un intervento medico su una persona arrestata al mero scopo di ottenere la prova della commissione di un reato (nella specie, traffico di stupefacenti), cfr. Corte EDU 11.7.2006, (*Grande Camera*), *Jaloh c. Germania*. Sul fondamento costituzionale e sovranazionale del diritto in questione, cfr. più ampiamente *VIGANÒ* (40), 141; *VIGANÒ* (41), 1545]. Tale diritto fondamentale ingloba dunque il riconoscimento al paziente di un'area di libertà di decidere della propria salute e del proprio corpo assieme al medico, nell'ambito di quella che viene ormai usualmente definita come l'"alleanza terapeutica" tra medico e paziente; ma - alla pari di altri diritti di libertà, come in *primis* la libertà sessuale - esprime ancor prima l'idea forte

(evidenziata plasticamente dal collegamento istituito dall'art. 3 della Carta europea tra diritto all'integrità fisica e consenso informato del paziente) della tutela dell'inviolabilità del corpo, concepito come recinto riservato esclusivamente alla sovranità dell'individuo e protetto, correlativamente, contro interferenze indesiderate da parte di terzi, ancorché bene intenzionati [per una recente ed efficace riformulazione del fondamento costituzionale e della natura del diritto di rifiutare il trattamento medico - inteso come diritto della personalità, che tutela l'individuo contro ogni inammissibile ingerenza della propria sfera corporea, che ha ad oggetto immediato proprio la sua integrità fisica - cfr. *PASSACANTANDO* (26), 238].

Senza voler necessariamente enfatizzare un approccio dualistico alla tutela del diritto costituzionale alla salute [mette in guardia contro tale rischio *ZATTI, Rapporto medico-paziente e "integrità della persona, NGCC 2008, Il, 403]*, potrebbe dunque affermarsi che, mentre le tradizionali *leges artis* mirano alla tutela del diritto alla salute nel senso usualmente ricondotto (anche dalla giurisprudenza civilistica in tema di danno alla salute, o danno "biologico") all'art. 32 c. 1 Cost. - e cioè come situazione di "buon funzionamento" dell'organismo del paziente secondo l'oggettivo apprezzamento della scienza medica -, i presupposti in parola sono piuttosto funzionali alla tutela del fascio di diritti fondamentali di cui è espressione (assieme ai citati artt. 2 e 13 Cost., accanto all'art. 3 della Carta e all'art. 8 C.e.d.u.) l'art. 32 c. 2 Cost., che affida allo stesso paziente la decisione ultima se consentire l'intervento sul proprio corpo nel quale si sostanzia qualsiasi atto medico (terapeutico, diagnostico, palliativo, etc.) e qualsiasi atto di cura, ancorché di competenza infermieristica. Si tratta dunque di **presupposti di natura non tecnica, ma prettamente giuridica**, la cui precisa definizione - in assenza di una legislazione organica in materia - compete all'interprete, chiamato per lo più a dedurre direttamente dai principi costituzionali, così come illuminati dalle fonti sovranazionali pertinenti, le regole alle quali il sanitario deve attenersi prima e durante l'esecuzione di qualsiasi atto terapeutico o di cura, in funzione del rispetto dell'autodeterminazione terapeutica del paziente.

Il mancato rispetto di tali regole comporterà, allora, l'illiceità (o "antigiuridicità") dell'atto sanitario, a prescindere dalla sua conformità o meno alle *leges artis*, stante la sua dimensione lesiva del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica, con conseguenze apprezzabili, anzitutto, sul piano del diritto civile, in relazione all'obbligo di risarcimento dei danni patrimoniali (art. 2043 c.c.) e non patrimoniali (art. 2059 c.c.) che siano derivati in capo al paziente dalla illecita condotta del medico - voci di danno queste distinte rispetto a quelle che concretano il danno alla salute (o danno "biologico") che consegna ad un intervento errato dal punto di vista delle *leges artis* [così C. civ. 9.2.2010, n. 2847 *DeJure*, ove si sottolinea che il diritto all'autodeterminazione (terapeutica) fondato sugli artt. 2, 13 e 32 c. 2 Cost. è diverso dal diritto alla salute, e diversi sono i danni risarcibili, posto che può esservi danno risarcibile da lesione dell'autodeterminazione terapeutica anche quando l'intervento terapeutico sortisca esito positivo, quant'è volte "alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato

di compere" (come nel caso di chi abbia consapevolmente rifiutato un'emostrafusione per motivi religiosi ovvero nel caso in cui dal trattamento, pur necessario *quoad vitam*, sia conseguita una situazione di acuta sofferenza che sarebbe spettato unicamente al paziente decidere se accettare), ovvero in relazione al "turbamento e della sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate", ancorché costituenti normali conseguenze di un trattamento eseguito in conformità alle regole dell'arte. Sui presupposti della risarcibilità del danno da violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica cfr. anche, oltre ai precedenti citati nella sentenza precedente, nonché C. civ. 20.4.2010, n. 9315 *DeIure*. Questa giurisprudenza è, all'evvidenza, in larga parte debitrice delle fondamentali sentenze C. civ. s.u. 24.6.2008, n. 26972 e n. 26874 in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, le quali avevano espressamente menzionato - tra i danni risarcibili ex art. 2059 c.c. - il danno da lesione del diritto fondamentale all'autodeterminazione (terapeutica) desumibile dagli artt. 13 e 32 c. 2 Cost. In precedenza, la giurisprudenza civile era bensì orientata nel senso di riconoscere la responsabilità del medico e della struttura sanitaria ospedaliera nel caso di violazione dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente ancorché il trattamento fosse stato eseguito in conformità alle *leges artis*, identificando tuttavia il danno subito dal paziente con il pregiudizio alla salute conseguente all'intervento, valutato secondo i consueti parametri medico-legali utilizzati in tema di danno c.d. biologico, con conseguente esclusione di ogni profilo risarcitorio nell'ipotesi in cui il trattamento, pur eseguito illegittimamente, avesse in concreto prodotto un beneficio per la salute del paziente: cfr. ad es., in questo senso, C. civ. 21.5.2008, n. 24791 e 14.3.2006, n. 5444 *DeIure*.

51 **Dallo specifico angolo visuale del penalista**, peraltro, il problema della giustificazione dell'atto medico alla luce di tali regole in tanto si pone in quanto si sia preliminarmente risolto in senso affermativo il quesito se l'atto medico in sé considerato sia penalmente rilevante ai sensi di una qualche norma incriminatrice. Mentre, infatti, la sanzione civilistica del risarcimento dei danni è suscettibile di conseguire ad ogni atto medico riconosciuto come illecito in quanto compiuto in violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente, purché produttivo di un danno anche di natura non patrimoniale, l'applicazione della sanzione penale contro un simile atto presuppone altresì che il giudice abbia risposto in senso affermativo al quesito se l'atto medico sottoposto al suo esame integri gli estremi di un fatto descritto in astratto da una norma incriminatrice; giacché, in caso di risposta negativa a tale preliminare quesito, la stessa indagine se il medico abbia agito nel rispetto, o all'opposto, in violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente diverrebbe superflua dal punto di vista del giudice penale, posto che - anche nel secondo caso - il medico non potrebbe essere punito, stante l'insussistenza di un "fatto" penalmente rilevante [più ampiamente sul punto VIGANÒ (40), 1451].

52 **Il problema della qualificazione giuridico-penale del trattamento medico** è stato, d'altra parte, oggetto di un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale nell'ultimo ventennio, ed è stato risolto soltanto parzialmente da un intervento delle sezioni unite

(cfr. *infra*, 61), che ha lasciato - come vedremo - vari quesiti ancora aperti, e che ad avviso di chi scrive non riesce a convincere neppure nel suo impianto di fondo. Tale problema attiene, a rigore, alla parte speciale del diritto penale, dal momento che la sua soluzione presuppone lo scioglimento di nodi esegutici che attingono ai requisiti delle norme incriminatrici suscettibili di applicazione nell'ipotesi di trattamento medico "arbitrario". La stretta connessione di questo problema con quello della "giustificazione" dell'atto medico, nella specifica ottica del penalista, suggerisce tuttavia di affrontare anch'esso in questa sede, facendo così prevalere sulle ragioni di precisione sistematica quelle di una trattazione concentrata in un'unica sede di tutte le *questiones iuris*, di parte generale e speciale, che afferiscono alla tematica del trattamento medico "arbitrario".

53 Conseguentemente, i paragrafi successivi affronteranno preliminarmente il quesito se e a quali condizioni il trattamento medico sia suscettibile, secondo l'attuale "diritto vivente" in materia, di integrare il paradigma a) dei delitti di lesioni personali o eventualmente di omicidio (cfr. *infra*, IX) e/o quello b) di uno dei delitti contro la libertà personale previsti dal codice penale (cfr. *infra*, X). Soltanto una volta che si sia precisata l'area della possibile rilevanza penale dell'atto medico alla luce di questa o quella norma incriminatrice, avrà infatti significato pratico per il penalista discutere di una eventuale "giustificazione" dell'atto medico stesso, sulla base della più precisa focalizzazione dei suoi possibili presupposti di liceità connessi alla ragione di tutela del diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica del paziente (cfr. *infra*, XI-XVII).

IX. (Segue) A) la "tipicità" del trattamento: i) lesioni personali e omicidio

54 E, anzitutto, pacifico che un atto medico compiuto in violazione delle *leges artis* possa esporre il medico a una responsabilità penale per lesioni personali, allorché l'atto abbia prodotto un esito infuasto, e cioè un danno anziché un beneficio alla salute del paziente, inquadribile nel concetto di "malattia nel corpo o nella mente" menzionato dalla norma base in tema di lesioni di cui all'art. 582; e che in caso di violazione delle *leges artis* il medico possa anche rispondere di omicidio, nel caso in cui l'esito infuasto del trattamento consista addirittura nella morte del paziente. Quanto al titolo soggettivo di responsabilità, la violazione delle *leges artis* fonderà nella normalità delle ipotesi di colpa, con conseguente configurabilità dei delitti di cui agli artt. 589 o 590; ma non potrà essere a priori esclusa la possibilità di una responsabilità addirittura a titolo di dolo, nell'ipotesi in cui il medico abbia violato le *leges artis* (ad es. praticando un trattamento non indicato secondo la scienza medica in relazione alla particolare situazione clinica del paziente) per una finalità non terapeutica, bensì in funzione di altri interessi propri o di terzi (ad es. la prospettiva di lucrosi timbori da parte del servizio sanitario in ragione del tipo di trattamento eseguito), con ciò mettendo in conto la possibile o probabile verificazione di effetti collaterali avversi in capo al paziente [così, in via di obiter, già C. 9.3.2001, Barse, CED 222579, CP 2002, 517 con riferimento a comportamenti medici assolutamente anomali e distorti, e comunque dissonananti rispetto alla finalità terapeutica (ad es. la produzione di una non necessaria menomazione dell'integrità fisica del paziente per meri scopi scientifici o di

ricerca). Nello stesso senso, recentemente, C. 26.5.2010, n. 34521, in relazione alla condotta di un medico accusato di aver praticato, per scopi comunque non riconducibili a finalità terapeutiche, un trattamento chirurgico inutilmente demolitivo (asportazione di intestino, utero e parte della vescica) per l'asportazione di un tumore da una paziente di ventisei anni, successivamente deceduta in seguito alle complicanze dell'intervento, sebbene per tale specifica patologia fosse pacifico (e certamente noto al medico) che l'unica possibile terapia era di ordine farmacologico e non chirurgico. In accoglimento del gravame della pubblica accusa, la Corte in quest'ultimo caso annulla con rinvio la condanna per mero omicidio colposo a carico del medico, enunciando il principio secondo cui "risponderà di omicidio preterintenzionale il medico che sottoponga il paziente ad un intervento (dal quale poi consegna la morte), in mancanza di alcuna finalità terapeutica, per fini estranei alla tutela della salute del paziente, come quando provochi coscientemente un'inutile mutilazione o agisca per scopi estranei alla salute del paziente (scopi scientifici o di ricerca scientifica, sperimentazione, scopi dimostrativi, didattici o addirittura esibizionistici ovviamente non accettati dal paziente)", senza peraltro che sia necessario per il giudice di merito "individuare la finalità terapeutica perseguita dal medico (che può anche non voler perseguire uno specifico fine) essendo invece sufficiente l'estraneità dell'intervento ad ogni ipotizzabile scelta terapeutica indipendentemente dalla circostanza che l'agente ne persegua una specifica o che non ne esista proprio", non potendosi, infine, neppure escludere in simili ipotesi una possibile responsabilità del medico a titolo di omicidio volontario sorretto da dolo eventuale, "se il medico agisca con atto non terapeutico dal quale risulti abbia accettato le conseguenze estreme".

55 È, invece, ancora in certa misura controverso se e in che misura un atto medico compiuto non già in violazione delle *leges artis*, bensì in assenza dei presupposti di liceità funzionali alla tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente - e cioè un atto medico "arbitrario", secondo una terminologia diffusa presso la dottrina italiana, che così traduce dal tedesco l'espressione "*eigennährige Heilbehandlung*" - possa esporre il sanitario a una responsabilità penale per lesioni personali o, addirittura, per omicidio nel caso di morte del paziente.

56 a) Secondo una tesi spesso sostenuta in dottrina e in giurisprudenza, un intervento medico i) finalizzato (sul piano soggettivo) alla salvaguardia o al complessivo miglioramento della salute del paziente e ii) eseguito *lege artis* (dal punto di vista oggettivo), non integrerebbe mai la fattispecie di lesioni personali, indipendentemente dall'esito fausto o infasto dell'intervento medesimo - ossia dalle sue conseguenze in termini di effettivo miglioramento delle complessive condizioni di salute del paziente, ovvero dal suo esito peggiorativo (o anche soltanto neutro) rispetto a tali condizioni. La tesi è variamente motivata, talvolta affermandosi - da parte della dottrina meno recente - che il trattamento medico eseguito *lege artis* costituisce attività socialmente adeguata [CRASPI (6), 24; C. FIORI, *L'azione socialmente delegata nel diritto penale*, 1966, 126], più spesso ricorrendosi all'argomento - particolarmente diffuso in giurisprudenza - della c.d. autolegitimazione dell'attività medico-chirurgica esercitata conformemente alle *leges artis*, che sarebbe in via generale autorizzata (ed anzi incoraggiata) dall'ordinamento in

quanto obiettivamente funzionale alla tutela dell'integrità fisica del paziente, indipendentemente dal suo esito concreto, che può non essere quello desiderato per ragioni non imputabili al sanitario [LOSI, in giurisprudenza, C. 29.5.2002, Volterrani, CED 222581, RIDPP 2003, 604. In senso analogo, in dottrina, cfr. IADICOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, CP 2002, 2041 e IADICOLA, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (del dissenso) nel trattamento medico-chirurgico*, CP 2003, 2659; MANNA (19), 469; ROMANO, *CommSist I*, art. 50, 532]. Parte della dottrina più recente ricorre, in proposito, alla teoria di origine tedesca dell'imputazione obiettiva dell'evento, negando in particolare che siano oggettivamente imputabili al sanitario a titolo di lesioni personali o di omicidio le conseguenze infaste (peggiorative dello stato di salute del paziente) di una condotta che, ad una valutazione *ex ante*, si sia mantenuta entro i limiti segnati dal rispetto delle *leges artis* funzionali alla tutela della salute del paziente [MANNA (18), 1289]. Tutte le tesi qui richiamate escludono, dunque, che il trattamento orientato ad uno scopo terapeutico ed eseguito *lege artis* possa mai integrare gli estremi del delitto di lesioni personali (e a fortiori di omicidio), qualunque ne sia l'esito, e indipendentemente - altresì - dalla presenza o dall'assenza dei presupposti di liceità del trattamento, e segnatamente dal consenso informato del paziente o del suo legale rappresentante [espressamente in questo senso, in giurisprudenza, C. 29.5.2002, Volterrani, cit., secondo cui il medico sarebbe "legittimato a sottoporre il paziente affidato alle sue cure al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso, anche in assenza di un esplicito consenso"]. Tutt'al più, nell'ipotesi di trattamento conforme alla *lege artis* ma "arbitrario" potrebbe configurarsi, *de iure condito*, una responsabilità del sanitario ai sensi delle norme incriminatrici che tutelano la libertà individuale del paziente [MANNA (19), 460, 470, 476; MANNA (20), 617; nel senso infatti di una possibile responsabilità del medico a titolo di violenza privata, nella sola ipotesi però in cui questi inter venga in presenza di un esplicito dissenso del paziente, e non già in quella di mera assenza del consenso informato, cfr. ancora C. 29.5.2002, Volterrani, cit.], mentre *de iure condendo* taluni autori, plaudendo alla scelta compiuta in questo senso dal progetto di legge delega della commissione Pagliaro del 1992, sostengono l'opportunità dell'introduzione di una norma incriminatrice *ad hoc* del trattamento medico arbitrario [MANNA (18), 1291] sul modello di quanto previsto dal codice penale austriaco.

57 b) Secondo una diversa prospettiva, invece, occorrerebbe distinguere tra le ipotesi in cui il trattamento abbia avuto in concreto esito fausto o infasto, ossia si sia risolto *ex post* in un miglioramento dello stato di salute del paziente (esito fausto), ovvero abbia esso cagionato un evento avverso consistente in un peggioramento dello stato morboso preesistente o comunque un nuovo processo morboso, o addirittura la morte del paziente (esito infasto). In caso di esito fausto, una responsabilità per lesioni personali a carico del medico sarebbe in ogni caso da escludere, già per difetto dell'estremo oggettivo della causalità di una malattia - la condotta del medico avendo, all'opposto, eliminato o comunque attenuato un processo morboso preesistente -, a prescindere dunque da ogni verifica circa il rispetto o meno delle *leges artis* (la cui eventuale violazione avrebbe, al più, creato un rischio non concretizzatosi nella realtà), nonché da ogni verifica circa la presenza o meno dei presupposti di liceità del trattamento

in relazione alle ragioni di tutela dell'autodeterminazione del paziente (anche laddove emergesse che il paziente non aveva validamente consentito al trattamento, il medico non potrebbe comunque essere punito a titolo di lesioni personali non avendogli cagionato alcuna "malattia") [ANTOJISE, PG, 317; PELISSERO (27), 372]. **In caso di esito infauosto**, invece, il medico avrebbe effettivamente cagionato una malattia (o comunque avrebbe aggravato una malattia preesistente), realizzando così gli estremi oggettivi dei delitti di lesioni personali (semplici, gravi o gravissime, secondo i casi) o addirittura, nell'ipotesi di esito letale, dell'omicidio; onde **il problema della sua responsabilità penale dovrà, in questi casi, risolversi sul piano dell'elemento soggettivo**. Più in particolare, si ritiene che un addebito dell'evento a titolo di dolo (o di preterintenzione nel caso dell'omicidio) sia senz'altro da escludere, sin tanto che il medico abbia agito con una finalità terapeutica (e dunque con l'intento di giovare alla salute del paziente, anziché di recargli un danno); mentre la sua responsabilità a titolo di colpa per la malattia o la morte del paziente cagionata con il proprio intervento del dipenderà, secondo i principi generali, dalla possibilità di ravvisare a suo carico una qualche violazione delle *leges artis* [così, ad es., CANZIO (5), 668; GIUNTA (13), 401. Verosimilmente in questo senso C. 9.3.2001, Barese, CED 222579, CP 2002, 517, nella quale la S.C. confermò una condanna per omicidio colposo a carico di un medico che aveva cagionato la morte di un paziente attraverso una condotta operatoria eseguita in violazione delle *leges artis* e non preventivamente consentita dal paziente; la Corte respinse qui il gravame della pubblica accusa che mirava alla riqualificazione del fatto come omicidio preterintenzionale, escludendo che gli atti eziologicamente connessi all'evento letale compiuti dal medico fossero qualificabili quali atti "diretti a ledere", trattandosi all'opposto di condotta soggettivamente finalizzata ad uno scopo terapeutico, mentre confermò la sanzione relativa alla colpa del medico, fondandola esclusivamente sulla violazione da parte dell'imputato delle regole tecniche dell'arte, e non già sulla mancata acquisizione del consenso del paziente. In senso conf. cfr. anche C. 16.1.2008, Hüscher, DPP 2009, 66, che parimenti esclude la possibilità di addebitare a titolo di omicidio preterintenzionale la morte di pazienti trattati in violazione delle *leges artis* e in assenza di un loro consenso informato, potendosi invece in tale ipotesi configurare la meno grave ipotesi di omicidio colposo; nonché C. 24.6.2008, n. 37077, Ruocco, che - in relazione alla somministrazione di un farmaco *off label* utilizzato in concreto per la cura dell'obesità, che aveva prodotto gravi effetti collaterali previsti dal medico ma il cui rischio non era stato preventivamente comunicato al paziente - conferma la condanna per lesioni personali colpose a carico del medico in relazione ai profili di imprudenza nella scelta del farmaco e di negligenza nella determinazione del dosaggio, respingendo l'originaria imputazione mirante a qualificare il fatto come lesioni personali dolose]. L'impostazione in parola giunge, così, ai medesimi risultati pratici cui perviene la prima tesi, sia pure in forza di un diverso inquadramento sistematico: **il trattamento eseguito in conformità alle *leges artis* è sempre penalmente irrilevante** (perché non produttivo di una "malattia" nel caso di esito fausto, o perché - nel caso di esito infauosto - l'evento avverso cagionato dal medico non è da lui voluto, né gli è rimpioverabile a titolo di colpa), **indipendentemente dalla presenza o assenza dei presupposti di liceità del trattamento**, e segnatamente dal consenso informato del paziente o del suo legale rappresentante; i quali non

giocano così alcun ruolo, in questa come nella precedente prospettiva, nella valutazione penalistica del fatto.

c) Una ulteriore tesi, recentemente formulata [VENEZIANI, *Delitti contro la vita e incolumità individuale. Tomo II. I delitti colposi*, in *Trattato Marinucci-Dolcini*, 2003, 308. Sost. conf. PELISSERO (29), 467] ma di antiche origini [cfr. sul punto VIGANÒ (40), 184], assume anch'essa che, laddove il trattamento abbia avuto esito fausto, la responsabilità del medico a titolo di lesioni personali sarebbe senz'altro esclusa; ma, a differenza della tesi precedente, ritiene che **in caso di esito infauosto il medico debba rispondere per lesioni personali colpose (o eventualmente di omicidio colposo) non solo nell'ipotesi in cui il medico abbia violato le regole tecniche dell'arte medica (le *leges artis*), ma anche in quella in cui abbia agito in assenza dei presupposti di liceità del suo intervento**, e segnatamente in assenza del consenso informato del paziente (o del suo legale rappresentante). L'aver agito in assenza di tali presupposti sarebbe, dunque, sufficiente a fondare una responsabilità per colpa, anche laddove non sia possibile formulare alcun rimprovero di imprudenza, negligenza o imperizia a carico del medico [in questo senso parrebbe orientata, ma in via di mero obiter, C. 6.11.2008, Ghisellini, CED 241908, secondo cui dalla mancanza o dell'invaldità del consenso del paziente, che è riconosciuto come presupposto della liceità del trattamento, deriverebbe l'illiceità penale del trattamento stesso (quanto meno rispetto all'ipotesi dell'esito infauosto, verificatasi nel caso di specie) "in quanto compiuto in violazione della sfera del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo". Nel caso di specie, peraltro, la condanna per lesioni personali colpose fu motivata anche (e soprattutto) in relazione ai profili di imprudenza della condotta del sanitario. In senso contrario, cfr. invece C. 24.6.2008, Ruocco, con l'argomento che la regola che impone al medico la previa acquisizione del consenso informato non può essere qualificata quale norma di natura cautelare idonea come tale a fondare un giudizio di colpa a carico del medico, con la conseguenza che "il giudizio sulla sussistenza della colpa [...] non presenta differenze di sorta a seconda che vi sia stato o no il consenso informato del paziente" (nel caso di specie, la colpa fu peraltro ritenuta sussistente in relazione a profili diversi dalla mancata acquisizione del consenso informato da parte della paziente). In senso critico sulla tesi in parola, cfr. anche - in dottrina - BIAIOTTA (3), 3617; FRANDACA (10), 313; VIGANÒ (40), 184]. La tesi viene oggi motivata, in dottrina, con l'ausilio della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento: il rispetto della regola che impone al medico l'acquisizione del consenso informato del paziente delimiterebbe, assieme al rispetto delle *leges artis*, un'area di rischio consentito inerente al legittimo esercizio della professione medica, che contribuirebbe anche le conseguenze avverse indesiderate del trattamento, escludendone la possibilità di una loro imputazione al medico già sul piano oggettivo. Laddove invece il trattamento venga praticato al di fuori di questa area di rischio consentito - come, per l'appunto, nell'ipotesi in cui venga violata la regola della previa acquisizione del consenso informato, in assenza delle situazioni eccezionali che consentano al medico di prescindere -, l'evento avverso derivato dal trattamento dovrebbe essere imputato al medico sul piano oggettivo; non potendosi peraltro ritenere che il medico abbia voluto produrre tale evento, il titolo di imputazione soggettiva non

potrà che essere la colpa, fondata per l'appunto sulla violazione, alternativamente, delle *leges artis* ovvero degli ulteriori presupposti di liceità del trattamento.

59 d) Secondo un'opinione ancora diversa, anch'essa variamente sostenuta in dottrina e in giurisprudenza, dovrebbe invece ritenersi che ogni trattamento medico, in specie chirurgico, dal quale scaturisca un' apprezzabile alterazione funzionale dell'organismo integri gli estremi oggettivi e soggettivi del delitto di lesioni personali dolose, anche laddove il medico abbia rispettato le *leges artis* e anche nell'ipotesi in cui il trattamento abbia in concreto avuto esito fausto [BLAIOTTA (3), 3608; PALERMO FABRIS (25), 73; PASSACANTANDO (26), 243; PULITANO 255; RIZ (32), 302; VIGANO (40), 189; VIGANO (43), 1829. Nel medesimo senso, in giurisprudenza, la notissima C. 21.4.1992, Massimo, CED 190113, CP 1993, 63 (pure riferita a un intervento dall'esito infuasto, consistito addirittura nella morte della paziente), la quale conferma C. ass. Firenze 18.10.1990, Massimo, *Gpen* 1991, II, 163; nonché - implicitamente - C. 11.7.2001, Firenzani, CP 2002, 2401. Per un'articolata analisi delle due sentenze, cfr. in particolare VIGANO (39), 152. In senso fortemente critico contro la tesi in parola, etichettata quale "formalistica", cfr. ad es. EUSEBI (9), 728; GIUNTA (13), 400; CARUSO, *Il trattamento medico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, IP 2003, 10341. Sul piano oggettivo, la tesi in parola ritiene che gli effetti della quasi totalità dei trattamenti medici sull'organismo del paziente (specie nell'ipotesi di trattamento chirurgico: si pensi all'incisione dei tessuti, alla resezione della parte del corpo malata, al decorso postoperatorio, agli effetti collaterali, etc.) integrino di per sé la nozione di "malattia" ai sensi delle norme in materia di lesioni personali (art. 582 o, secondo la gravità delle conseguenze prodotte dall'intervento, art. 583), secondo il noto paradigma che intende tale estremo come "qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni fisiche generali" (cfr. sul punto art. 582). Sul piano soggettivo, d'altra parte, il medico sa perfettamente che il proprio intervento produrrà tali risultati, e vuole che essi si producano, sia pure in vista di un futuro miglioramento della salute del paziente; conseguentemente, la tesi assume la (normale) sussistenza del dolo delle lesioni personali in capo al medico, le relative fattispecie incriminatrici non richiedendo alcun *animus nocendi* e non risultando, pertanto, di per sé incompatibili con la finalità terapeutica che anima il medico. La responsabilità penale del medico sarà, nella normalità delle ipotesi, esclusa dalla presenza della causa di giustificazione del consenso informato dal paziente o del suo legale rappresentante, o comunque dalla presenza di uno degli ulteriori presupposti di liceità funzionali alla tutela del suo diritto all'autodeterminazione terapeutica (su cui cfr. ampiamente *infra*, XI-XVII), che assicurano la liceità dell'agire del medico anche nell'ipotesi in cui dal trattamento conseguano eventi avversi indesiderati, salva una sua eventuale responsabilità per colpa nel caso di violazione delle *leges artis*. Nell'eccezionale ipotesi, però, in cui l'atto medico non sia coperto da alcuna causa di giustificazione, il medico dovrà risponderne penalmente a titolo - appunto - di lesioni personali dolose, indipendentemente - ripetiamo - dall'avere egli rispettato o violato le *leges artis*, nonché dall'aver *ex post* prodotto un esito migliorativo o peggiorativo della salute del paziente. Si configurerebbe invece una mera responsabilità per lesioni personali colpose i) *ex art. 59 c. 4*, allorché il medico si

rappresenti erroneamente e colposamente la sussistenza di tali presupposti di legittimità (ad es. ritenendo prestato un consenso in realtà mai prestato dal paziente [come nel caso deciso da C. 11.7.2001, Firenzani, cit.] ovvero ritenendo per errore dovuto a colpa di avere fornito tutte le informazioni rilevanti al paziente che abbia espresso, in realtà, un consenso invalido perché non sufficientemente informato sui possibili effetti collaterali dell'intervento), o ancora ii) *ex art. 55*, allorché il medico ecceda colposamente dai confini segnati al suo intervento dai presupposti di liceità in concreto ricorrenti (ad es. allorché il medico ritenga per errore dovuto a colpa che il consenso previamente espresso dal paziente coprisse anche l'intervento in concreto realizzato) [ampiamente su questi profili BLAIOTTA (3), 3612; PASSACANTANDO (26), 243]. Nel caso, infine, in cui l'intervento abbia prodotto la morte del paziente, quale conseguenza non voluta di un intervento compiuto dal medico nella consapevolezza dell'assenza delle condizioni di legittimità dell'intervento stesso, a carico del sanitario si configurerebbe addirittura una responsabilità per omicidio preterintenzionale, l'evento letale essendo stato qui involontariamente conseguito ad atti "diretti" a cagionare l'alterazione funzionale dell'organismo del paziente necessariamente connessa al trattamento [così, in particolare, nel caso di specie deciso da C. 21.4.1992, Massimo, cit.]. Questa tesi assegna dunque, ai fini della responsabilità penale del medico, un rilievo decisivo alla presenza o assenza dei presupposti di liceità del trattamento, e segnatamente del consenso informato del paziente o del suo legale rappresentante: né il rispetto delle *leges artis*, né l'esito fausto del trattamento potrebbero di per sé escludere la responsabilità del medico per il delitto di lesioni personali dolose, i cui estremi oggettivi e soggettivi - secondo questa prospettiva - ricorrono ogniquale sia posto in essere un trattamento dotato di un apprezzabile impatto sull'organismo del paziente, solo la presenza (o almeno l'erronea supposizione della presenza) di quelle condizioni di liceità avrà l'effetto di escludere ogni possibilità di addebito a titolo di dolo (e di preterintenzione nel caso di esito letale dell'intervento), lasciando eventualmente sussistere la mera possibilità di un rimpovero a titolo di colpa nelle tre distinte ipotesi di violazione delle *leges artis* (art. 43), di erronea e colposa supposizione dell'esistenza di un presupposto di liceità dell'intervento (art. 59 n.c.), o infine di eccesso colposo dai limiti segnati da tale presupposto (art. 55).

60 Dall'esposizione che precede delle varie tesi che si contendono il campo dovrebbe risultare chiaro che il nodo problematico fondamentale consiste nella precisa definizione del requisito oggettivo della "malattia" ai sensi delle norme incriminatrici delle lesioni personali. A parte infatti la prima tesi (sub a), che esclude in radice ogni possibile rilievo penale del trattamento medico (senza peraltro fondare tale affermazione su alcun preciso dato normativo), il contrasto tra la seconda (sub b) e la terza tesi (sub c), da un lato, e l'ultima tesi esposta (sub d), dall'altro, concerne proprio la possibilità di sussistere entro il concetto di "malattia" qualsiasi conseguenza di un trattamento che produca un qualche impatto sull'organismo del paziente, anche solo nell'immediato, ovvero soltanto quelle conseguenze (collaterali e indesiderate dal medico) che si risolvano in un esito infuasto, e cioè nel complessivo peggioramento della salute del paziente. L'alternativa è, d'altra parte, gravida di conseguenze anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo: adottando la lettura estensiva sub d, infatti, sarà inevitabile riconoscere che il

medico agisce con coscienza e volontà - e dunque con dolo - rispetto alla produzione di un evento così definito; mentre confinando la nozione di malattia all'esito infauosto, sarà assai più agevole negare il dolo in capo al medico che abbia perseguito, come normalmente accade, l'opposto obiettivo di migliorare lo stato di salute del paziente.

61

A dirlimere, almeno parzialmente, il contrasto tra le opzioni teoriche, che aveva generato contrapposti orientamenti anche presso la giurisprudenza della Cassazione, è intervenuta recentemente una importante sentenza delle sezioni unite [C. s. u. 18.12.2008, Giulini, *FI* 2009, II, 306 con nota di FRANZACA (10) e *CP* 2009, 1739 con nota di VIGANÒ (43)]. Il Supremo Collegio opta per la tesi *sub b* della distinzione tra trattamento con esito fausto o infauosto, affermando che un trattamento che in concreto non ha prodotto un complessivo peggioramento della salute del paziente non può essere considerato come produttivo di una "malattia" ai sensi delle norme incriminatrici delle lesioni personali ed è, pertanto, in radice penalmente irrilevante a questo titolo, ancorché sia stato eseguito in assenza dei suoi presupposti di liceità, e in specie in assenza del consenso informato del paziente. Più precisamente, la Cassazione osserva che la nozione di "malattia" non può essere identificata in quella, desunta dalla relazione ministeriale al codice penale, di "qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo", dovendosi invece accogliere l'indirizzo - del resto sempre più diffuso presso la giurisprudenza di legittimità (cfr. *sub art.* 582) - che richiede il prodursi nel soggetto passivo di un "processo patologico evolutivo, necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo". Sulla base di tale nozione, si dovrà escludere ad es. che la lesione anatomica determinata dall'incisione operatoria dei tessuti costituisca una "malattia" penalmente rilevante; e, più in generale, si dovrà escludere - in applicazione del canone ermeneutico della necessaria offensività del reato - che l'intervento abbia prodotto una malattia ogniquivola esso, "in ragione degli esiti 'conclusivi' che dall'intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva della salute del paziente", non abbia in concreto cagionato alcun'offesa - ma, all'opposto, un beneficio - al bene giuridico tutelato dagli artt. 582 e 583, e cioè la stessa salute del paziente. L'assenza del consenso informato del paziente (o dei presupposti alternativi di liceità del trattamento) potrà in tal caso dar luogo ad una sanzione in capo al medico ai sensi di altri rami dell'ordinamento (e segnatamente ai sensi del diritto civile), non già alla pena prevista per i delitti di lesioni personali, difendendo l'evento costitutivo di tali reati. Una diversa conclusione, rileva la Corte, si risolverebbe in una "torsione ermeneutica" dei requisiti di fattispecie, in spreigio allo stesso principio di tassatività inteso, anche qui, come canone ermeneutico delle norme incriminatrici.

62

Le sezioni unite hanno peraltro lasciato aperto il problema della possibile rilevanza penale ai sensi delle norme incriminatrici delle lesioni personali del trattamento con esito infauosto. Sul piano oggettivo, in base all'impianto argomentativo delle ss. uu. il medico avrà certamente, sul piano oggettivo, cagionato una "malattia", intesa come complessivo peggioramento delle condizioni di salute del paziente. Sul piano soggettivo, d'altra parte, la Corte afferma - sia pure *en passant* - che la finalità terapeutica che il medico normalmente persegue, anche allorché agisca in spreigio a quello che la stessa sentenza definisce il principio della "libertà di cura" (ossia, il diritto all'autodeterminazione

terapeutica del paziente), si atteggia in rapporto di "logica incompatibilità" con il dolo delle lesioni personali. Quanto invece alla possibilità di una responsabilità a titolo di colpa, la Corte pare ammettere la possibilità che il relativo coefficiente soggettivo sia integrato non solo nel caso (ovvio) di violazione delle *leges artis*, ma anche nell'ipotesi in cui l'atto medico, pur compiuto in conformità alle regole tecniche dell'arte, sia stato eseguito in assenza dei necessari presupposti di legittimità. Le sezioni unite accolgono infatti la prospettiva secondo cui il trattamento medico troverebbe la propria fonte di legittimazione in una causa di giustificazione non codificata, fondata non già sull'art. 50, ma su una sorta di "scriminante costituzionale", la quale potrebbe destinata ad operare proprio in relazione alle ipotesi di trattamento con esito infauosto - posto che di tale scriminante non vi sarebbe alcuna necessità, almeno dal punto di vista del giudice penale, rispetto ai trattamenti con esito fausto, che la stessa Cassazione considera *in radice* penalmente irrilevanti. Sempre nell'ottica delle sezioni unite, sembrerebbe allora di poter ritenere che l'operatività di tale scriminante sia condizionata alla presenza dei presupposti di liceità - anch'essi desumibili dalla Costituzione - richiesti in funzione della tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente; sicché, in caso di assenza di tali presupposti, la scriminante in parola non opererebbe, spalancandosi così la strada per l'affermazione di una responsabilità penale del medico a titolo, appunto, di lesioni personali colpose. Si spiega in questa chiave, a giudizio di scrive, l'esplicito riferimento della S.C. a una possibile responsabilità del medico per lesioni personali colpose nelle ipotesi di c.d. colpa impropria, e cioè di erronea supposizione degli estremi di una situazione scriminante (art. 59 u.c.), e di eccesso colposo dai limiti segnati dalla scriminante medesima (art. 55): responsabilità che potrebbe dunque doversi affermare a carico del medico che supponga per errore dovuto a colpa come sussistenti i presupposti di liceità del proprio intervento (ad es. ritenendo erroneamente che il paziente abbia consentito all'intervento, ovvero supponendo erroneamente una situazione di urgenza terapeutica), ovvero compia per errore dovuto a colpa un intervento più esteso di quello che la situazione concreta gli consentiva in effetti di compiere. Nell'ipotesi poi (non menzionata dalle sezioni unite) in cui il medico agisca nella piena consapevolezza dell'assenza dei presupposti di liceità del suo intervento (ad es. rendendosi conto che il paziente non aveva prestato alcun consenso, ed essendo consapevole altresì dell'assenza di qualsiasi urgenza terapeutica), esclusa la possibilità di un addebito a titolo di dolo in relazione all'affermata "logica incompatibilità" di tale coefficiente soggettivo con la finalità terapeutica comunque perseguita dal medico, parrebbe doversi concludere egualmente - nell'ottica delle sezioni unite - nel senso di una responsabilità per colpa a carico del medico, la colpa risiedendo qui precisamente nella violazione delle regole (non tecniche, ma giuridiche) funzionali alla tutela dell'autodeterminazione terapeutica del paziente [più ampiamente, su questa lettura, VIGANÒ (43), 1820]. Nel senso, peraltro, che "non è di regola possibile fondare la colpa sulla mancanza di consenso, perché l'obbligo di acquisire il consenso informato non integra una regola cautelare la cui inosservanza influisce sulla colpevolezza, essendo l'acquisizione del consenso preordinata a evitare non già fatti dannosi prevedibili (ed evitabili), bensì a tutelare il diritto alla salute e, soprattutto, il diritto alla scelta consapevole in relazione agli eventuali danni che possano derivare dalla scelta terapeutica" ai sensi dell'art. 32 c. 2 Cost., cfr. peraltro C 27.11.2013, n. 2347].

63 La giurisprudenza della S.C. successiva al citato intervento delle sezioni unite lascia, peraltro, trasparire un certo disagio rispetto alla soluzione ivi raggiunta in relazione al trattamento con esito infasto. In particolare in un caso recente, concernente un'ipotesi di intervento chirurgico correttivo della vista grossolanamente contro l'ipotesi di intervento di esito infasto (indebolimento permanente del senso della vista) e rispetto al quale il paziente aveva addirittura espresso un esplicito dissenso preventivo, la S.C. annulla, in accoglimento del gravame della pubblica accusa, la sentenza di condanna per lesioni personali meramente colpose, formulando il principio di diritto secondo cui "la condotta del medico che intervienga con esito infasto su paziente che abbia espresso il dissenso nei confronti del tipo d'intervento chirurgico rappresentato, deve essere qualificata come dolosa e non colposa" [C. 20.4.2010, Petretto, *DPP* 2010, 1320 con nota di IADDECORA]. La Corte sottolinea qui come nel caso di specie la condotta del medico sia stata "almeno anomala da esorbitare di gran lunga dai canoni della mera imprudenza, imperizia o negligenza", anomalia che esclude si possa ragionare in termini di mero eccesso colposo o di errore sull'esistenza di un'esimente, risultando piuttosto che il medico sia stato animato da "una palese volontà che accettò pienamente ed in via preventiva il rischio dell'evento lesivo poi verificatosi (dolo eventuale)". La finalità terapeutica che il medico comunque perseguiva - sia pure sovrapponendo consapevolmente le proprie valutazioni a quelle del paziente - non viene qui ritenuta sufficiente, in evidente contrasto con il menzionato *obiter* delle sezioni unite relativo alla "logica incompatibilità" tra dolo delle lesioni e finalità terapeutica, ad escludere il dolo in capo al sanitario. La motivazione della sentenza, e lo stesso principio di diritto enunciato per il giudizio di rinvio, assegna dunque rilievo decisivo - ai fini del riconoscimento del dolo delle lesioni personali - alla consapevole violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente, violazione che rende in radice illecito l'atto medico; sicché, allorché le conseguenze di esso siano infaste e pertanto produttive di una "malattia" ai sensi delle norme sulle lesioni personali, in presenza di una previsione e consapevole accettazione del rischio di verificazione di tali conseguenze da parte del medico, quest'ultimo dovrà essere riconosciuto responsabile a titolo di dolo (eventuale) per i delitti di cui agli artt. 582 o, se del caso, 583.

64 In sintesi, la soluzione oggi consacrata dal "diritto vivente" potrebbe potersi riassumere nel modo seguente: a) il trattamento medico che in concreto si sia risolto con un esito infasto non genera mai responsabilità penale del medico per lesioni personali, ancorché sia eseguito in assenza dei necessari presupposti di legittimità (ed eventualmente anche in violazione delle *leges artis*), non avendo in tal caso l'intervento cagionato alcuna "malattia"; b) nell'ipotesi in cui, invece, il trattamento abbia prodotto un esito infasto, esso avrà effettivamente cagionato una malattia ai sensi delle norme incriminatrici delle lesioni personali, sicché: b1) il medico andrà esente da ogni responsabilità, in forza della "scriminante costituzionale" di cui parlano le sezioni unite, laddove abbia agito in presenza dei presupposti di liceità del trattamento (consenso informato del paziente o del legale rappresentante, ovvero in presenza di una situazione di urgenza terapeutica) e abbia rispettato le *leges artis*; b2) risponderà per lesioni personali colpose (o se del caso per omicidio colposo) non solo nel caso - ovvio - in cui abbia violato le *leges artis*, ma anche nel caso in cui - pur essendosi attenuto alle *leges*

artis - abbia agito in assenza dei presupposti di liceità del trattamento rappresentandosi però colposamente la loro sussistenza (art. 59 u.c.), ovvero eccedendo colposamente dai limiti consentiti da tali presupposti (art. 55); b3) risponderà per lesioni personali dolose qualora la sua condotta sia compiuta per finalità non terapeutiche (cfr. *supra*, 54), ovvero quando abbia agito - poco importa se in conformità o in violazione delle *leges artis* - nella consapevolezza dell'assenza dei presupposti di legittimazione dell'atto medico (ed in particolare nella consapevolezza del dissenso del paziente: cfr. *supra*, 63), prevedendo ed accettando il rischio di conseguenze peggiorative della salute del paziente (lesioni personali dolose); profilandosi poi, in queste situazioni, una responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale o addirittura di omicidio doloso (sorto da dolo eventuale) laddove l'esito infasto consista addirittura nella morte del paziente, in presenza dei coefficienti soggettivi richiesti rispettivamente dall'art. 584 e art. 575.

65 Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la soluzione appena ricapitolata meriterebbe di essere rimeditata ex novo dalla giurisprudenza. Alla base di tale soluzione - imperniata sulla cruciale distinzione tra esito infasto e infasto dell'atto sanitario - sta, infatti, una concezione della "salute", che le sezioni unite individuano come il bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici delle lesioni personali, ormai ampiamente superata dalla riflessione bioetica e giuridica contemporanea: e cioè una concezione che identifica la salute in uno stato di equilibrio psicofisico della persona secondo l'apprezzamento della scienza medica, e che risulta distonica rispetto all'idea, oggi pressoché universalmente accettata, della salute come stato di benessere psicofisico della persona, così come soggettivamente percepito ed apprezzato [cfr. specialmente, sul tema, ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, *NGCC* 2000, II, 3. In senso analogo, nella letteratura penalistica, PALERMO FABRIS (25), 73; VIGANÒ (40), 176]. Di talché i concetti speculari di "esito infasto" e "infasto" vengono in linea di principio costruiti dalle sezioni unite con riferimento ad un apprezzamento di carattere tecnico sul carattere migliorativo o, all'opposto, peggiorativo dell'equilibrio psicofisico del paziente conseguente all'intervento medico, secondo la valutazione "standardizzata" della scienza medica, che non può che avere come punto di riferimento quello di un "paziente modello", premettendo così, in tesi, la valutazione del singolo paziente sull'impatto del trattamento sulla propria esistenza.

66 Obietano le sezioni unite che una concezione "soggettivizzante" del bene-salute non sarebbe funzionale all'interpretazione di un requisito normativo ("evento "malattia") dal quale dipende la responsabilità penale del medico [abituativamente sul punto anche FIANDACA (10), 31]. In realtà, le stesse sezioni unite riconoscono l'insostenibilità di un approccio meramente "oggettivo" nella ricostruzione della nozione di "malattia" e dei concetti di "esito infasto" e "infasto", e finiscono così per formulare - in contraddizione rispetto alle proprie stesse premesse - una definizione aperta anche a componenti soggettive. "Per esito infasto" - argomenta in effetti la Corte - "dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare

- quindi - che possa essere soltanto la 'monologante' scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, neglignendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo". Con tale inciso la Corte ammette dunque che la volontà del paziente - almeno allorché sia stata espressa in precedenza, ancorché in forma anche solo indiretta - incida sulla stessa determinazione se l'intervento abbia avuto o meno esito fausto, consentendo così al giudice di ravvisare un esito infastito (e, dunque, una "malattia") allorché l'intervento, pur tecnicamente coronato da successo e produttivo di un "miglioramento" della salute apprezzabile secondo parametri medici, fosse stato preventivamente rifiutato dal paziente. Il che, tuttavia, finisce per reintrodurre nella stessa definizione di malattia il punto di vista soggettivo del paziente, che in tesi le sezioni unite intendevano espungere in omaggio ad esigenza di certezza nella definizione dell'evento costitutivo del reato.

67 Una volta però che si ammetta, con le sezioni unite, che il dissenso preventivo del paziente possa di per sé condurre a giudicare 'infastito' l'esito di un intervento, indipendentemente dalla sua valutazione dal punto di vista della scienza medica, non si vede perché, nell'ipotesi in cui invece il paziente non sia stato neppure interpellato in merito all'esecuzione di un dato trattamento, e non abbia pertanto espresso alcuna preventiva volontà, la valutazione circa le conseguenze "fauste" o "infaste" del trattamento debbano prescindere dal soggettivo apprezzamento del paziente circa il proprio benessere, successivo all'esecuzione del trattamento stesso. Anche laddove un dato trattamento, non preventivamente consentito dal paziente e arbitrariamente attuato dal medico al di fuori di una situazione di urgenza terapeutica, abbia raggiunto il proprio obiettivo secondo i dettami della buona pratica clinica o chirurgica, le sue conseguenze ben potrebbero risultare troppo gravose, o addirittura intollerabili per il paziente, al quale soltanto sarebbe spettata la valutazione se sottoporsi o meno all'intervento [ampiamente sul punto VIGANÒ (40), 177]. Si pensi al caso di specie deciso dalla Cassazione nel caso MASSIMO [C. 21.4.1992, Massimo, CED 190113, CP 1993, 63], in cui la paziente aveva appreso, destatasi dall'anestesia, di essere stata sottoposta non già alla rimozione di un polipo per via transanale, come le era stato preventivamente prospettato, ma ad un intervento di deviazione rettale con contestuale applicazione di un anello artificiale - intervento assai più invalidante di quello programmato e consentito, produttivo di un massiccio impatto sull'esistenza quotidiana del paziente e di sofferenze la cui intensità e gravosità soltanto il singolo paziente può in definitiva apprezzare.

68 Non solo: più in radice, non convince l'approccio seguito dalle sezioni unite nella valutazione relativa alla sussistenza di una "malattia" ai sensi delle norme incriminatrici delle lesioni personali, secondo cui dovrebbe guardarsi soltanto all'esito finale del trattamento, al termine del decorso postoperatorio, risultando per contro irrilevanti, in questa valutazione, le tappe intermedie che conducono a quell'esito. "L'atto operato in sé" - argomentano le sezioni unite - "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 dall'intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva del paziente [...]. Pertanto, 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, giacché l'atto, pur se 'anatomicamente' lesivo, non soltanto non ha provocato - nel quadro generale della salute del paziente - una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto". Un simile approccio trascura di considerare che pressoché ogni intervento medico (e certamente ogni intervento chirurgico) provoca un immediato una perturbazione del benessere psico-fisico del paziente, e produce una sofferenza fisica e psichica (nuova e distinta rispetto a quella connessa allo stato patologico preesistente) che incide direttamente sulla sua salute [BLAIOTTA (3), 3608; VIGANÒ (40), 17]; e trascura altresì di considerare che ogni intervento medico si risolve al tempo stesso in una interferenza con il diritto fondamentale all'integrità fisica della persona [PASSACANTANDO (26), 238], e cioè con il diritto (riconosciuto dagli artt. 2, 13 e 32 c. 2 Cost. nonché dall'art. 3 della Carta europea dei diritti dell'uomo) a non subire intrusioni indesiderate da parte di terzi nella propria sfera corporea - diritto che non solo costituisce il nucleo del diritto all'autodeterminazione terapeutica oggi unanimemente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e civile (cfr. *supra*, 48), ma che a ben guardare costituisce proprio il bene giuridico tutelato in via primaria dalle norme in materia di lesioni personali, come dimostra la stessa intitolazione del capo I del titolo XII del secondo libro del codice penale ("delitti contro la vita e l'incolumità individuale"), nel quale tali norme trovano collocazione. Né appare corretto affermare, come fanno le Sezioni Unite, che gli effetti immediati del trattamento sul benessere psico-fisico del paziente non sarebbero riconducibili ad una nozione rettilineamente intesa di "malattia", che evoca un'alterazione funzionale e non meramente anatomica del corpo del paziente: tali effetti, per l'appunto, incidono sempre, e a volte pesantemente (si pensi ancora all'intervento di deviazione rettale oggetto del caso Massimo, ma anche al normale decorso postoperatorio successivo a qualsiasi intervento chirurgico), sulla funzionalità del suo organismo, alterandone temporaneamente o definitivamente l'equilibrio preesistente. Con conseguenze loro piana riconducibilità al concetto di "malattia" utilizzato dalle norme in materia di lesioni personali [inga invece risolutamente che il trattamento medico, persino chirurgico, interferisca con l'integrità del corpo del paziente MANNA (19), 460 e (20), 617, il solo trattamento arbitrario incidendo a suo avviso sulla mera libertà del paziente medesimo].

69 Pare pertanto a chi scrive che la questione della rilevanza penale del trattamento medico ai sensi delle norme incriminatrici delle lesioni personali debba essere rimpostata nei termini seguenti: a) l'esecuzione di un trattamento medico, specie chirurgico, integra gli estremi oggettivi del delitto di lesioni personali, nella misura in cui cagioni anche solo nell'immediato un'alterazione, soggettivamente percepita, del precedente equilibrio fisiopsichico del paziente, che integra come tale l'evento "malattia" di cui agli artt. 582 e 583 e lede il bene giuridico da tali norme tutelato; e ciò a prescindere dalla possibilità di qualificare l'esito finale dell'intervento come "fausto" o "infastito", secondo canoni medici; b) il medico agisce con il dolo di lesioni personali, nella misura in cui sia consapevole - come normalmente accade - di provocare mediante l'intervento questi effetti sul benessere fisiopsichico del paziente, ed agisca accettando il rischio della loro causazione (le norme in tema di lesioni personali non richiedendo

alcun peculiare coefficiente soggettivo *sub specie* di *animus nocendi*, o simili); c) l'antigiuridicità del fatto di lesioni personali (dolose), nella normalità delle ipotesi, sarà tuttavia esclusa in presenza dei presupposti che rendono lecito il trattamento (consenso informato del paziente o del suo legale rappresentante, situazione di urgenza terapeutica, etc.); d) laddove, però, non ricorra alcuna di tali ipotesi, il fatto risulterà punibile ai sensi degli artt. 582 o 583, secondo la gravità delle conseguenze lesive cagionate, a meno che il medico non abbia erroneamente supposto la sussistenza di un presupposto che avrebbe legittimato l'intervento (come il consenso informato del paziente, o una situazione di urgenza terapeutica), ovvero non abbia agito eccedendo colposamente dai limiti di liceità fissati da quei presupposti, nei quali casi potrebbe comunque ipotizzarsi una sua responsabilità a titolo di lesioni personali colpose ex art. 590 nell'ipotesi in cui l'errore o l'eccesso siano dovuti a colpa (artt. 59 c. 4, 55). Situazioni, queste ultime, statisticamente assai frequenti, nelle quali dunque una responsabilità per lesioni personali dolose a carico del medico dovrebbe senz'altro essere esclusa.

70 Nell'ipotesi, infine, in cui l'intervento del medico, compiuto nella consapevole assenza dei suoi presupposti di liceità, abbia cagionato addirittura la morte del paziente, potrà ravvisarsi - in forza di un'interpretazione dell'art. 584 orientata al principio costituzionale di colpevolezza, secondo le indicazioni dettate per la parallela ipotesi di cui all'art. 586 da una recente pronuncia delle sezioni unite [C. s. u. 22.1.2010, R., *DDP* 2010, 55] - una responsabilità a carico del sanitario per il delitto di omicidio preintenzionale soltanto laddove la causazione dell'evento letale sia essa stessa ascrivibile a titolo di colpa al sanitario. Tale giudizio presuppone, ad avviso di chi scrive, che il rischio di un esito letale associato all'intervento e alle sue concrete modalità di esecuzione rappresentasse, in base ad una valutazione *ex ante* effettuata allo *standard* di un medico avveduto, un rischio rilevante - con esclusione, pertanto, di quei rischi anche letali ordinariamente associati a qualsiasi intervento chirurgico, ancorché eseguito nel pieno rispetto delle *leges artis*. Naturalmente, poi, nelle ipotesi (verosimilmente le più frequenti dal punto di vista statistico) in cui il medico abbia agito nell'erronea supposizione della sussistenza di un presupposto di legittimità (ad es. ritenendo di trovarsi di fronte a una situazione di urgenza terapeutica), ovvero eccedendo involontariamente dai limiti segnati da tali presupposti, a fare difetto sarebbe già il fatto base di lesioni dolose: con conseguente non configurabilità di una responsabilità per omicidio preintenzionale (bensì, eventualmente, per mero omicidio colposo) a carico del medico che abbia in tal caso involontariamente cagionato la morte del paziente.

X. (Segue) ii) delitti contro la libertà

71 Comparativamente assai meno complessa è la questione - anch'essa affrontata dalle sezioni unite nella sentenza del 2008 già ampiamente discussa [C. s. u. 18.12.2008, *Giulini*, *FI* 2009, II, 306, su cui cfr. *supra*, 61 ss.] - se il trattamento medico eseguito in assenza degli indispensabili presupposti di liceità possa integrare gli estremi di uno o più delitti contro la libertà individuale (violenza privata, stato di incapacità procurato mediante violenza, sequestro di persona), eventualmente in concorso con i delitti di lesioni personali o di omicidio sinora esaminati.

72 a) Quanto alla violenza privata, è anzitutto pacifico che il medico potrà rispondere di tale delitto allorché costringa con la forza il paziente a subire il trattamento in presenza di un suo dissenso, in assenza di un'apposita autorizzazione di legge (e in particolare degli estremi di cui agli artt. 33 ss. l. n. 833/1978) [sulla problematicità di tale conclusione nella particolare ipotesi in cui il medico si limiti a non interrompere un trattamento in atto, rifiutato dal paziente, che proceda ormai *motu proprio* - come accadeva nel caso Welby prima che fosse attuata la sua volontà, in precedenza ripetutamente e invano espressa, di essere disconnesso dal respiratore che lo teneva in vita - cfr. peraltro VALLINI (38), 77]. Sulla configurabilità di tale delitto anche laddove il trattamento sia necessario per la sopravvivenza del paziente, cfr. *infra*, 116.

73 Contrariamente a una tesi diffusa presso la dottrina italiana, le sezioni unite hanno invece persuasivamente escluso che il delitto sia integrato nell'ipotesi in cui il trattamento sia attuato semplicemente in assenza del consenso del paziente, o comunque in assenza dei suoi presupposti di liceità. A fare difetto qui è già l'estremo di una condotta "violenta", strumentale a vincere la resistenza del paziente e a "costringerlo" a "tollerare" l'operazione. In secondo luogo, lo stesso concetto di "costrizione" pare alquanto semanticamente a un contrasto di volontà reale, e non meramente potenziale, tra la volontà dell'agente e quella della vittima, e dunque un reale dissenso di quest'ultima rispetto all'esecuzione del trattamento. Tant'è vero che il progetto di legge delega di riforma del codice penale predisposto nel 1992 dalla commissione Pagliaro aveva espressamente contemplato l'introduzione di un delitto *ad hoc*, sul modello di quanto previsto dal codice penale austriaco, di "attività medica su persona non consenziente", destinato per l'appunto a trovare applicazione rispetto a condotte non integrate il più grave paradigma delittuoso della violenza privata [C. s. u. 18.12.2008, *Giulini*, *FI* 2009, II, 306. In senso conf., in dottrina, FIANDACA (10), 307; VIGANO' (40), 163. In senso favorevole alla configurabilità del delitto di violenza privata in queste ipotesi, cfr. invece, in dottrina, BUSBERI (9), 729; MANNA (19), 476; M. MANTOVANI, *Violenza privata*, *EDD*, XLVI, 1993, 951; MARA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente all'attività medico-chirurgica*, *CP* 2003, 1957; nonché, più problematicamente, VALLINI (38), 76].

74 Problematica, e non risolta dalle sezioni unite, è l'ulteriore ipotesi in cui il paziente abbia preventivamente espresso un dissenso all'operazione, poi eseguita dal medico mentre il paziente si trova in stato di incoscienza (ad es. nel caso in cui il testimone di Geova, nel prestare il proprio consenso ad un'operazione chirurgica, abbia contestualmente espresso il proprio dissenso rispetto alle emotrasfusioni che si fossero rese necessarie durante l'intervento. Cfr. peraltro su tale casistica anche *infra*, 121). In questa ipotesi sussisterebbe, invero, un contrasto reale di volontà tra medico e paziente, sicché potrebbe ravvisarsi - sotto tale profilo - una "costrizione" del paziente medesimo a subire l'intervento: ma resterebbe la difficoltà di individuare una condotta "violenta" strumentale alla coazione a tollerare l'intervento, e naturalisticamente distinta rispetto all'intervento medesimo.

75 b) Quanto poi allo stato di incapacità procurato mediante violenza di cui all'art. 613, che taluni autori ritengono integrato allorché il medico sottoponga il paziente ad un'operazione chirurgica da questi non consentita, cagionandogli uno stato di incapacità attraverso

l'anestesia [cfr. per tutti MANNA (20), 617], va rilevato come lo schema legale del delitto in parola esiga che il fatto avvenga in assenza di consenso del paziente; mentre, nella generalità delle ipotesi, il paziente acconsente all'anestesia, sia pure rappresentandosi la stessa come funzionale a un intervento diverso da quello poi realizzato dal chirurgo. Né potrebbe ritenersi che il consenso sia in queste ipotesi invalido: l'art. 613 equipara infatti l'assenza di consenso alle ipotesi in cui esso sia estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero capito con l'inganno, ma non menziona l'ipotesi in cui il chirurgo semplicemente taccia al paziente le sue reali intenzioni, né *a fortiori* l'ipotesi in cui il mutamento del piano operatorio rispetto a quello concordato sia deciso dal chirurgo durante l'operazione, a paziente ormai anestetizzato [VIGANÒ (40), 166].

76 c) Uno spazio applicativo per il sequestro di persona *ex art.* 605 pare infine potersi riconoscere nelle ipotesi in cui il paziente non solo sia sottoposto contro la sua volontà ad un trattamento medico, ma sia anche privato della propria personale per un tempo apprezzabile, e comunque ulteriore rispetto a quello strettamente necessario per l'esecuzione del singolo trattamento. Situazione, questa, che verosimilmente si verifica con una certa frequenza - malgrado la pressoché totale assenza di precedenti nei repertori giurisprudenziali - in relazione a pazienti psichiatrici *e/o* affetti da demenza senile, ristretti in cliniche "chiusé" in assenza dei presupposti per l'esecuzione di un t.s.o. ai sensi degli artt. 34 ss. l. n. 833/1978.

XI. (Segue) B) la "giustificazione" del trattamento: i) considerazioni generali

77 Una volta stabilito che un dato atto medico è penalmente rilevante ai sensi di una o più norme incriminatrici, sorge per il penalista la questione se, in forza di quali norme, e a quali condizioni la condotta del medico possa risultare giustificata. Secondo la prospettiva adottata oggi dalle Sezioni Unite, in particolare, un problema di giustificazione si porrà soltanto per il trattamento che abbia avuto in concreto esito infastuito, stante l'affermata irrilevanza penale del trattamento con esito fausto (cfr. *supra*, 61), salvo che nella marginalissima ipotesi in cui esso stia stato imposto con la forza ad un paziente dissenziente (cfr. *supra*, 63, 72); mentre, laddove si ritenga - secondo la tesi qui sostenuta (cfr. *supra*, 69) - che qualsiasi trattamento medico dal quale discenda un'alterazione anche solo transitoria del precedente equilibrio psicofisico del paziente integri gli estremi oggettivi del delitto di lesioni personali, il problema dell'individuazione di una causa di giustificazione idonea ad escludere l'antigiuridicità del fatto si porrà in ogni caso, a prescindere dall'esito finale (fausto o infastuito) del trattamento medesimo.

78 Il problema dell'individuazione della causa di giustificazione in grado di costituire il fondamento di liceità del trattamento medico è una classica *vexata quaestio* per la dottrina penalistica, sulla quale sono stati scritti - soprattutto in passato - fiumi di inchiostro, senza che sia stato possibile giungere a una soluzione condivisa. Le opinioni in dottrina sono le più disparate: accanto a chi sostiene *tour court* l'irrilevanza della questione, muovendo dalla prospettiva della radicale irrilevanza penale del trattamento medico *e/o* della sua supposta "auto legittimazione" (cfr. *supra*, 56), si invoca di volta in volta il consenso dell'avente diritto *ex art.* 50 [così PALERMO FABRIS (25), 125; RIZ (32), 320].

l'esercizio di un diritto di cui all'art. 51, *sub specie* di esercizio di un'attività autorizzata, finanziata e incoraggiata dall'ordinamento quale l'attività medico-chirurgica [così in particolare F. MANTOVANI (21), 645; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, 1974, 644; MANTOVANI, *PIG*, 279; PADOVANI 154; PALAZZO, *Persone (delitti contro)*, *EzID*, XXXIII, 1983, 311], l'adempimento di un dovere [BRICOLA (4), 120; NUVOLONE (24), 128], ovvero una speciale causa di giustificazione non codificata *ad hoc* per il trattamento medico [così ad es. ANTOLISEI, *PIG*, 317; PEDRAZZI (27), 144; VASSALLI (39), 809]. Opinione, quest'ultima, cui sembrano ora accostarsi le sezioni unite, che parlano - come già ricordato - di una "scritta costituzionale" fondata - parrebbe - sull'art. 32 Cost., che, tutelando la salute umana, assolverebbe in linea di principio la liceità dei mezzi necessari ad assicurare la salvaguardia [C. s. u. 18.12.2008, Galini, *FI* 2009, II, 306; cfr., su questo specifico passaggio della sentenza, *supra*, 62].

L'impressione è, d'altra parte, che per lo più il dibattito verta su un problema di rilievo meramente classificatorio, senza che dai diversi inquadramenti sistematici discendano differenti conseguenze operative - essendovi oggi, anzi, un **larghissimo consenso sui principi di fondo ai quali il medico deve attenersi nel proprio rapporto con il paziente**, a garanzia del diritto di questi all'autodeterminazione terapeutica. Tutte le impostazioni surriferite, in effetti, concordano in linea di principio sulla necessità del consenso del paziente (o quanto meno di un suo legale rappresentante) al trattamento quale requisito essenziale della sua liceità, salve ipotesi eccezionali. Al riconoscimento di una diretta efficacia all'art. 50 sembra, invero, ostare il carattere in buona parte indisponibile degli interessi su cui incide l'atto medico: il mero consenso, si afferma, non potrebbe di per sé giustificare trattamenti comportanti menomazioni fisiche permanenti (per es. l'amputazione di un arto o l'asportazione di un organo malato), né trattamenti comunque rischiosi per la vita del paziente. Ma tali perplessità sono a ben guardare infondate: la considerazione della *ratio* dell'art. 5 c.c. consente infatti di escludere che i limiti alla disponibilità dell'integrità fisica ivi segnati siano operanti nel caso in cui l'atto dispositivo sia obiettivamente funzionale al complessivo miglioramento della salute del paziente o addirittura alla salvaguardia della sua stessa vita (cfr. *supra*, 13 e la nutrita schiera di autori ivi citati). Nulla si oppone pertanto, ad avviso di chi scrive, all'individuazione del normale fondamento della liceità del trattamento nello stesso **consenso dell'avente diritto *ex art.* 50** [così anche C. 21.4.1992, Massimo, *CED* 190113, *CP* 1993, 63], che ben può essere invocato tanto nell'ipotesi in cui sia espresso direttamente dal paziente (capace), quanto in quella in cui esso provenga dai legati rappresentanti di un paziente incapace.

Il richiamo al consenso dell'avente diritto non esclude, peraltro, che l'agire del medico possa essere oggetto nel caso concreto non già di una facoltà, bensì di un **dovere di agire, come tale rilevante (anche) *ex art.* 51**: ciò che si verifica, in particolare, in tutti i casi in cui il medico rivesta una posizione di garanzia nei confronti del paziente, conferitagli direttamente dal paziente nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, ovvero derivante dai suoi obblighi di funzionario del servizio sanitario pubblico. Anche in tale ipotesi, tuttavia, l'operatività del dovere di agire è normalmente condizionata alla

sussistenza di un valido consenso del paziente, o se del caso del suo legale rappresentante; consenso che, pertanto, resta una fondamentale condizione di liceità dello stesso trattamento. Che la scriminante del consenso ex art. 50 possa operare congiuntamente a quella dell'adempimento del dovere ex art. 51 non costituisce, del resto, una specificità del trattamento medico: il giardiniere che abbate un albero nel giardino altrui su incarico del padrone di casa, realizzando quindi un fatto tipico di danneggiamento (art. 635), agisce lecitamente in forza sia del consenso del proprietario, sia dell'obbligo che gli deriva dal contratto di lavoro o di prestazione d'opera intercorrente con il medico. Consenso dell'avente diritto e adempimento del dovere sono, anche qui, inestricabilmente legati.

- 81 **Soltanto alla causa di giustificazione di cui all'art. 51** (*sub specie* di esercizio di una facoltà legittima o di adempimento di un dovere) dovrà farsi riferimento, invece, nei casi eccezionali in cui il medico è autorizzato (e, di solito, al tempo stesso tenuto) al compimento di un atto medico in assenza del consenso del paziente o del suo legale rappresentante, in forza della situazione di urgenza terapeutica ovvero in forza degli artt. 33 ss. l. n. 833/1978; mentre, anche rispetto alle situazioni di urgenza terapeutica, risulta come vedremo del tutto fuorviante (e foriero di gravi equivoci anche sul piano pratico) il riferimento usuale allo stato di necessità ex art. 54 (cfr. *infra*, 109).

- 82 Il richiamo alle scriminanti codificate di cui agli artt. 50 e 51, peraltro, non deve destare l'impressione che i presupposti di legittimità dell'atto medico possano semplicemente essere desunti dallo scarno dato testuale di queste due norme, in realtà non riagiate specificamente sulla materia. Tali presupposti devono, piuttosto, essere ricostruiti dall'interprete - nella perdurante assenza di un'organica legislazione in materia - sulla scorta delle indicazioni provenienti dall'intero ordinamento, a partire ovviamente dalle norme costituzionali, nonché delle fonti internazionali vincolanti per l'ordinamento italiano ex art. 117 c. 1 Cost.

- 83 Tra queste ultime riveste particolare rilievo la **Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1996** (di seguito anche semplicemente: Conv. Oviedo) elaborata nel quadro istituzionale del Consiglio d'Europa ma aperta alla firma anche di paesi terzi la quale costituisce ormai uno strumento universale che fissa le coordinate essenziali della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nella materia, per l'appunto, essenziali dei medici. Discussa è, invero, l'effettiva vincolatività della Convenzione per l'ordinamento italiano [VIGANO (42)]: il nostro parlamento ha autorizzato il governo alla ratifica della Convenzione con la l. n. 145/2001, contenente la clausola di "piena e intera esecuzione" dello strumento nel diritto interno; ma il governo non ha sinora provveduto al deposito dello strumento di ratifica presso la sede indicata dalla Convenzione (passaggio questo essenziale ai fini dell'entrata in vigore dello strumento per lo Stato italiano), che non può a tutt'oggi ritenersi ad esso vincolato sul piano del diritto internazionale), né ha provveduto all'emanazione dei decreti attuativi. Tali circostanze non hanno tuttavia impedito alla giurisprudenza italiana recente di guardare alla Convenzione come a un punto di riferimento essenziale cui orientare l'interpretazione delle norme interne, ivi comprese quelle costituzionali, suscettibili di trovare applicazione nella materia del

trattamento medico; valorizzando, con ciò, il generale consenso sui principi espressi dalla convenzione consolidatosi sul piano internazionale e, assieme, l'adesione espressa dallo stesso parlamento italiano a quei principi espressa attraverso la citata legge di autorizzazione alla ratifica [cfr., in particolare, C. civ. 16.10.2007, *FT* 2007, I, 3025 sul notissimo caso Englaro]. Il richiamo alla Conv. Oviedo è particolarmente importante, nel contesto che ci occupa, dal momento che tale strumento contiene agli artt. 5-9 una rassegna pressoché esaustiva dei possibili presupposti di liceità del trattamento medico in rapporto al diritto all'autodeterminazione terapeutica (e alla stessa integrità fisica) del paziente, disciplinando in particolare il consenso informato del paziente capace (art. 5), il consenso informato del legale rappresentante del paziente incapace (art. 6), il trattamento coattivo delle infermità psichiche (art. 7) e le situazioni di urgenza terapeutica (art. 8), per concludere con una disposizione generale relativa alla rilevanza delle manifestazioni di volontà anticipata del paziente (art. 9). A tali dettagliate disposizioni anche l'esposizione che segue farà pertanto riferimento.

XII. (Segue) ii) il consenso del paziente capace

L'art. 5 Conv. Oviedo enuncia il principio secondo cui l'esecuzione di qualsiasi trattamento medico nei confronti di un **paziente capace** presuppone il **consenso informato** del paziente medesimo; tutte le altre regole sussidiarie previste dagli artt. 6 e ss. sono dunque destinate ad operare nei confronti di un paziente incapace, in via permanente o transitoria, di assumere una decisione terapeutica responsabile. Su tale principio vi è oggi assoluto consenso in giurisprudenza e in dottrina (salvo che per la peculiare ipotesi, ancora in parte discussa, in cui il rifiuto da parte del paziente di consentire al trattamento esponga il medesimo a un immediato rischio per la propria vita: cfr. sul punto *infra*, XVII), trattandosi del resto di una piana conseguenza della regola espressa - nel nostro ordinamento - dall'art. 32 c. 2 Cost.: norma che, stabilendo il divieto di trattamenti sanitari "obbligatori" in assenza di una disposizione espressa di legge, sancisce a contrario il principio che in mancanza di una tale disposizione di legge il trattamento potrà lecitamente attuarsi soltanto in presenza del libero consenso del paziente [sul fondamento costituzionale, desumibile - oltre che dall'art. 32 c. 2 - anche dagli artt. 2 e 13 Cost., dai quali si evince un diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica in capo al paziente, cfr. ora C. Cost. 438/2008 *DeJure*, su cui cfr. *supra*, 48]. Superfluo, quindi, procedere in questa sede ad una rassegna analitica delle molteplici disposizioni di fonte internazionale (prime fra tutte l'art. 3 della Carta europea e l'art. 8 C.e.d.u., su cui cfr. ancora *supra*, 48), primaria (cfr. in particolare l'art. 33 c. 1 l. n. 833/1978) o subordinata dalle quali può desumersi il medesimo principio in relazione alla generalità dei trattamenti medici o a particolari trattamenti. Nello stesso senso si esprime del resto il Codice deontologico del 2006, attualmente in vigore (art. 35 c. 1).

L'art. 5 della Conv. Oviedo enuncia il principio che il consenso del paziente all'intervento debba essere **libero ed informato** in relazione alla "natura dell'intervento e alle sue conseguenze e rischi". Il principio è del resto da tempo pacifico nell'ordinamento italiano, ed è coerente con gli ordinari requisiti di validità del consenso come causa di giustificazione, già esaminati *supra*, 51. Particolare rilievo assume, nella pratica, la

necessità che il consenso non sia viziato da errore: ipotesi che ricorre per l'appunto in difetto di un'adeguata informazione sulla condizione patologica in atto, sulla natura del trattamento, sulle tecniche da utilizzare, sui benefici prevedibili e i rischi specifici del trattamento nonché sui benefici e rischi di eventuali trattamenti alternativi, ed ancora sulle prevedibili conseguenze derivanti dall'omissione di ogni trattamento (art. 33 del Codice di deontologia medica) [sul tema, cfr. già Crespi (6), 45; Ritz (32), 326]. In sintesi, al paziente devono essere forniti - in forma per lui comprensibile - tutti gli elementi idonei a consentirgli di assumere una responsabile decisione sull'an e sul *quomodo* della cura.

86 Quanto, in particolare, alla **comunicazione** al paziente **dei rischi del trattamento**, si ritiene per lo più non necessaria un'informazione dettagliata su tutte le conseguenze atipiche o collaterali prospettabili, essendo sufficiente la comunicazione dei pericoli tipici dello specifico trattamento, la cui verifica appare quanto meno non improbabile [così, nella sostanza, Crespi (6), 50; conf. Ritz (32), 334, il quale precisa che le conseguenze atipiche devono essere comunicate al paziente che espressamente lo richieda]. L'informazione deve, peraltro, essere tanto più dettagliata quanto meno l'intervento sia necessario per la vita e la salute del paziente; con la conseguenza che, nei trattamenti a scopo meramente estetico, il dovere di informazione è della massima ampiezza, estendendosi anche alla prospettazione dei rischi atipici ed eccezionali [Crespi (6), 54]. Il vigente Codice di deontologia medica prescrive peraltro (art. 33 c. 6) che "la documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione deve essere rispettata": precisazione, questa, senz'altro condizionale, l'informazione costituendo oggetto di un diritto del paziente, e non certo di un obbligo o di un onere.

87 Quanto poi alla **comunicazione della diagnosi**, nell'ipotesi di gravi patologie con prognosi verosimilmente infausta, l'informazione del paziente - pur con la dovuta "prudenza", "usando terminologie non traumatizzanti" e "senza escludere elementi di speranza", come prescrive l'art. 33 c. 5 del Codice di deontologia medica - deve ritenersi imprescindibile, almeno allorché risulti ancora praticabile un qualche trattamento terapeutico (anche solo a carattere palliativo) e vi sia, pertanto, la necessità di acquisire il consenso informato del paziente (il quale, posto di fronte ad una verità drammatica, ben potrebbe decidere di non sottoporsi ad alcuna terapia, lasciando che la natura segua il suo corso).

88 Un problema delicato concerne la **prova del consenso** del paziente. La prassi ormai diffusa negli ospedali di fare sottoscrivere al paziente moduli prestampati di "consenso informato" non può ritenersi imposta dalla legge [cfr. in questo senso C 17.9.2008 C., CED 242207, relativa a un caso ove la paziente si era invece rifiutata, per paura dell'intervento, di firmare ella stessa il modulo di consenso informato, firmato invece dal marito, ma ove il comportamento complessivo della paziente - ed in particolare la sua collaborazione all'incannulazione della vena - permetteva comunque di dedurre l'esistenza di un suo consenso al trattamento] se non nei casi espressamente previsti

ne esaurisce l'obbligo del medico di fornire verbalmente gli opportuni chiarimenti, in termini comprensibili al paziente secondo il suo livello culturale e intellettuale (artt. 33 c. 2 e 35 c. 2 del Codice di deontologia medica); d'altra parte, lo stesso Codice deontologico (art. 35 c. 2 e 3) raccomanda la documentazione scritta del consenso nei casi in cui ciò si renda opportuno in relazione alla "particolarità delle prestazioni diagnostiche e terapeutiche" o alle "possibili conseguenze delle stesse", nonché nei casi di procedimenti diagnostici e trattamenti terapeutici che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona.

Ovvio corollario del principio della necessità del consenso informato del paziente capace è l'**illegitimità dell'intervento medico in presenza di un rifiuto di prestare il consenso da parte del paziente**. Tale corollario è esplicitato all'art. 35 c. 4 del Codice di deontologia medica, a tenore del quale "in ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e curativi, non essendo consentito alcun trattamento contro la volontà della persona", e non soffre a tutt'oggi alcuna eccezione nell'ordinamento italiano, non essendovi alcuna legge che preveda, ai sensi degli artt. 13 e 32 c. 2 Cost., trattamenti sanitari coattivi (ossia eseguibili anche con la forza nonostante il dissenso e l'opposizione del paziente, e non già meramente obbligatori come talune vaccinazioni) nei confronti di pazienti capaci - l'unica ipotesi di trattamento sanitario realmente "coattivo" prevista dalla legge essendo rappresentata dal t.s.o. per le persone affette da alterazioni psichiche, e pertanto non "capaci". Ciò vale anche nell'ipotesi in cui il rifiuto di sottoporsi al trattamento esponga il paziente ad un immediato pericolo di vita, o addirittura alla prospettiva di una morte certa (cfr. sul punto *infra*, 112). Per altro verso, lo stato di incapacità del paziente non autorizza di per sé solo il medico a procedere di propria iniziativa al trattamento ignorando il rifiuto del paziente, ma determina l'applicazione delle diverse regole che presiedono al trattamento dei pazienti incapaci (sulle quali cfr. *infra*, XIII-XV).

Il consenso già prestato dal paziente può, infine, essere sempre **liberamente revocato** dal paziente medesimo (art. 5 c. 3 Conv. Orvedo), con conseguente obbligo a carico del medico di sospendere il trattamento eventualmente già avviato, dopo avere debitamente informato il paziente delle conseguenze della sua decisione. La revoca del consenso da parte del paziente fa infatti venir meno l'originario presupposto di legittimità del trattamento, che risulterebbe così - a questo punto - sprovvisto di ogni giustificazione, violando indubbiamente il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente. Una recente e assai nota applicazione di questo corollario - anch'esso dedotto pianamente dall'art. 32 c. 2 Cost. - si rinviene nella sentenza di non luogo a procedere nel caso Welby, nella quale il g.u.p. di Roma ritenne immune da censure la condotta del medico che accolse la richiesta di un paziente capace di interrompere un trattamento di sostegno vitale, avviato legittimamente ma successivamente da lui rifiutato [T. Roma 23.7.2007, Riccio, *FT* 2008, II, 105 e *DDP* 2008, 66 con nota di VALLINI (38) sul caso cfr. anche art. 51 e art. 579, nonché VIGANO (41), 1601]. La revoca del consenso - e la conseguente richiesta di interruzione del trattamento eventualmente già iniziato - non è di per sé subordinata ad alcun requisito di validità *e/o* di capacità del paziente, determinando

