

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE PER LE  
PROFESSIONI LEGALI



TESI IN  
DIRITTO PENALE

LA RESPONSABILITÀ DEL SANITARIO PER TRATTAMENTI  
SANITARI ARBITRARI

RELATORE  
CHIAR.MA PROF.SSA ANNAMARIA PECCIOLI

CANDIDATO  
SEBASTIANO SPINELLI

ANNO ACCADEMICO 2022-2023

## INDICE:

1. Premessa.	p.2
2. I primi due gradi di giudizio e il ricorso della difesa.	p.3
3. Il nesso di causalità.	p.5
4. L'elemento soggettivo.	p.9
4.1 La finalità terapeutica.	p.15
4.1.1 L'evoluzione giurisprudenziale.	p.15
4.1.2 Le Sezioni Unite Giulini.	
4.2 Le linee guida per i trattamenti sanitari palliativi.	p.20
5. Il 579 c.p. Un'imputazione forse troppo semplicistica?	p.28
6. Per completezza espositiva.	p.31
7. Conclusioni.	p.32

## 1. Premessa.

Affetto da un “disturbo narcisistico di personalità”, vittima di una “sorta di delirio di onnipotenza”.

Questa è la preoccupante descrizione che la Suprema Corte<sup>1</sup> fa di un medico ospedaliero, confermando la condanna per omicidio inflitta nei primi due gradi di giudizio.

Il protagonista di questa vicenda di cronaca nera, che per lungo tempo ha occupato le prime pagine dei giornali, svolge una professione che sembrerebbe incompatibile con quella dell’omicida.

L’imputato, in servizio presso un noto Pronto soccorso lombardo, mediante trattamenti eutanasi<sup>2</sup> non richiesti e abusando dei poteri inerenti il pubblico servizio, cagionava volontariamente la morte di pazienti ricoverati e da lui ritenuti, in virtù della condizione terminale o comunque grave della loro patologia, meritevoli una “buona morte”.

Il medico, con l’uso di sostanze venefiche, e profittando delle circostanze di tempo, luogo e di persona valide ad ostacolare la privata difesa, anticipava il naturale decesso dei propri pazienti, sottoponendoli ad un “protocollo palliativo” da lui brevettato e privo di qualunque riscontro medico.

Una vicenda processuale che si inserisce nel sempre più nutrito novero dei casi giudiziari in cui la finalità terapeutica, che dovrebbe muovere il medico nello svolgimento dell’attività clinica e diagnostica, viene piegata alla realizzazione di interessi distorti<sup>3</sup>.

Prima di scomparire dall’eco della cronaca giudiziaria, questa vicenda ci offre la possibilità di prendere coscienza di quelli che sono i punti fermi dell’attuale giurisprudenza in materia, segnalando sinteticamente gli approdi del diritto vivente circa il rapporto tra diritto penale, salute e trattamenti sanitari.

---

<sup>1</sup> Cass. Pen., Sez I, 9 settembre 2022, n. 48944 in *Onelegale*.

<sup>2</sup> Tecnicamente la mancanza di consenso esclude la possibilità di configurare questi trattamenti come eutanasi, in quanto di eutanasia può solamente parlarsi a seguito di una richiesta esplicita del paziente.

Il concetto di eutanasia è affrontato in modo dettagliato in: CASSANO V., CATULLO F.G., *eutanasia, giudici e diritto penale*, nota a C. Ass. App. Milano, 24 aprile 2022, n. 23, in *Cass. pen.*, 2003, fasc 4, p. 1369 ss; CASSANO V., *Accanimento terapeutico ed atti eutanasi*, in *Riv. pen.* 2002, fasc. 11, p. 947 ss; MASSARO A., *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino, 2020, p. 13.

<sup>3</sup> Tra gli altri, dello stesso tenore è il recentissimo caso “Bregamassone”, Cass. Pen., Sez. I, 22 giugno 2017, n. 14776, in *Onelegale*.

## 2. I primi due gradi di giudizio e il ricorso della difesa.

La ricostruzione processuale della vicenda non può che prendere le mosse dalle considerazioni relative allo svolgersi dei primi due gradi di giudizio.

La condanna per omicidio volontario inflitta in primo grado al sanitario, veniva confermata dalla Corte d'Assise d'appello, la quale giungeva alle medesime conclusioni del Giudice di Prime Cure, facendo leva principalmente sull'impossibilità di ricondurre il protocollo utilizzato dal medico imputato alla novero delle cure palliative, pratiche legislativamente disciplinate dalla l. 15 marzo 2010 n. 38.

Il metodo brevettato dal medico, come evidenziato dai periti, era privo delle cautele necessarie a garantire un corretto trattamento del paziente.

La Corte d'Assise d'Appello riteneva provato il nesso eziologico sulla base della sussistenza del rapporto causa - effetto tra la somministrazione dei farmaci da parte dell'imputato e i decessi dei pazienti, esiti nefasti significativamente anticipati rispetto al loro probabile e naturale verificarsi.

La pratica effettuata dal sanitario, che egli definiva protocollo, era in realtà finalizzata proprio a porre fine alle vite dei pazienti nel più breve tempo possibile e non a lenire le loro sofferenze.

In merito invece all'elemento soggettivo, la Corte d'Appello, guidata dai criteri "Thyssenkrupp" (formulati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 38343 del 2014), escludeva la colpa cosciente e, ravvisando previsione o volizione degli effetti mortali, riconosceva il dolo diretto.

Per il tramite dei suoi difensori di fiducia il medico ricorreva in Cassazione formulando una pluralità di motivi.

I principali vertevano sulla impossibilità di ritenere provata la sussistenza del nesso causale e sulla riqualificazione dell'elemento soggettivo da doloso a colposo.

In merito alla sussistenza del nesso causale, la difesa ravvisava un ragionamento viziato da circolarità e - richiamando i principi della Sentenza Franzese (Cass. pen., S.U n. 30328, del 2002) - eccepiva che l'impostazione accusatoria si fondasse sul mero rapporto di consequenzialità logica tra il fatto (l'utilizzo del protocollo) e l'evento (la morte dei pazienti).

Secondo la difesa mancava nella motivazione della Corte d'Appello l'esclusione di eventuali decorsi causali alternativi, le patologie gravissime di cui i pazienti erano affetti, ritenuti la vera causa del decesso dei pazienti.

Affermava inoltre che il medico aveva minuziosamente rispettato i protocolli: i pazienti erano tutti candidabili alla sedazione palliativa in ragione delle loro patologie e delle acute sofferenze.

Il medico avrebbe rispettato ogni fase della procedura e i pazienti sarebbero deceduti indipendentemente dalle terapie somministrate.

I difensori evidenziavano la mancanza della prova che in assenza della condotta del medico i decessi non si sarebbero comunque verificati nello stesso luogo e in quello stesso momento.

Riguardo l'elemento soggettivo la difesa riteneva evidente la qualificazione colposa della condotta ed argomentava la propria posizione richiamando, a sua volta, i criteri Thyssenkrupp. La pratica effettuata dal medico era stata appropriata e l'opportunità di metterla in pratica con risultati positivi sarebbe stata in quegli anni ancora oggetto di dibattito in letteratura ed in ogni caso non si sarebbe potuta ritenere del tutto inadeguata.

In merito alle caratteristiche personali dell'agente la difesa evidenziava come il medico fosse conosciuto come grande professionista, anche se affetto da disturbo narcisistico della personalità che lo rendeva vittima del personaggio da lui stesso creato.

Nonostante ciò, egli era "convinto della bontà delle sue scelte"<sup>4</sup> e, infatti, la ripetizione della condotta non era altro che l'evidente reiterazione di un errore non voluto e non la prova di un comportamento dolosamente orientato.

La condotta successiva ai fatti era trasparente e non improntata all'occultamento di quanto commesso, l'uso del suo protocollo era regolarmente annotato in cartella clinica.

Tutte le sue attività erano finalizzate a lenire le sofferenze dei pazienti e la probabilità dell'evento morte era minima in quanto i farmaci utilizzati, depotenziati dalla diluizione, erano somministrati nel modo corretto. D'altronde, affermava la difesa, se avesse voluto uccidere avrebbe avuto farmaci ben più potenti.

---

<sup>4</sup> Cass. Pen., Sez. I, 20 settembre 2022, n. 48944, par 17.3 in *One/gale*.

Il ricorso per Cassazione veniva concluso formulando la domanda di doverosa riqualificazione del fatto da doloso a colposo, anche in virtù dell'applicazione della prima formula di Frank: se il medico avesse avuto la certezza del verificarsi dell'evento si sarebbe certamente astenuto dalla protrazione della condotta.

### 3. Il nesso di causalità.

Tra gli aspetti più problematici, che la Corte di Cassazione ha dovuto affrontare nell'accertamento della responsabilità del medico, rientra sicuramente l'indagine sulla sussistenza del nesso di causalità.

Il collegio difensivo, nello sviluppare il primo motivo di ricorso, esclude con certezza che sussista una correlazione tra la somministrazione del protocollo terapeutico e il decesso dei pazienti.

Questi, in realtà "erano giunti in ospedale in stato terminale, con il processo di morte già avviato e con aspettativa di vita minima, tendente allo zero.

Essi neppure andavano condotti in Pronto soccorso, si sarebbero dovuti direttamente avviare alla sedazione palliativa. Erano dunque deceduti in diretta conseguenza delle loro patologie di base, indipendentemente dalle terapie somministrate"<sup>5</sup>

La Corte di Cassazione, nella sentenza oggetto di disamina, ha confutato la tesi prospettata dal collegio difensivo accertando caso per caso come "il protocollo sanitario" avesse anticipato l'evento morte, causando una dipartita che, in assenza delle somministrazioni effettuate, non si sarebbe verificata quantomeno in quel preciso momento, in quel luogo e con quelle specifiche modalità.<sup>6</sup>

Riguardo il nesso di causalità, la motivazione della S.C. prende le mosse dal "paradigma Francese" e dal concetto di causalità logica<sup>7</sup>.

Il Collegio giudicante, nel caso di specie, ha dovuto confrontarsi principalmente con una difficoltà di accertamento fattuale.

---

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez I, 30 settembre 2022, n 48944 par. 17.2 del *ritenuto in fatto*, in *Onelegale*.

<sup>6</sup> Si veda DE FRANCESCO G., *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, fasc 3, p. 953 ss.

<sup>7</sup> Il concetto di probabilità logica è dettagliatamente approfondito, tra gli altri, in EPIDENDIO T., *Diritto penale e causalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 10, p. 1273 ss. e VALLINI A., *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, cit. p 178.

L'indagine causale è però stata agevolata dalle perizie mediche, strumento attraverso cui le competenze tecniche, che per ovvie ragioni non possono essere possedute dal giudice, entrano nel processo.

Il crescente utilizzo di questo mezzo di prova è andato di pari passo con l'evoluzione del ruolo che il giudice riveste rispetto al sapere scientifico.

Questi deve ad oggi intraprendere un penetrante controllo critico, diventando un "gatekeeper" del metodo scientifico stesso.

Il giudice, tramite l'intervento degli esperti, deve individuare il sapere accreditato idoneo ad orientare la decisione e farne un uso attento, deve assorbire le complessità e giungere ad una interpretazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque<sup>8</sup>.

Nel caso di specie, la sussistenza del nesso causale viene accertata dalla S.C. a mezzo di una valutazione di tipo controfattuale<sup>9</sup>, giudizio non da basarsi, stando alle parole della stessa, su criteri probabilistico-statistici, come accade invece nell'ipotesi della causalità da omissione, ma da effettuarsi accertando se l'evento si sarebbe verificato eliminando l'azione dell'imputato dal contesto in cui è stata posta in essere<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> CONTI C., "Il diritto delle prove scientifiche": percorsi metodologici della giurisprudenza nell'era post Franzese, in *Cass. Pen.*, 2022, fasc. 4, p. 1648.

<sup>9</sup> Il giudizio controfattuale è il criterio che la sentenza Franzese ritiene essenziale al fine di accertare la sussistenza della causalità: "La verifica della causalità postula il ricorso al "giudizio controfattuale", articolato sul condizionale congiuntivo "se ... allora ..." (nella forma di un periodo ipotetico dell'irrealtà, in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario ad un fatto conosciuto come vero) e costruito secondo la tradizionale "doppia formula", nel senso che: a) la condotta umana "è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta umana "non è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato." *Cass. pen.*, S.U., 10 luglio 2002, n. 30328, par. 2, in *Onelegale*.

<sup>10</sup> *Cass. Pen.*, Sez I, 30 settembre 2022, n. 48944, par. 3.7 del *considerato in diritto*, in *Onelegale*.

L'affermazione della Suprema Corte circa la differenza metodologica di accertamento della causalità tra condotte commissive ed omissive, non trova però un significativo riscontro.<sup>11</sup>

Nella nota sentenza “Franzese”<sup>12</sup> viene infatti affermato come nulla escluda che anche coefficienti probabilistici medi bassi, se corroborati da un riscontro probatorio positivo circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori alternativi, possano assicurare il riconoscimento del nesso di condizionamento.<sup>13</sup> Sembrerebbe in ogni caso che il giudizio di accertamento della causalità debba principalmente fondarsi sul criterio dell’eliminazione mentale.

La stessa Suprema Corte ammette che anche una legge statistica fondata su di un alto coefficiente probabilistico possa dimostrarsi fallace una volta calata nella realtà concreta. Dall’altro lato una legge di copertura che espone un coefficiente di probabilità molto basso, può dimostrarsi parimenti persuasiva.<sup>14</sup>

Tipico banco di prova di tale ragionamento è quello della trasmissione del virus Hiv per via sessuale, circostanza in cui la bassa legge probabilistico-statistica

---

<sup>11</sup> MARTIELLO G., *L’odierno statuto causale*” della responsabilità del medico in ambito penale: un quadro problematico di sintesi, in *Riv. Pen.*, 2023, fasc. 2, p. 145 ss., dove l’autore riconduce questa conclusione alla difficoltà ricorrente di distinguere fattualmente le condotte omissive da quelle commissive.

A riguardo afferma: “Tuttavia, quanto di tale parificazione rifletta la percezione di una effettiva realtà normativa e strutturale dei fenomeni, e quanto, invece, faccia semplicemente di necessità virtù, prendendo atto dell’inestricabile compenetrazione che si realizza, almeno in certi casi, tra agere ed omettere, non è agevole da stabilire.” p. 7.

<sup>12</sup> Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Onelegale*.

<sup>13</sup> CANZIO G., *A vent’anni dalla sentenza Franzese*, su [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), p. 6; “Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell’ipotesi accusatoria sull’esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell’evidenza disponibile, così che, all’esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l’interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell’evento lesivo con “alto o elevato grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”» Cfr. Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002, n. 30328, par. 9, in *Onelegale*.

<sup>14</sup> MARTIELLO G., *L’odierno statuto causale*” della responsabilità del medico in ambito penale: un quadro problematico di sintesi, cit. p. 155.

non esclude, in assenza di eventi alternativi o autonomi, la rottura del nesso di causalità tra rapporto sessuale ed evento lesivo conseguente.<sup>15</sup>

Le leggi statistiche non permettono al giudice di rispondere alla domanda che deve porsi, ovvero se l'antecedente ha davvero causato quell'evento.<sup>16</sup>

L'accertamento della causalità effettuato dalla S.C. nel caso in esame, nonostante l'affermazione di facciata, è stato svolto nel rispetto del "paradigma Francese".

In una prima fase il giudice deve provvedere, e così ha fatto, ad accertare la c.d. "causalità astratta o generale" e quindi a ricostruire il nesso alla stregua dei canoni della *condicio sine qua non*, utilizzando, se possibile, leggi universali o, in subordine, leggi statistiche.<sup>17</sup>

Questa semplice verifica non gli permette di addivenire ad un giudizio causale definitivo, essendo ancora necessaria una seconda indagine nella quale egli è chiamato ad accertare ex post l'effettiva validità dell'ipotesi astrattamente formulata, verificandola rispetto alle circostanze del caso concreto.<sup>18</sup>

L'evento, infatti, non è quello astrattamente descritto dalla norma incriminatrice (ad esempio la morte così come genericamente intesa nell'art. 575 cp), ma quello concreto effettivamente verificatosi ed individuato attraverso le peculiarità della sua verifica<sup>19</sup>. Il decesso del paziente x avvenuto nel Pronto soccorso y, per aver assunto i farmaci a, b, c, e in quello specifico orario<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> In dottrina CORVI A., *Rilevanza penale del contagio HIV per via sessuale*, in *Il Corriere del Merito*, 2008 fasc. 4, p. 456 ss.; SUMMERER K., *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, fasc. 1, p. 299 ss.; in Giurisprudenza tra le più recenti: Cass. Pen., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014 e Cass. Pen., Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 38388, in *Onelegale*.

<sup>16</sup> DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, fasc. 2, p. 634 ss.; MASERA L., *Il modello causale*, cit., pp. 496-497.

<sup>17</sup> CORVI A., *Rilevanza penale del contagio HIV per via sessuale*, cit. p. 459.

<sup>18</sup> MARTIELLO G., *L'odierno statuto causale" della responsabilità del medico in ambito penale: un quadro problematico di sintesi*, cit. p. 156.

<sup>19</sup> Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002 n. 30328, par. 2, in *Onelegale*.

<sup>20</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Torino, 2022, p. 261.

È proprio questa l'indagine che, utilizzando le perizie mediche, il giudice ha svolto, indagando caso per caso se le singole somministrazioni potessero aver anticipato il normale exitus.

All'esito di tale ragionamento, la responsabilità penale del medico potrà ritenersi provata qualora possa escludersi, "al di là di ogni ragionevole dubbio", l'interferenza di fattori causali alternativi di per se idonei a causare l'evento in quelle specifiche circostanze.

Nel caso di specie i fattori alternativi, ovvero le gravi patologie terminali dei pazienti, avrebbero comunque condotto i pazienti alla morte, ma lo avrebbero fatto in un momento indubbiamente successivo.

#### 4. L'elemento soggettivo.

Conclusa la non semplice indagine di accertamento della sussistenza del nesso causale, la Corte di Cassazione si è concentrata sulla valutazione soggettiva della condotta dell'imputato. Attività anch'essa non propriamente intuitiva.

Come detto, il collegio difensivo ha pochi dubbi, si tratterebbe di un *agere* colposo e l'imputato sarebbe stato mosso da buona fede e dallo scopo di "lenire le sofferenze dei pazienti", da lui ritenuti candidabili alla sedazione palliativa<sup>21</sup>.

Pazienti che, sopraggiunti in ospedale in condizioni gravissime, non si sarebbero nemmeno dovuti instradare al Pronto soccorso. L'imputato avrebbe in realtà agito in un'ottica di "riduzione del danno"<sup>22</sup>.

Questa ricostruzione, tuttavia, non sembra persuadere la Corte di Cassazione, la quale, interpretando la condotta dell'imputato in modo del tutto differente dalla prospettiva difensiva, ritiene sussistente il dolo diretto di omicidio<sup>23</sup>.

Seppur manchi un espresso richiamo, è evidente come sia la tesi difensiva che quella accusatoria pongano le basi della loro riflessione sulle considerazioni

---

<sup>21</sup> Cass. Pen., Sez I, 30 settembre 2022, n 48944, par. 4 del *considerato in diritto*, in *Onelegale*.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

formulate dalle Sezioni Unite Thyssenkrupp<sup>24</sup>, evidenziandone involontariamente anche margini di precarietà.

Entrambe le interpretazioni danno ampia rilevanza, seppur con esiti diversi, agli indici ideati in quella sede, manifestando però come, forse, l'utilizzo di questo metodo non abbia risolto realmente il problema della linea di confine tra dolo eventuale e colpa con previsione<sup>25</sup>.

Nella nota vicenda, le Sezioni Unite elaborano quello che ha l'aspirazione di essere un meccanismo universale per la distinzione tra la forma più grave di colpa e la forma più lieve di dolo, qualificazioni soggettive che sfociano l'una nell'altra<sup>26</sup>.

La citata sentenza, rispondeva all'esigenza di porre fine al nutrito dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>27</sup> ormai sviluppatosi sull'argomento, un conflitto interpretativo presente sia in ordinamenti, come quello italiano, dove si ritiene

---

<sup>24</sup> Cass. Pen., SU. 24 aprile 2014, n. 38343, in *Onelegale*.

Il famosissimo caso prende le mosse dall'esigenza di accertare le responsabilità dei dirigenti di un'acciaieria torinese in cui, nella notte tra il 5 e il 6 dicembre 2017, un incendio causò la morte di sette operai.

La sentenza di primo grado (Corte Ass. Torino 15 aprile 2011) differenziava le responsabilità in base alla posizione ricoperta nella piramide amministrativa.

Tutti gli imputati si erano rappresentati la possibilità del verificarsi dell'evento (altri stabilimenti del gruppo avevano preso fuoco nello stesso modo), ma mentre i dirigenti e gli amministratori potevano confidare che il superiore gerarchico intervenisse (ragione per cui vennero condannati per omicidio colposo), quest'ultimo, ovvero l'amministratore delegato, non poteva trincerarsi dietro la stessa speranza, e veniva pertanto condannato per omicidio doloso con dolo eventuale. La Corte d'Assise d'appello (Corte ass. app. Torino 28 febbraio 2013) riqualificava l'omicidio per dolo eventuale dell' A.D. in omicidio colposo con previsione dell'evento, riconoscendo il fatto che, come gli altri dirigenti, egli facesse affidamento sulla capacità dei dipendenti di sedare piccoli focolai di incendio, eventi che spesso si verificavano in quegli stessi luoghi di lavoro.

Le Sezioni Unite si allineavano alla posizione della Corte d'Assise d'appello circa la qualificazione soggettiva della condotta, ma coglievano l'occasione per prendere posizione sulla controversa linea di demarcazione tra dolo eventuale e colpa cosciente. BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. ita.*, 2014 fasc. 11, p. 2565.

<sup>25</sup> Circa i punti incerti delle Sezioni Unite Thyssenkrupp si veda nuovamente, tra gli altri, BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"* cit.

<sup>26</sup> RAFFAELE S., *Essenza e confini del dolo*, Torino, 2018. p. 173 ss.; IACOVIELLO F.M., *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 463 ss. Di "sfumata continuità" parla FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, Nota a Cass. Pen. S.U., 24 aprile 2014, n. 28343, in *Riv. Ita. Dir. Proc. Pen.*, 2014, fasc. 4, p. 1927.

<sup>27</sup> Già DE MARSICO A., *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, Napoli, 1930, più recenti: CORQUETTI G., *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004; DE FRANCESCO G. A., *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 12, p. 4624 ss.

essenziale poter individuare un criterio distintivo definitivo, che in ordinamenti dove si è rinunciato a tale pratica, creando un *tertium genus* che possa accorpate entrambe le figure<sup>28</sup>.

Messe da parte le teorie tradizionali, le Sezioni Unite “Thyssenkrupp” formulano importanti precisazioni.

Gli orientamenti che fino a quel momento si erano susseguiti erano molteplici.

Teorie che tentavano di individuare il confine tra dolo e colpa nella componente intellettuale del dolo, oppure in relazione all’elemento volitivo.<sup>29</sup>

Teorie fondate sull’accettazione, o mancata accettazione, del rischio della verifica dell’evento, o ancora sulla generazione di un pericolo “schermato o “non schermato”.<sup>30</sup>

Differente era la posizione della dottrina che identificava invece quale elemento distintivo la diversa qualità del rischio sotteso.<sup>31</sup>

Le S.U. “Thyssenkrupp” pongono l’attenzione sul concetto di adesione all’evento, che, seppur inerente ad una dimensione interiore, deve ovviamente accertarsi tramite indici esterni<sup>32</sup>.

Esse evidenziano che, affinché si possa muovere un rimprovero per colpa cosciente, debba sussistere e permanere nella psiche dell’agente la rappresentazione, ovvero la previsione dell’evento.

L’individuo sarà ritenuto responsabile colposamente quando, consapevole dell’esistenza del rischio, si astiene dalla condotta doverosa “per trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza o altro biasimevole motivo”<sup>33</sup>.

Il dolo eventuale è invece caratterizzato, oltre che dalla rappresentazione, anche dall’elemento volitivo. La volizione sussiste nei casi in cui il soggetto agente,

---

<sup>28</sup> BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, cit. p. 2572

<sup>29</sup> Per l’evoluzione giurisprudenziale e dottrinale ante S.U. Thyssenkrupp si veda, tra gli altri: RISICATO L., *Dolo eventuale e colpa con previsione - Silenzio colpevole: colpa con previsione o dolo omissivo?* Nota a sentenza Cass. pen., Sez. I, 29 aprile 2022, n. 32275, in *Giur. ita.*, 2023, fasc. 1, p. 167.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> cfr. DEMURO G.P., *Il dolo, II, l’accertamento*, Milano, 2010, pp. 435 ss.; IACOVIELLO F.M., *Processo di parti e prova del dolo*, cit. 463 ss.

<sup>33</sup> cfr. Cass. Pen., SU. 24 aprile 2014, n. 38343, par. 50, in *Onelegale*.

effettuata una valutazione di costi e benefici, decida di agire ugualmente, accettando la verifica dell'evento quale costo da pagare per porre in essere quella condotta<sup>34</sup>.

Al fine di accertare l'effettiva adesione all'evento, le Sezioni Unite hanno formulato una serie di indici rilevatori.

Criteri indiziali che “non incarnano la colpevolezza ma servono a ricostruire il processo decisionale ed i suoi motivi”<sup>35</sup>, guidando l'interprete nella qualificazione dell'elemento soggettivo del reato.

Essi fanno parte di un catalogo aperto e sono pertanto sempre integrabili con nuovi indicatori ritenuti volta per volta dirimenti dall'interprete.

Ciò è evidenziato proprio nella Sent. 48499 del 2022, in cui il collegio giudicante prende in considerazione il criterio della finalità terapeutica al fine di qualificare soggettivamente la condotta dell'imputato.

I criteri formulati dalle Sezioni Unite, che permettono di distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente, sono: l'elevata probabilità di verificazione dell'evento, la lontananza dalla condotta tenuta da quella standard, la personalità, la storia e le precedenti esperienze dell'agente, la durata e ripetizione della sua condotta, il comportamento successivo al fatto, la probabilità di verificazione dell'evento, le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento, il contesto lecito o illecito in cui agisce, e la prima formula di Frank.

È proprio su questi criteri che nel caso in esame il collegio difensivo tenta di impostare la riqualificazione della condotta dell'imputato da dolosa a colposa.

È da escludere qualsiasi lontananza della condotta del medico con quella “attesa”, dal momento che la sedazione palliativa era pratica appropriata a tutti i pazienti e l'opportunità di effettuarla in Pronto soccorso è un aspetto ancora oggi dibattuto nella letteratura medico-scientifica.

---

<sup>34</sup> “Occorrerà comprendere se l'agente si sia lucidamente raffigurato la realistica prospettiva della possibile verificazione dell'evento concreto costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso e infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa”. Cass. Pen., SU., 24 aprile 2014, n. 38343, par. 50, in *Onelegale*.

<sup>35</sup> Cass. Pen., SU., 24 aprile 2014, n. 38343, par 51, in *Onelegale*.

Stando alla ricostruzione difensiva, la responsabilità colposa sarebbe l'unica alternativa possibile, l'imputato è uno stimato professionista di grande esperienza, e il suo non confrontarsi con i colleghi deriverebbe dalla fiducia nei propri mezzi e non dalla volontà di causare il decesso dei pazienti.

Farebbe propendere per questa ricostruzione difensiva, anche il comportamento concomitante e successivo agli eventi nefasti.

La sua personale pratica continuava infatti ad essere effettuata con trasparenza, annotandone ogni passaggio in cartella clinica e informando sia i medici che i volontari delle autoambulanze della sua intenzione di mettere in atto il proprio "protocollo sanitario".

La condotta sarebbe stata animata da una finalità terapeutica compassionevole, volta alla riduzione della sofferenza e del dolore dei pazienti.

Anche la probabilità dell'evento, a detta della difesa molto bassa, se non nulla, era sintomo di una responsabilità colposa, il medico adottava il protocollo con tutte le cautele necessarie, i farmaci erano depotenziati mediante diluizione, somministrati con lente infusioni e accompagnati da ossigenoterapia.

Infine, se l'imputato avesse avuto la certezza della verifica dell'evento si sarebbe senz'altro astenuto dalla sua pratica.<sup>36</sup>

È interessante osservare come le stesse condotte e gli stessi criteri evidenziati dalla difesa siano utilizzati dalla S.C. al fine di fondare, al contrario, una responsabilità dolosa.

Sin dal deposito della motivazione delle S.U. sono stati sollevati dubbi circa l'efficacia degli indicatori "Thyssenkrupp", considerati da una parte della dottrina non idonei ad assicurare una prevedibile distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente e suscettibili di interpretazioni ambivalenti<sup>37</sup>.

A nessuno di questi criteri sembrerebbe potersi riconoscere "una piena ed esclusiva valenza euristica" ancorché siano tutti in grado di concorrere a far emergere una responsabilità dolosa.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Per gli argomenti a favore di una responsabilità colposa cfr Cass. Pen., Sez. I, 30 settembre 2022, n 48944, par 17.3 del *ritenuto in fatto*, in *Onelagale*.

<sup>37</sup> Tra le critiche più autorevoli: FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale* cit.

<sup>38</sup> DE VERO G., *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 1, p. 88 ss.

Gli indici indiziari possono raggrupparsi in due categorie, quelli oggettivi (il grado di pericolosità della condotta, la probabilità di verificazione dell'evento, il discostamento del comportamento tenuto dal dovere cautelare, la durata della condotta ecc.) e quelli soggettivi, inerenti a comportamenti e stati d'animo del soggetto agente (la personalità dell'autore, i motivi della condotta ecc.).

Nella loro disamina le Sezioni Unite "Thyssenkrupp" escludono la rilevanza degli stati emotivi, criteri che, seppur a lungo ritenuti dirimenti dalla giurisprudenza<sup>39</sup>, sarebbero da accantonare in virtù della difficoltà di percepire direttamente un aspetto così intimo degli individui.<sup>40</sup>

Nonostante questa netta presa di posizione delle Sezioni Unite, torna spesso nelle prospettazioni difensive il riferimento alla sfera interiore del soggetto agente, viene costantemente valorizzato il suo stato emotivo: grande fiducia nelle sue conoscenze e nel metodo da lui stesso brevettato<sup>41</sup>.

Come già più volte affermato, la ricostruzione del collegio difensivo non convince la S.C. che, seppur applicando i criteri "Thyssenkrupp" e valorizzando le medesime condotte dell'imputato, giunge ad una conclusione diametralmente opposta, confermando la condanna per omicidio con dolo diretto<sup>42</sup>.

Nel motivare la natura dolosa della condotta, la Corte di Cassazione ritiene dirimente l'assenza della finalità terapeutica, circostanza accertata anche attraverso la lontananza tra la condotta tenuta dal medico e quella "attesa", rispettosa delle linee guida dettate in materia di trattamenti palliativi.

---

<sup>39</sup> Il quesito che viene sottoposto alle S.U. riguarda proprio la rilevanza degli stati emotivi, nello specifico la speranza, circa l'accertamento del dolo eventuale e della colpa cosciente. cfr BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"* cit. p. 2572.

<sup>40</sup> Sempre in FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale* cit. p. 1949.

<sup>41</sup> cfr Cass. Pen., Sez I, 30 settembre 2022, n. 48944, par 17.3 del *ritenuto in fatto*, in Onelgale.

<sup>42</sup> "la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa, la personalità e le pregresse conoscenze dell'agente, la durata e ripetizione della condotta costituivano tutti elementi, alla cui stregua poter ragionevolmente escludere la mera colpa, ancorché cosciente" Cass. Pen., Sez. I, 30 settembre 2022, n. 48944, par 3.3 del *ritenuto in fatto*, in Onelgale.

## 4.1 La finalità terapeutica.

### 4.1.1 L'evoluzione giurisprudenziale.

Come già anticipato, l'elemento decisivo che ha portato la S.C. a qualificare dolosamente la condotta dell'imputato è certamente l'assenza di una finalità terapeutica<sup>43</sup>.

È forse questo l'aspetto più controverso in materia di responsabilità del sanitario, e a evidenziarlo è l'incerto ruolo che le numerose pronunce susseguitesi nell'arco degli ultimi trent'anni gli hanno attribuito<sup>44</sup>.

La prima tappa dell'evoluzione giurisprudenziale è senz'altro il "Caso Massimo"<sup>45</sup>, vicenda in cui la Corte di Cassazione esclude che la finalità perseguita dal medico possa rilevare in sede di accertamento della responsabilità penale.

L'operazione chirurgica effettuata senza il consenso informato del paziente veniva definita dalla Corte: "atto solo formalmente terapeutico e sostanzialmente illecito"<sup>46</sup>, idoneo ad integrare il reato di lesioni volontarie (art. 582 cp) e, ovviamente, in caso di morte (come nel caso di specie), quello di omicidio preterintenzionale (art. 584 cp).

Per integrare il reato di lesioni volontarie, infatti, sarebbe sufficiente il dolo generico a nulla rilevando l'*animus* del sanitario.

---

<sup>43</sup> cfr. Cass. Pen., Sez I, 30 settembre 2022, n 48944, par 4.2-4.3 del *considerato in diritto*, in *Onelegale*.

<sup>44</sup> Per l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale si veda: PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, Commento a Cass. SU., 18 dicembre 2008, n. 2437 in *Dir. pen. proc.*, 2009, fasc. 4, p. 456; CAPPELLINI A., *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2016, fasc. 3, p. 933 ss.; VALSECCHI A., *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*. Relazione all'incontro di studio "Questioni nuove o controverse nella giurisprudenza della Corte di Cassazione", organizzato dall'Ufficio del Referente per la Formazione decentrata della Magistratura ordinaria della Corte d'Appello di Bologna il 29 novembre 2010, pubblicata il 15 dicembre 2010 in *Dir. pen. cont.*

<sup>45</sup> La nota controversia riguarda l'accertamento della responsabilità di un medico che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutica, aveva sottoposto il paziente ad un intervento chirurgico più gravoso rispetto a quello per cui aveva ottenuto il consenso, procedendo ad un'amputazione totale addominoperineale del retto, a seguito della quale sopraggiungevano complicazioni che cagionavano la morte del paziente.

Cass. Pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n 5639, con nota di MELILLO G., *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale* in *Cass. pen.*, 1993, p. 63 ss.

<sup>46</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 9 marzo 2001 n. 28132, p 8 in *Onelegale*

Solo il consenso del paziente potrebbe escludere l'antigiuridicità e rendere legittima la condotta.

Il punto di approdo di questa posizione interpretativa, fondata su un concetto di malattia tradizionale secondo cui è identificabile come tale ogni alterazione anche solamente anatomica del corpo del paziente, è chiaro. L'effettuazione di un intervento in assenza di consenso, benché eseguito nel rispetto delle *leges artis*, comporta comunque un'incriminazione dolosa, indipendentemente dalla finalità terapeutica che lo accompagna e dall'esito fausto che esso produce.

Cronologicamente successivo è il "Caso Barese"<sup>47</sup>, pronuncia in cui viene esclusa la configurabilità dell'art. 584 cp in caso di morte del paziente conseguente ad un intervento medico chirurgico demolitivo non consentito<sup>48</sup>.

L'interpretazione della Corte deriva dal fatto che, per integrare l'omicidio preterintenzionale, è necessario, nonostante la disposizione non preveda una finalità specifica, che l'agente realizzi consapevolmente ed intenzionalmente una condotta "diretta a" provocare una alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa.

Condotta non ravvisabile in chi agisce con finalità terapeutica<sup>49</sup>.

Seppur non sia necessaria "una volontà malvagia" al fine di integrare un ipotesi dolosa di 582 o 584, l'agente deve comunque rappresentarsi e volere la lesione dell'integrità fisica del paziente<sup>50</sup>.

Può tuttavia residuare una responsabilità colposa quando il fatto è attribuibile al medico per scelte terapeutiche colposamente errate.

Nel caso di specie il medico non ha agito con l'intenzione di cagionare una lesione al paziente, la responsabilità può tuttalpiù essergli imputata a titolo di colpa.

---

<sup>47</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, in *Onelegale*.

<sup>48</sup> PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, cit. p 447 ss.

<sup>49</sup> L'art 584 cp, nonostante non richieda un dolo specifico, impone tuttavia la presenza di "atti diretti a", formula che viene interpretata dalla Corte di Cassazione come indicatrice quantomeno di un dolo diretto o intenzionale. *Ibidem*.

<sup>50</sup> La Corte di Cassazione si spinge poi, a titolo esemplificativo, all'elencazione di situazioni in cui si può ravvisare una forma dolosa diretta o intenzionale, si tratta di menomazioni del corpo o della mente provocate "intenzionalmente per scopi scientifici, di ricerca o per scopi esclusivamente estetici" Cass. Pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, p. 10 in *Onelegale*.

Afferma infatti la Suprema Corte che: “si avrà l'elemento soggettivo del delitto di lesioni volontarie in tutti i casi in cui il chirurgo, o il medico, pur animato da intenzioni terapeutiche, agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente”<sup>51</sup>.

Il consenso, in veste di scriminante, escluderebbe invece l'antigiuridicità della condotta.

L'incertezza in materia è evidenziata dal susseguirsi di interpretazioni difformi, in una pronuncia di poco successiva infatti torna a prevalere “l'interpretazione Massimo”<sup>52</sup>

Snodo fondamentale sul tema è poi quello raggiunto con la sentenza *Volterrani*<sup>53</sup>.

Tale pronuncia assolutoria si fonda su di una motivazione del tutto opposta rispetto a quella della sentenza “Massimo”, la Corte di Cassazione afferma infatti che l'attività medica è sempre attività obbligata e che esisterebbe nei confronti dei pazienti uno stato di necessità generalizzato.

In virtù della sua utilità sociale si attribuisce uno schermo protettivo all'attività medica che sarebbe pertanto sempre lecita.<sup>54</sup>

L'operazione chirurgica non è idonea a integrare l'ipotesi di lesioni volontarie di cui al 582 cp, in quanto l'intervento non comporta di per se una malattia, specialmente se eseguito correttamente.

Viene di conseguenza esclusa anche la configurabilità del reato di omicidio preterintenzionale, a meno che il medico sia mosso da una gratuita malvagità o

---

<sup>51</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, p. 10, in *Onelgale*.

<sup>52</sup> La vicenda aveva ad oggetto la responsabilità penale di un chirurgo che interveniva sul ginocchio opposto a quello per il quale aveva ottenuto il consenso. L'operazione era tuttavia utile in quanto anche quest'articolazione necessitava l'asportazione del menisco.

La Suprema Corte escludeva ancora una volta la rilevanza della finalità terapeutica e dell'esito dell'operazione. Affermando che qualunque intervento chirurgico, ancorché animato da nobilissime intenzioni, cagiona in chi lo subisce senza aver prestato consenso, una lesione idonea ad integrare il reato di cui all'art 582 cp o, in caso di morte, all'art. 584 cp. Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, in *Dejure*.

<sup>53</sup> Ad esito di tale vicenda, il medico veniva rinviato a giudizio per omicidio preterintenzionale in quanto, ottenuto il consenso per l'esportazione di un'ernia ombelicale e riscontrata una massa tumorale durante l'intervento, optava per la sua rimozione, effettuando un'operazione ben più gravosa di quella consentita e causando la morte del paziente per complicazioni postoperatorie. cfr Cass. Pen., sez.I, 29 maggio 2002, n.26446, in *Onelgale*.

<sup>54</sup> PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, cit. p. 459.

da un odio nei confronti del paziente e l'operazione sia l'occasione per dare sfogo alle proprie pulsioni.<sup>55</sup>

È infine ridimensionata la portata del consenso, elemento che, qualificato come requisito di legittimità dell'attività medica e non più scriminante ex art. 50 cp, assume rilevanza solo in forma negativa<sup>56</sup>.

L'innovativa interpretazione formulata nella sentenza "Volterrani" non trova tuttavia conferma nella giurisprudenza successiva e viene anzi espressamente criticata.<sup>57</sup>

#### 4.1.2 Le Sezioni Unite Giulini.

Dell'importanza della finalità terapeutica, quale elemento essenziale al fine della qualificazione del profilo oggettivo del sanitario, viene fatta menzione anche nella nota sentenza "Giulini"<sup>58</sup>.

In tale pronuncia le Sezioni Unite sono state chiamate a valutare la rilevanza penale, sotto il profilo delle fattispecie di lesioni personali o di violenza privata, della condotta del medico che sottoponga il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico eseguito nel rispetto dei protocolli, delle *leges artis*, e conclusosi con esito fausto<sup>59</sup>.

Esclusa la possibilità di qualificare la condotta ai sensi dell'art. 610 cp, le Sezioni Unite hanno valutato la sussumibilità della stessa nell'art. 582 cp.

---

<sup>55</sup>Solamente l'azione del medico in spregio di un espresso dissenso comporterebbe una responsabilità penale, ancorché solamente ex art 610 cp.

<sup>56</sup> Sul consenso e le cause di giustificazione si veda TORDI CAGLI S., *Profili problematici del consenso al trattamento medico in Medicina e diritto penale*, (a cura di) CANESTRARI S., GIUNTA F., GUERRINI R., PADOVAN T., Pisa, 2009 p 39.

<sup>57</sup> L'intrinseca liceità dell'atto medico è esclusa dalla sentenza Huscher (Cass Pen., Sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, in *Dejure.*), in quanto comporterebbe una totale soggezione del medico al paziente. La Cassazione torna a valorizzare il paradigma Barese, escludendo l'applicazione del 584 sulla base della nuova concezione di "malattia".

Critica nei confronti della pronuncia "Volterrani" è anche la Sentenza "Ruocco" (Cass Pen., Sez. IV, 30 settembre 2008 n. 37077, in *Onelegale*).

<sup>58</sup> Cass. pen., SU 21 gennaio 2009 n. 2437, par. 2 in *Onelegale*.

<sup>59</sup> Il caso di specie riguardava la responsabilità di un medico che, in occasione di una laparoscopica, provvedeva ad effettuare una salpingectomia non autorizzata. Operazione più invasiva di quella concordata ma comunque eseguita nel rispetto delle *leges artis* e con competenze superiori alla media. VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: L'approdo (Provvisorio?) delle Sezioni Unite* in in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 5, p. 1811 ss.

Nel farlo si sono concentrate sul concetto di “malattia”, dando conto dell’evoluzione interpretativa che il termine ha subito nel corso del tempo.

Le Sezioni Unite hanno così accolto la tesi sostenuta dalla moderna letteratura scientifica per cui, affinché possa dirsi sussistente una malattia, è necessaria la presenza di un processo patologico evolutivo, accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell’assetto funzionale dell’organismo.<sup>60</sup>

Veniva pertanto abbandonata l’idea, a lungo sostenuta in giurisprudenza<sup>61</sup>, che di malattia potesse parlarsi anche in presenza di una mera alterazione anatomica<sup>62</sup>.

Da tali considerazioni delle Sezioni Unite consegue che, in caso trattamento conclusosi con esito fausto, non potrebbe integrarsi il reato di lesioni. Ciò in quanto, alla semplice operazione chirurgica, che non comporta una menomazione delle funzionalità, non conseguirebbe l’evento malattia<sup>63</sup>.

L’atto operatorio rappresenta in realtà solo una porzione della condotta, completata dall’esito conclusivo scaturito dall’intervento.

Nemmeno in caso di esito infausto potrebbe, però, sorgere una responsabilità ex art 582 cp.

Seppur l’operazione causi una malattia, la presenza della finalità terapeutica, e quindi la mancanza di rappresentazione e volizioni delle conseguenze funzionali negative per il paziente, escluderebbe il dolo. Garantendo, così, l’impunità del medico.

In casi come questo potrà comunque residuare una responsabilità colposa.<sup>64</sup>

“Il chirurgo, in altri termini, non potrà rispondere del delitto di lesioni, per il solo fatto di essere “chirurgicamente” intervenuto sul corpo del paziente, salvo ipotesi teoriche di un intervento “coatto”; perché la sua condotta è rivolta a fini

---

<sup>60</sup> UBERTONE M., *L’evoluzione del concetto di malattia e l’art. 582 del codice penale italiano in BioLaw Journal*, Rivista di biodiritto, 2014, fasc. 1, p 150.

<sup>61</sup> Cass. Pen., Sez. V, 16 marzo 2010 n. 16271; Cass. Pen., Sez. V, 5 dicembre 2008 n 2081; Cass. Pen., Sez IV, 19 dicembre 2005, n. 2433, in *Onelegale*.

<sup>62</sup>VIGANÒ F. *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l’approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, cit p 1817.

<sup>63</sup> ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale, I*, Milano, 2022, p. 63

<sup>64</sup> Cass. pen., S.U., 21 gennaio 2009 n. 2437, par. 9, in *Onelegale*.

terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'agere, in rapporto, anche, alle regole dell'arte.”<sup>65</sup>

Tale impostazione trova un evidente riscontro proprio nella pronuncia che ha dato causa alla stesura di questa tesi, poiché, in essa, è principalmente sull'assenza della finalità terapeutica che viene riconosciuta la responsabilità dolosa dell'imputato.

La S.C., nella sentenza in esame, afferma infatti che l'intervento del sanitario non orientato ad una finalità terapeutica non può considerarsi atto medico e pertanto non può distinguersi dalla condotta di chi leda volontariamente l'integrità fisica altrui.<sup>66</sup>

#### 4.2 Le linee guida per i trattamenti sanitari palliativi.

Nella sentenza 48944 del 2022, la S.C. qualifica soggettivamente la condotta dell'imputato anche tenendo conto della differenza tra il "protocollo palliativo", praticato dal sanitario, e quello che si sarebbe dovuto attuare nel rispetto delle *leges artis*.<sup>67</sup>

Nonostante un primo momento di perplessità circa l'opportunità di regolamentare le condotte da seguire nello svolgimento di pratiche mediche, la prassi si è ad oggi invertita.

Anche in Italia infatti, come nella maggior parte degli ordinamenti nordamericani, le Società mediche emanano linee guida, ovvero raccolte di procedure e di buone pratiche che devono essere necessariamente seguite ed eseguite nelle fasi diagnostica e terapeutica.

La ragione che ha portato a questa inversione di tendenza è innanzitutto medica. L'obiettivo è quello di elevare lo standard di perizia garantendo una maggiore tutela dei pazienti; le linee guida impongono ai medici un aggiornamento continuo ed un progressivo miglioramento dell'abilità professionale ed al contempo li coadiuvano nel selezionare le pratiche più adatte alle specifiche circostanze cliniche.

---

<sup>65</sup> Cass. pen., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437, par. 8, in *Onelegale*.

<sup>66</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 30 settembre 2022, n. 48944, par 4.2 del *considerato in diritto*, in *Onelegale*.

<sup>67</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 30 settembre 2022, n. 48944, par. 4.2 del *considerato in diritto*, in *Onelegale*.

Ma oltre a ciò le linee guida assumono un ruolo essenziale in ambito giuridico, permettendo di uniformare la valutazione dei giudici sulla sussistenza della colpa. Si tratta in sostanza di un processo di auto-formalizzazione delle regole cautelari, realizzato ad opera della stessa classe medica.<sup>68</sup>

Un obbligo di rispettare le raccomandazioni previste dalle linee guida, o, in alternativa, dalle buone pratiche medico assistenziali, è stato espressamente previsto dal legislatore all'art 5 della legge 8 marzo 2017 n. 24 recante "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie" (Legge Gelli-Bianco).

La materia dei trattamenti sanitari palliativi è oggi disciplinata dalla legge 15 marzo 2010 n. 38, prima fonte normativa ad affrontare unitariamente l'argomento.

I protocolli palliativi sono definiti dall'art 2 comma 1 lett a) come "l'insieme degli interventi terapeutici, diagnostici ed assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici".

L'accesso alle cure palliative, ad oggi parte del diritto alla salute<sup>69</sup>, trova fondamento nell'esigenza, sentita a livello sociale ed accolta dal legislatore, di tutelare la dignità e l'autonomia del malato, di promuovere la qualità dell'esistenza fino al suo termine e di assicurare un adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale alla persona malata ed alla sua famiglia.<sup>70</sup>

In concreto le cure palliative sono un insieme di trattamenti, farmacologici e non, volti a migliorare, ove possibile, la qualità di vita di un malato in fase terminale e della sua famiglia.

---

<sup>68</sup> DI LANDRO R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario misura soggettiva e oggettiva della malpractice*, Torino, 2012. p. 9.

<sup>69</sup> Così in: PARUZZO F., *Accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore. Considerazioni e bilanci sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 a 10 anni dalla sua entrata in vigore*, in *Biolaw journal Rivista di BioDiritto*, 2021, fasc. 2, pag. 193.

<sup>70</sup> La stessa ratio ha ispirato il legislatore a disciplinare la "terapia del dolore" introdotta dal medesimo testo normativo e definita come "l'insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore" art 2 comma 1 lett. b, l 15 marzo 2010 n. 38.

Si tratta di “un’assistenza sanitaria” volta a garantire la dignità e l’autodeterminazione del paziente che si trova nella fase terminale della malattia, e della sua vita, quella fase in cui la patologia non risponde più ad alcuna terapia e la persona è sottoposta a sofferenze acute sia fisiche che psichiche<sup>71</sup>.

La disciplina introdotta dal legislatore svolge, pertanto, il ruolo di assecondare le esigenze sopra evidenziate e lo fa regolamentando l’intervento del sanitario, scandendone le fasi dell’attività.

Sulla questione è recentemente intervenuta la l. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, normativa che armonizza la disciplina delle cure palliative con quella delle “DAT”.

Ai sensi della legge citata: “Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati.”<sup>72</sup>

In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.”

Nonostante questa innovazione sia successiva alla commissione del fatto oggetto di disamina, fornisce comunque un contributo prezioso, confermando la procedimentalizzazione già introdotta con la legge 38 del 2010.

La Corte di Cassazione ha accertato come il protocollo utilizzato dal medico, nella vicenda in analisi, sia privo di alcune fasi essenziali<sup>73</sup>.

Tali pratiche infatti prevedono necessariamente una fase iniziale, detta “titolazione”, in cui vengono somministrate dosi ripetute e via via crescenti di farmaco fino al controllo dei sintomi. Ed una fase successiva, quella del

---

<sup>71</sup> EUSEBI L., *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2020, fasc. 2, p. 505.

<sup>72</sup> Sulla nuova disciplina: CANESTRARI S., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 1, p. 56 ss.

<sup>73</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez I, 30 settembre 2022, n. 48944, par 3.5 del *considerato in diritto*, in *Onelegale*.

“mantenimento”, in cui si stabilizza la somministrazione nella dose raggiunta, cercando di garantire il controllo della patologia.<sup>74</sup>

Per la scelta dei farmaci e dei dosaggi è necessario tener conto dell'età del malato e delle sue condizioni generali.

È fondamentale inoltre inserire all'interno della cartella clinica le “caratteristiche del dolore rilevato, la sua evoluzione nel corso del ricovero, la tecnica antalgica e i farmaci utilizzati, i relativi dosaggi ed il risultato conseguito”<sup>75</sup>.

La Corte di Cassazione ravvisa nel protocollo attuato dal sanitario imputato una significativa distanza dalle *leges artis*.

Riscontra infatti come i trattamenti fossero privi dell'anamnesi, effettuati in difetto di titolazione ed in mancanza del consenso informato del paziente, presupposto irrinunciabile di ogni trattamento sanitario.

#### 4.2.1 Il consenso informato.

L'accertamento della consapevolezza del paziente è la prima indagine che, nella sentenza 48944 del 2022, la Corte di Cassazione svolge al fine di qualificare soggettivamente la responsabilità del sanitario. In essa si legge:

“Se anche di terapie palliative si potesse astrattamente parlare.. *omissis*.. , è certo, in base alla ricognizione delle fonti già operata, che l'adozione rituale dei relativi protocolli è permessa solo dietro richiesta del paziente, o dietro prestazione di un adeguato e informato consenso, da parte del soggetto a ciò legittimato”<sup>76</sup>.

E d'altro canto il consenso informato<sup>77</sup> è da sempre al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Sull'importanza ed il ruolo della titolazione e del mantenimento si vedano le linee guida contenute nel paper dell'Associazione italiana di oncologia medica, *Terapia del dolore in oncologia*, Roma, 7 giugno 2022.

<sup>75</sup> Art 7, l 38 legge 15 marzo 2010, n. 38, in *Onelagale*.

<sup>76</sup> Cass. Pen., Sez I, 30 settembre 2022, n. 48944, par. 3.3 del *considerato in diritto*, in *Onelegale*.

<sup>77</sup> DI GIOVINE O., *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita*, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 5-6, 1839 ss e GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, fasc. 2, p. 377 ss.

<sup>78</sup> TORDI CAGLI S. *Profili problematici del consenso al trattamento medico in Medicina e diritto penale*, cit. p 36.

La sua importanza deriva innanzitutto dal ruolo che riveste, essendo infatti il mezzo attraverso cui bilanciare gli interessi coinvolti: il diritto alla salute, il diritto all'autodeterminazione del paziente (entrambi costituzionalizzati all'art. 32 Cost.) e l'efficace svolgimento della pratica medica<sup>79</sup>.

Chi ritiene prevalenti i valori tutelati dall'art. 32 Cost. tenderà ad attribuire un ruolo più centrale al consenso. Chi invece considera essenziale, in quanto strumentale alla cura ed alla salute del paziente, non gravare eccessivamente il medico lasciandolo libero di concentrarsi sulla cura delle patologie, riconoscerà ad esso un ruolo più marginale.

Per un significativo periodo di tempo, la giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto che l'attività medica generalmente intesa trovasse legittimazione proprio nel consenso dell'avente diritto, considerato scriminante ai sensi dell' art. 50 cp<sup>80</sup>.

Successivamente tuttavia si è consolidato l'orientamento opposto secondo cui l'attività medica si autolegittimerebbe in virtù della sua stessa finalità e sulla base del dettato costituzionale<sup>81</sup>.

Nonostante ciò, dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, dalle fonti internazionali e dalle leggi dell'ordinamento interno, emerge il convincimento che il consenso informato mantenga ancora un ruolo essenziale quale principio fondamentale in materia di tutela della salute<sup>82</sup>.

La fondamentale certezza, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è, infatti, la libertà del paziente di esercitare in negativo il proprio diritto alla salute,

---

<sup>79</sup> L'attività medica è oggi messa in crisi da un settore contraddistinto da leggi e interpretazioni giurisprudenziali tali da costringere il sanitario, al fine di scongiurare eventuali responsabilità penali, a dover spesso affiancare ragionamenti giuridici a ben più importanti riflessioni terapeutiche. Sulla questione: ROTOLO G., "medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso in *Dir. Pen. Proc.* 2012, fasc. 10, p 1259 e ss e, CUPELLI C., consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, fasc. 3, p. 261 ss.

<sup>80</sup> Ne è testimonianza: Cass. Pen., Sez IV, 11 luglio 2001, n. 35822, in *Onelegale*.

<sup>81</sup> VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, Cit. p 1811 ss. e CORNACCHIA L. *trattamenti sanitari arbitrari divergenti in Criminalia*, 2009, fasc. 4, p 416. In giurisprudenza: Cass. pen., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437, par. 5, in *Onelegale*.

<sup>82</sup> Requisito, tra gli altri, di quella "scriminante costituzionale" su cui l'intera attività medica si fonderebbe. VIGANÒ F. *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: L'approdo (Provvisorio?) delle Sezioni Unite* cit. p. 1821

scegliendo liberamente se sottoporsi o meno a qualunque trattamento sanitario<sup>83</sup>.

Da qui il conseguente dovere del medico di acquisire, in occasione di ogni rapporto terapeutico o diagnostico con il paziente, il suo consenso informato.

L'obbligo del sanitario trova d'altro canto fondamento in una molteplicità di fonti normative. L'art 2 della Costituzione, secondo cui: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo...". L'art 13 sempre della Costituzione, per il quale: "Non è ammessa ....qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.", e ancora l'art 32 Cost: "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".<sup>84</sup>

A livello sovranazionale, la fondamentale rilevanza del consenso al trattamento sanitario è espressa nell'art 1 e nell'art. 2 comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Ma soprattutto la si trova nell'emblematico art. 3 comma 2, il quale recita: "Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge...".

Dello stesso tenore è quanto statuito, poi, nell'art 5 comma 1 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina del 1997<sup>85</sup>: "Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una

---

<sup>83</sup> "la disciplina del consenso informato assolve alle due funzioni e dimensioni del diritto alla salute, ovvero il diritto negativo – la «pretesa a che terzi si astengano da qualsiasi intervento pregiudizievole» – e il diritto positivo relativo alla «pretesa dell'interessato di utilizzare i mezzi terapeutici disponibili e necessari per la tutela della propria salute». In questi termini la persona «ha la possibilità di decidere di quale delle due dimensioni richiedere tutela» (E.ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in Rivista AIC, 2011, fasc. 4, p. 6), vedendosi così garantito il diritto all'autodeterminazione terapeutica." PAOSTOLI A., *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *Biolog journal Rivista di BioDiritto*, 2021, fasc.1, p. 239 ss.

<sup>84</sup> CUPELLI C., *consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali* cit p. 264.

<sup>85</sup> CUPELLI C., *consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, cit. p. 274 ss.

informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi.

La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso.”.

A livello interno, seppur assente una previsione codicistica, l'argomento è stato recentemente affrontato dalla legge 219 del 2017 “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento” la quale, all'art. 1 comma 1, prevede che “Nessun trattamento può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”.

Tale normativa, disciplina il consenso informato in ogni suo aspetto. Il medico deve rendere edotto il paziente della diagnosi, della prognosi, dei trattamenti astrattamente ipotizzabili, dei loro benefici e rischi, nonché delle alternative e delle possibili conseguenze dell'eventuale rifiuto<sup>86</sup>.

Il paziente, nell'esercizio della facoltà di autodeterminazione, ha la possibilità di rifiutare l'informazione ed eventualmente incaricare un familiare di riceverla al proprio posto. I minori e gli incapaci debbono essere assistiti e sostituiti in queste incombenze dai genitori e dai rappresentanti legali.

Una volta ricevuto il consenso, il medico deve provvedere a inserirlo nella cartella clinica.

Oltre a quanto sopra ricordato, l'importanza del consenso informato si rileva altresì dall'art. 33 della legge 833/78 (legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale), che prevede il carattere volontario, di norma, degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

Medesimo contenuto ha l'art 35 del Codice di deontologia medica<sup>87</sup> per il quale: “il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente”.

---

<sup>86</sup> PIRAS P., *l'atto medico senza il consenso del paziente, a dieci anni dalle sezioni unite e dopo la legge 219 del 2017*, in *Sist. Pen.*, 2019, fasc. 11, p. 11-12 e CUPELLI C., *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, cit. p. 281.

<sup>87</sup> CUPELLI C., *consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, cit. p. 274.

Del “nuovo” ruolo che assume il consenso informato, tratta anche la pronuncia “Giulini”<sup>88</sup>, sentenza in cui le Sezioni Unite, prima di ragionare sulla qualificazione giuridica della condotta del medico, dedicano ampio spazio alla consapevolezza dei pazienti circa i trattamenti a cui sono sottoposti.

Nella loro disamina le Sezioni Unite “Giulini” riconoscono al consenso un’importanza diversa, non è più l’unico fondamento dell’attività medica, ma resta comunque un elemento essenziale, un “presupposto indefettibile che giustifica il trattamento sanitario”<sup>89</sup>.

Il consenso informato diventa pertanto un requisito, tra gli altri, di quella “scriminante costituzionale” menzionata dalla Corte e radicata nell’art. 32 Cost., su cui l’intera attività medica si fonderebbe.<sup>90</sup>

A ciò consegue, indubbiamente, un ridimensionamento della sua rilevanza.

Ogni trattamento effettuato senza consenso, o con consenso invalido, risulterebbe lesivo della libertà di autodeterminazione della persona, ma non comporterebbe necessariamente una responsabilità penale<sup>91</sup>.

È evidente invece, come la pratica terapeutica effettuata nonostante il dissenso, o “consenso coatto”<sup>92</sup>, integri un’ipotesi di reato<sup>93</sup>.

La Corte di Cassazione, nella sentenza 48944 del 2022, assume una chiara posizione sia sulla rilevanza del consenso informato che sul ruolo della finalità terapeutica.

Il comportamento del medico che attua i corretti protocolli in materia di terapie palliative, seguendo correttamente la scansione delle fasi e acquisendo il consenso informato, non potrà dar luogo ad una responsabilità penale, sebbene

---

<sup>88</sup> Cass. pen., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437, par. 5, in *Onelegale*.

<sup>89</sup> Cass. pen., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437, par. 5, in *Onelegale*.

<sup>90</sup> VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: L'approdo (Provvisorio?) delle Sezioni Unite*, cit. p. 1821.

<sup>91</sup> ROTOLO G. “*Medicina difensiva*” e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, cit. p. 1266 e OMODEI R. E., *Profili penali del trattamento medico arbitrario*, Palermo, 2020, p. 15.

<sup>92</sup> CORNACCHIA L., *trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, cit. p. 417.

<sup>93</sup> Tra le altre: Cass. Pen., sez.I, 29 maggio 2002, n. 26446; Cass Pen., Sez. IV, 30 settembre 2008, n. 37077; Cass. pen., Sez. IV, 08 giugno 2010, n. 21799 in cui espressamente si afferma che: “la condotta del medico che intervenga con esito infausto su paziente che abbia espresso il dissenso nei confronti del tipo d’intervento chirurgico rappresentatogli deve essere qualificata come dolosa e non come colposa” p. 3. Tutte le sentenze sono reperibili in *Onelegale*.

dal suo trattamento derivi, quale effetto c.d. secondario e non voluto, l'anticipazione della morte.

La S.C. ritiene che, in casi di questo tipo, la condotta non difetti del requisito della tipicità, coincidendo astrattamente con quanto descritto dall'art. 575 cp.

Nonostante ciò, il comportamento del sanitario non potrà dar luogo a responsabilità penale, poiché privo del requisito dell'antigiuridicità, il fatto non è punibile essendo autorizzato dall'ordinamento.

Laddove invece il medico evada i protocolli, l'omicidio è oggettivamente integrato, non essendo attribuibile al paziente un generalizzato diritto di curare.<sup>94</sup> Pertanto l'intervento sanitario, attuato senza una finalità terapeutica, non costituisce un atto medico legittimato dall'art 32 Cost., non differenziandosi dalla condotta di chi lede volontariamente l'integrità fisica altrui.

Azioni di questo tipo risultano prive del requisito dell'autolegittimazione integrando l'elemento soggettivo del dolo.<sup>95</sup>

#### 5. Il 579 c.p. Un'imputazione forse troppo semplicistica?

La Suprema Corte conclude la propria motivazione affermando espressamente che anche la presenza del consenso non avrebbe potuto escludere la punibilità del medico. Tralasciando, però, di menzionare la difficoltà di accertare, in casi come questi, l'effettiva ultima volontà dei pazienti.

La condotta del sanitario, ancorché animata dalla misericordiosa volontà di porre fine alle sofferenze dei degenti - assecondando le loro ultime volontà -, sarebbe stata comunque incriminabile ai sensi dell'art 579 cp.

Questa considerazione deriva dal fatto che il bene vita, in quanto indisponibile<sup>96</sup>, non possa essere leso nemmeno con il consenso del suo titolare.

---

<sup>94</sup> Cass. Pen., Sez. I, 30 settembre 2022, n. 48944, par 4.2 del *considerato in diritto*, in *Onelegale*.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> Il legislatore non indica espressamente quali siano i beni indisponibili, la dottrina propone però un criterio distintivo generale fondato sull'interesse che il bene stesso ricopre. Sono beni disponibili quei beni rimessi all'esclusivo interesse del singolo, sono invece indisponibili quei beni rispetto ai quali prevale l'interesse pubblico alla loro tutela. L'indisponibilità del bene vita è tradizionalmente desunta dal dettato degli artt. 579 e 580 cp. GROSSO C.F., PELLISERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2023, Milano, p. 320 ss.

L'esplicita richiesta, o il permesso della vittima, è tuttavia espressione di un minor disvalore della condotta e, rispetto a quella di chi uccide arbitrariamente le proprie vittime, giustifica un trattamento sanzionatorio meno gravoso.<sup>97</sup>

L'omicidio del consenziente non era un reato previsto dal codice del 1889, e la riconduzione di fatti di questo tipo all'interno della fattispecie di omicidio, solitamente aggravato in quanto commesso nei confronti di stretti familiari, era fittiziamente impedita dalla giurisprudenza, solita pronunciarsi con dispositivi assolutori generalmente fondati sull'incapacità di intendere e volere<sup>98</sup>.

L'introduzione della fattispecie, avvenuta con la promulgazione del codice Rocco, risponde all'esigenza di riconoscere un ruolo, seppur non scriminante, al consenso della vittima.

La Relazione ministeriale sul Progetto di codice penale tiene conto proprio di questa necessità: "Il Principio dell'indisponibilità del bene vita non può far disconoscere l'influenza, veramente notevole, che il consenso della vittima esercita nell'apprezzamento del dolo in genere e della personalità del colpevole"<sup>99</sup>.

Differentemente da quella che poteva sembrare l'esigenza manifestata dalla casistica giurisprudenziale, il legislatore non improntò la disciplina in un'ottica eutanastica.

L'omicidio del consenziente venne incentrato sulla figura del consenso<sup>100</sup>, da intendersi come semplice permesso e non necessariamente come esplicita richiesta<sup>101</sup>.

Per ritenersi integrata la fattispecie di cui all'art. 579 cp, e non l'ipotesi più grave di cui all'art. 575 cp, è pertanto fondamentale l'accertamento dell'effettiva volontà dell'individuo che vuole porre fine alla propria esistenza.

Indagine questa, affatto semplice.

---

<sup>97</sup> ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit p.. 38.

<sup>98</sup> BARTOLI. R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022. p. 50.

<sup>99</sup> Relazione ministeriale sul Progetto del cod. pen. vol. III, 373.

<sup>100</sup> BARTOLI. R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022. p. 50.

<sup>101</sup> L'esplicita richiesta è invece necessaria nell'ordinamento tedesco al fine di poter ritenere integrato il reato di omicidio del consenziente. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit. p. 39.

Il consenso non deve essere viziato da violenza<sup>102</sup>, da errore o inganno, ma può essere sottoposto a condizioni, le più diffuse sono sicuramente quelle sulla modalità dell'offesa. Il mancato rispetto di questi requisiti, comporta una responsabilità ex art. 575 cp<sup>103</sup>.

Il consenso, poi, acquisito nel momento iniziale della condotta deve permanere durante tutto il tempo di svolgimento della pratica.<sup>104</sup>

È infine necessario che chi vuole porre fine alla propria vita per mano altrui, abbia la capacità di consentire alla lesione del bene vita.

È proprio questo l'aspetto che più mette in dubbio la qualificazione, forse troppo semplicistica, che la S.C. fa nella parte conclusiva della propria motivazione<sup>105</sup>.

Sarebbe infatti molto complesso determinare l'effettiva capacità di esprimere un consenso valido, da parte di pazienti affetti da gravissime patologie e in condizioni di salute terminali.

Lo stesso art 579 cp, al comma 3 n. 2), esclude espressamente l'applicabilità della disciplina dell'omicidio del consenziente, comportando l'automatica riespansione dell' art. 575 cp, nei casi in cui l'aspirante suicida sia in condizione di deficienza psichica o affetto da un'altra infermità.

In casi di questo tipo, l'individuo, come d'altronde sarebbe potuto accadere con le vittime della vicenda in esame, non sarebbe in grado di esprimere consapevolmente una volontà effettiva.

## 6. Per completezza espositiva.

Nonostante non sia argomento affrontato nella pronuncia n. 48944 del 2022, si ritiene utile, al fine di dare una visione d'insieme della responsabilità del medico per trattamenti sanitari arbitrati, analizzare l'eventualità in cui la pratica terapeutica, comporti un evento infausto colposo.

---

<sup>102</sup> Per un caso di consenso viziato da nonnismo si veda Cass. Pen, Sez. I, 11 aprile 2002 n 23599 in *Cass. Pen.*, 2003, fasc 3, p. 879.

<sup>103</sup> ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit. p. 40.

<sup>104</sup> “la scriminante in esame non può essere invocata allorché l'avente diritto manifesti, esplicitamente o mediante comportamenti univoci, di non essere più consenziente al protrarsi dell'azione cui aveva inizialmente aderito”. Cass. Pen., Sez VI, 25 Marzo 2010, n.12621, in *Onelegale*.

<sup>105</sup> Cass. Pen., Sez. I, 30 settembre 2022, n. 48944, par 4.4 del *considerato in diritto*, in *Onelegale*.

Priva di problematiche è l'ipotesi in cui manchi la finalità terapeutica, la condotta è sussumibile negli artt. 589 o 590 cp.

Più complesso è invece il caso in cui la finalità terapeutica sussista, *animus* che, seppur incompatibile con il dolo, non esclude un'eventuale responsabilità colposa.<sup>106</sup>

L'evidente complessità che caratterizza l'attività medica, nonché la sua fondamentale importanza sociale, ha portato il legislatore a ritenere necessario garantire un margine di impunità al medico, autore di un danno colposo ma rispettoso delle linee guida accreditate.

Questo intento si è realizzato con l'introduzione, per mezzo della l. 8 marzo 2017 n 24, dell'art. 590 sexies cp.

Disciplina secondo cui la condotta del medico, che produce un evento colposo per imperizia, non può dar luogo a responsabilità penale qualora vengano rispettate le raccomandazioni previste dalle linee-guida, oppure, se mancanti, dalle buone pratiche clinico-assistenziali.

La ratio che ha mosso il legislatore a intervenire in materia è stata però recentemente contraddetta dall'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>107</sup>, le quali, investite del compito di specificare il campo di applicazione dell'articolo in questione, ne hanno dato una lettura restrittiva.

Qualificato il 590 sexies come causa di non punibilità in senso stretto, le Sezioni Unite ne hanno limitato il campo di applicazione al solo caso di errore colposo da imperizia nella fase esecutiva dell'intervento<sup>108</sup>. Precisando che lo scostamento del medico dalle linee-guida debba essere minimo, marginale.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Cass. pen., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437, par. 8, in *Onelegale*.

<sup>107</sup> Cass. pen, Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770, in *Onelegale*.

<sup>108</sup> Cfr Cass. Sez. IV, 1 dicembre 2021, n. 9701 in *Onelegale* in cui l'importanza delle "fasi" è stata recentemente riaffermata. E' stato ritenuto espressamente inapplicabile l'art 590 sexies al caso di errore in momenti diversi da quelli dell'esecuzione (nel caso di specie l'errore si era verificato nella fase della diagnosi).

<sup>109</sup> Per un'attenta analisi del 590 sexies post Sezioni Unite Mariotti si veda: CALETTI G.M., MATTHEUDAKIS M.L., *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra 'nuovi' spazi di graduazione dell'imperizia e 'antiche' incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, p. 25 ss.

Questo atteggiamento restrittivo viene accompagnato dalla ripresa del concetto di colpa lieve, aspetto ritenuto implicito nel dettato dell'art 590 sexies cp, e già utilizzato dal decreto Balduzzi<sup>110</sup> nella sua breve parentesi di vigenza<sup>111</sup>.

Il medico non risponde, pertanto, di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, quando l'evento si è verificato per colpa lieve da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni, contenute in linee-guida ed adeguate alla specificità del caso concreto.

La causa di non punibilità non è invece applicabile ai casi di colpa lieve da imprudenza o negligenza, né quando l'atto sanitario non sia regolato da linee-guida o buone pratiche, né quando queste non siano correttamente individuate con riferimento allo specifico caso, né, in ultimo, in caso di colpa grave da imperizia nella fase esecutiva.<sup>112</sup>

## 7. Conclusioni.

Quello della responsabilità del medico per trattamenti sanitari arbitrari è un ambito di ricerca molto vasto, e racchiude al proprio interno i più recenti approdi giurisprudenziali di teoria generale del diritto.

L'attività sanitaria è una pratica difficile da svolgere, la conoscenza di metodi e la disponibilità di mezzi, attribuisce al medico la possibilità di incidere notevolmente sulla vita delle persone, sia in positivo che in negativo.

L'errore, che caratterizza qualunque aspetto della vita umana, è sempre possibile, a maggior ragione in un settore, come quello della medicina appunto, dove una piccola incertezza può causare danni irreparabili.

Questi aspetti, riscontrati giornalmente nella casistica giurisprudenziale, non possono che far propendere per una disciplina normativa in grado di equilibrare la tutela del paziente con la serenità del medico.

---

<sup>110</sup> D.l. 13 settembre 2012 n. 158 in Onelagale.

<sup>111</sup> CANZIO G., PROTO PISANI P., *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica* in *Corti supreme e salute*, 2019, fasc. 1, p 79 ss e DOLCINI E., FIANDACA G., MUSCO E., PADOVANI T., PALAZZO F., SGUBBI F., *Itinerari di diritto penale* Milano, 2017, p 296 e ss.

<sup>112</sup> CANZIO G., PROTO PISANI P., *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica* cit. p.154.

Tutto ciò evitando al sanitario lo spettro, oltremodo gravoso e controproducente nell'ottica di tutelare la salute malato<sup>113</sup>, della scure della responsabilità penale ogni qualvolta il suo intervento, sia esso diagnostico o terapeutico, produca esiti diversi da quelli sperati.

Questa deve essere, indubbiamente, l'unica conclusione auspicabile, ma sempre che il trattamento medico sia mosso da una reale finalità terapeutica.

Diametralmente opposta non può che essere, invece, la ratio normativa nei confronti di condotte guidate da interessi egoistici, siano essi di natura economica o strettamente personale.

Il medico riveste infatti un ruolo essenziale per la società, un incarico tanto importante da far escludere categoricamente che possa non essere animato dalla buona fede e dalla volontà di migliorare la salute del paziente.

L'accertamento della responsabilità del sanitario, viene tuttavia complicato da una disciplina complessa e ricca di incertezze alimentate dalla sempre poco uniforme giurisprudenza.

Emblematico di questo atteggiamento è il ruolo del consenso informato, prima unico elemento legittimante l'attività medica, poi semplice requisito della "scriminante costituzionale", ed infine, forse, di nuovo criterio principale per accertare la sussistenza della finalità terapeutica nella somministrazione di trattamenti palliativi.

Non può non concludersi questa tesi, pertanto, senza l'auspicio che il legislatore possa intervenire, magari contestualmente con la regolamentazione delle pratiche eutanasiche di fine vita, regolamentando più chiaramente la materia.

Così da scongiurare una giurisprudenza alluvionale che non sembra mai trovare pace, nemmeno nelle pronunce delle Sezioni Unite.

---

<sup>113</sup> Gli aspetti negativi dell'eccessiva severità con cui viene valutato l'operato del medico è affrontata in: FORTI G., CATINO M., D'ALESSANDRO F., MAZZUCATO C., VARRASO G., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010. p. 17 e ROTOLO G., "medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, cit. p. 1259.

## Bibliografia:

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale, I*, Milano, 2022.

ARUZZO F., *Accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore. Considerazioni e bilanci sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 a 10 anni dalla sua entrata in vigore*, in *Biollow journal Rivista di BioDiritto*, 2021, fasc. 2, pag. 191 ss.

BARTOLI R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. ita.*, 2014 fasc. 11 p. 2565 ss.

BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022.

CALETTI G.M., MATTHEUDAKIS M.L., *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra 'nuovi' spazi di graduazione dell'imperizia e 'antiche' incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, p. 25 ss.

CANESTRARI S. *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 1, p. 56 ss.

CANZIO G., *A vent'anni dalla sentenza Franzese su [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)*.

CANZIO G., PROTO PISANI P., *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica in Corti supreme e salute*, 2019, fasc. 1 p 79 ss.

CAPPELLINI A., *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2016, fasc. 3, p. 933 ss.

CASSANO V., *Accanimento terapeutico ed atti eutanasici*, in *Riv. pen.* 2002, fasc. 11, p. 947 ss.

CASSANO V., CATULLO F.G., *eutanasia, giudici e diritto penale* nota a C. Ass. App. Milano, 24 aprile 2022 n. 23 in Cass. pen., 2003, fasc 4, p. 1369 ss.

CONTI C., "*Il diritto delle prove scientifiche*": percorsi metodologici della giurisprudenza nell'era post Franzese, in Cass. Pen., 2022, fasc. 4, p. 1644 ss.

CORNACCHIA L. *trattamenti sanitari arbitrari divergenti* in Criminalia, 2009, fasc. 4, p 415 ss.

CORQUETTI G., *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004.

CORVI A., *Rilevanza penale del contagio HIV per via sessuale*, in il Corr. del Merito, 2008 fasc. 4, p. 456 ss.

CUPELLI C., *consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in Dir. Pen. Cont., 2017, fasc. 3, p. 261 ss.

DE FRANCESCO G. A., *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in Cass. pen., 2015, fasc. 12, p. 4624 ss.

DE FRANCESCO G., *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in Riv. it. med. leg., 2012, fasc 3, p. 953 ss.

DE MARSICO A., *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, Napoli, 1930.

DE VERO G., *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, fasc. 1, p. 77 ss.

DEMURO G.P., *il dolo, II, l'accertamento*, Milano, 2010.

DI GIOVINE O., *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita*, in Cass. pen., 2019, fasc. 5-6, 1839 ss.

DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, fasc. 2, p 634 ss.

DI LANDRO R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario misura soggettiva e oggettiva della malpractice*, Torino, 2012.

DOLCINI E., FIANDACA G., MUSCO E., PADOVANI T., PALAZZO F., SGUBBI F., *Itinerari di diritto penale* Milano, 2017.

EPIDENDIO T., *Diritto penale e causalità*, in Dir. pen. proc., 2022, fasc. 10, p 1273 ss.

FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, Nota a Cass. Pen. SU 24 aprile 2014 n 28343, in Riv. Ita. Dir. Proc. Pen, 2014, fasc. 4, p. 1925 ss.

FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, Nota a Cass. Pen. SU 24 aprile 2014 n 28343, in Riv. Ita. Dir. Proc. Pen, 2014, fasc. 4, p. 1925 ss.

FORTI G., CATINO M., D'ALESSANDRO F., MAZZUCATO C., VARRASO G., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010.

GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, fasc. 2, p. 377 ss.

GROSSO C.F., PELLISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2023, Milano.

IACOVIELLO F.M., *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 463 ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Torino, 2022.

MARTIELLO G., L'odierno "statuto causale" della responsabilità del medico in ambito penale: un quadro problematico di sintesi, in *Riv. Pen.*, 2023 fasc. 2, p. 145 ss.

MASSARO A., *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino, 2020.

OMODEI R. E., *Profili penali del trattamento medico arbitrario*, Palermo, 2020.

PAOSTOLI A., *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *Biolaw journal Rivista di BioDiritto*, 2021, fasc.1, p. 239 ss.

PELLISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, Commento a Cass. SU., 18 dicembre 2008 n. 2437 n. Dir. pen. proc., 2009, fasc. 4, p. 447 ss.

PIRAS P., *l'atto medico senza il consenso del paziente, a dieci anni dalle sezioni unite e dopo la legge 219 del 2017* in *Sist. Pen.*, 2019, fasc. 11, p. 11 ss.

RAFFAELE S., *Essenza e confini del dolo*, Torino, 2018.

RISICATO L., *Dolo eventuale e colpa con previsione - Silenzio colpevole: colpa con previsione o dolo omissivo?* Nota a sentenza Cass. pen., Sez. I, 29 aprile 2022 n. 32275 in *Giur. ita.*, 2023, fasc. 1, p. 167 e ss.

ROTOLO G., *"medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso* in Dir. Pen. Proc. 2012, fasc. 10, p 1259 e ss.

SUMMERER K., *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, fasc. 1, p 299 ss.

TORDI CAGLI S., *Profili problematici del consenso al trattamento medico in Medicina e diritto penale* (a cura di) S. Canestrari, F. Giunta R. Guerrini, T. Padovan, Pisa, 2009.

UBERTONE M., *L'evoluzione del concetto di malattia e l'art. 582 del codice penale italiano* in BioLaw Journal, Rivista di biodiritto, 2014, fasc. 1, p 145 ss.

VALSECCHI A., *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*. Relazione all'incontro di studio "Questioni nuove o controverse nella giurisprudenza della Corte di Cassazione", organizzato dall'Ufficio del Referente per la Formazione decentrata della Magistratura ordinaria della Corte d'Appello di Bologna il 29 novembre 2010, in Dir. pen. cont.

VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: L'approdo (Provvisorio?) delle Sezioni Unite* in Cass. pen., 2009, fasc. 5, p. 1811 ss.