

**TRATTATO  
DI  
BIODIRITTO**

diretto da  
STEFANO RODOTÀ  
PAOLO ZATTI

---

**LE RESPONSABILITÀ  
IN MEDICINA**

a cura di

Andrea Belvedere  
Silvio Riondato

Segreteria scientifica

Mariassunta Piccinni  
Federica Turlon



GIUFFRÈ EDITORE

Presentazione . . . . .  
Gli autori . . . . .  
Abbreviazioni . . . . .

1. Premessa: medicina
2. La definizione di
3. Tipicità e atipicità
4. Le varie considerazioni
5. Il consenso com

*TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.*

#### INTRODUZIONE

1. Beni tutelati e r  
1.1. Breve qua  
1.2. Interpreta
2. Penalizzazione

#### LA VALUTAZIONE

1. Biodiritto, resp
2. Le "incomprensioni  
legale? . . . . .
3. La medicina leg
4. I parametri di c  
professionale; a
5. La criteriologia
6. Evoluzione dell
7. L'analisi della c

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2011  
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: [www.giuffre.it](http://www.giuffre.it)

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

## Capitolo 2

### INTRODUZIONE AI PROFILI PENALISTICI DELLA RESPONSABILITÀ IN AMBITO MEDICO-SANITARIO

di SILVIO RIONDAIO

SOMMARIO: 1. Beni tutelati e responsabilità penale dell'operatore medico-sanitario. — 1.1. Breve quadro costituzionale. — 1.2. Interpretazioni riduttive nel diritto penale vivente. — 2. Penalizzazione eccessiva e strumentale alla pretesa civilistica.

#### 1. Beni tutelati e responsabilità penale dell'operatore medico-sanitario.

Il problema di fondo dell'operatore medico e sanitario, ma anche quello della persona malata, non meno che del giuspenalista intento a dipanare la relativa disciplina, è capire bene dove iniziano e finiscono i diritti in tema di salute e di vita, quei diritti che chiamano in gioco la primazia della dignità umana, e dove quindi comincia il confine dell'illecito anche penale. In pratica, il chiarimento giuridico sulla decisione operativa da prendere è spesso tanto difficile quanto sul piano clinico lo è la scelta diagnostica e terapeutica<sup>1</sup>, difficile sia dal punto di vista del medico che dal punto di vista del paziente. Lo stato di disagio professionale che al riguardo si constata da tempo<sup>2</sup>, non è minore del disagio vissuto dai malati al cospetto del complesso mondo della sanità.

##### 1.1. Breve quadro costituzionale.

Le indicazioni della Carta costituzionale parrebbero acquisite nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale<sup>3</sup> nel senso che la disciplina giuridica in materia poggia sull'art. 32, laddove, esclusa ogni concezione produttivistica della persona, viene concepita una dimensione squisitamente personalistica del bene-salute, salute come diritto fondamentale, quando l'intervento non è obbligatorio per legge.

Il principio personalista poggia sull'art. 2 della Costituzione: la prece-

<sup>1</sup> Cfr. FRAGASSO, *Processo penale e clinica medica: riflessioni sull'attività difensiva nella prospettiva della semiotica, della diagnostica e della terapia*, in VIBOLINI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, Cedam, 2000, 220 e passim.

<sup>2</sup> Per tutti, PALINZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1061.

<sup>3</sup> MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002, 7.

denza sostanziale della persona umana concreta sulla collettività pur elevata a Stato pone quest'ultimo al servizio della prima e preclude che il pieno sviluppo di tale persona sia riconducibile a particolari visioni del mondo escludendone altre; si fa luogo così alla massima estensione possibile della sfera di determinazione dell'uomo, le cui limitazioni sono circoscritte ai soli casi in cui vengano concretamente (e non già assiologicamente) in rilievo altri beni fondamentali <sup>4</sup>.

Il diritto alla salute come diritto assoluto *tout court*, diritto di libertà, consiste in una pretesa di contenuto negativo a che il pubblico potere e i privati non turbino la sfera di interessi riservata al godimento del titolare del diritto, cioè in sintesi approssimativa l'integrità e le condizioni di equilibrio psicofisico della persona <sup>5</sup>. La nozione di salute è ivi assunta secondo una larga estensione, dal piano biologico a quello sociale e relazionale, fino a coinvolgere la salubrità dell'ambiente e dei luoghi di lavoro; essa si carica di significato non solo biologico ma anche etico-sociale, l'art. 32 Cost. collocandosi in tema di rapporti etico sociali. La salute quindi non coincide riduttivamente con l'integrità fisica da preservare, ma piuttosto è uno stato di benessere che poggia sull'equilibrio soma-psichico, anche se raggiungibile attraverso una menomazione dell'integrità fisica della persona <sup>6</sup> o comunque uno stato di non-salute.

L'approccio alla nozione di salute deve però essere dinamico nel senso che il processo di definizione è dinamico <sup>7</sup>; non è possibile determinare *una tantum* il concetto di salute né configurare la tutela come una nozione tecnica "neutrale", indipendente dalla valutazione individuale e dalla valutazione collettiva (psicologica oltre che scientifica) del suo contenuto e delle modalità per soddisfarla <sup>8</sup>, non esauribile quindi alla stregua soltanto degli strumenti valutativi offerti da scienze mediche e ausiliarie. Si tratta infatti di un diritto di libertà, perciò apprezzabile sì sotto il profilo statico ma soprattutto sotto il profilo dinamico: la condizione di equilibrio psicofisico in cui la salute consiste può peggiorare, rimanere tale o migliorare, in

<sup>4</sup> VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, 12 s.

<sup>5</sup> MORANA, *op. cit.*, 37.

<sup>6</sup> Corte cost., 6.5.1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1173 (sul transessualismo) con nota di DOGLIOTTI.

<sup>7</sup> PALERMO FARRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, Cedam, 2000, 81.

<sup>8</sup> MORANA, *La salute*, cit., 84 s.

relazione alla pe  
divergere tra l'al

Il diritto-sal  
soggettivo (sol  
all'interesse dell  
stessi diritti alla  
ma si iscrivono r

In questo qu  
legittimazione es  
stica del bene-s  
L'individuo è il p  
per quanto lo rig  
In altri termini, l  
tema di salute d  
regime generale  
che in materia  
quando la perva  
determinazione:  
persona, da cos  
esplicazione del p  
impedire le illegi

Secondo la C  
espressione della  
dal medico, si co  
fondamento nei p  
i diritti fondame  
rispettivamente c  
essere obbligato  
sizione di legge.

Importante è  
compenetra in fu  
nomia individuale

<sup>9</sup> PALERMO FARRIS

<sup>10</sup> MORANA, *La sa*

<sup>11</sup> MORANA, *La sa*

<sup>12</sup> Corte cost., 9  
*Costituzione*, cit., 10 s.

<sup>13</sup> Corte cost., 15

<sup>14</sup> PALERMO FARRIS

attività pur elevata  
clude che il picco  
visioni del mondo  
ne possibile della  
circoscritte ai soli  
amente) in rilievo

diritto di libertà,  
pubblico potere e i  
mento del titolare  
le condizioni di  
lute è ivi assunta  
llo sociale e rela-  
i luoghi di lavoro;  
tico-sociale, l'art.  
salute quindi non  
re, ma piuttosto è  
-psiche, anche se  
a fisica della per-

inamico nel senso  
e determinare una  
ome una nozione  
duale e dalla valu-  
contenuto e delle  
gua soltanto degli  
Si tratta infatti di  
profilo statico ma  
quilibrio psicofisico  
o migliorare, in

za della norma, Milano,

essualismo) con nota di  
ale. *Profili problematici*

relazione alla percezione del soggetto; tale percezione, imprescindibile, può divergere tra l'altro dalla valutazione tecnica offerta dalla scienza medica<sup>9</sup>.

Il diritto-salute, poiché è assoluto e non un mero diritto pubblico soggettivo (solo nei confronti dello Stato) non può essere funzionalizzato all'interesse della collettività cui pure è preordinata la tutela del bene; gli stessi diritti alla prestazione non discendono dall'interesse della collettività ma si iscrivono nella tutela del bene individuale<sup>10</sup>.

In questo quadro, la strumentalità dell'atto medico preclude percorsi di legittimazione esterni al precipitato normativo della dimensione personalistica del bene-salute, quando l'intervento non è obbligatorio per legge. L'individuo è il primo arbitro della decisione su cosa sia "salute" e cosa no, per quanto lo riguarda, e quindi su quali siano i mezzi idonei a preservarla. In altri termini, la libertà di autodeterminazione è specialmente tutelata in tema di salute dall'art. 32 Cost., e con riserva assoluta di legge (mentre il regime generale risponde alla riserva relativa, art. 23 Cost.)<sup>11</sup>; resta fermo che in materia opera inoltre la più intensa garanzia dell'art. 13 Cost., quando la pervasività della coercizione morale tenda ad annullare l'autodeterminazione: l'*habeas corpus* (art. 13 Cost.) esprime l'inviolabilità della persona, da costruirsi come libertà nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo e quindi impedire le illegittime intromissioni altrui<sup>12</sup>.

Secondo la Corte costituzionale<sup>13</sup> il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono rispettivamente che la libertà personale è inviolabile e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.

Importante è però cogliere che la libertà di autodeterminazione si compenetra in funzione costitutiva della nozione di salute<sup>14</sup>; perciò l'autonomia individuale è assunta fino al punto che per esprimerne la valenza si

<sup>9</sup> PALERMO FABRIS, *op. cit.*, 81; MORANA, *La salute*, cit., 110 s.

<sup>10</sup> MORANA, *La salute*, cit., 32.

<sup>11</sup> MORANA, *La salute*, cit., 128.

<sup>12</sup> CORTE COST., 9.10.1990, n. 471 (n. 3 del considerato in diritto); VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 10 s.

<sup>13</sup> CORTE COST., 15.12.2008, n. 438 (n. 4 del considerato in diritto).

<sup>14</sup> PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., 81.

parla di "sovranità" della valutazione individuale<sup>15</sup>. Soprattutto in questa luce si sono manifestate più o meno ampie aperture anche con riferimento alla decisione che coinvolga la propria morte<sup>16</sup>. Insomma, il principio dell'antioriorità della persona rispetto alla collettività e allo Stato si attua solo se la prima è assunta nella sua concretezza anche come *formante del diritto costituzionale* che la presuppone<sup>17</sup>; nello spirito della Carta non entrano versioni del personalismo che, prescindendo dall'autonomia dei singoli, comportino rigide posizioni di parte; anzi, si impone una ricostruzione per così dire "dal basso"<sup>18</sup>.

Di conseguenza, solo riguardo alla pretesa dell'individuo a che la Repubblica tuteli la di lui salute<sup>19</sup> può valere il limite di una eventuale diversa concezione, collettiva o tecnica o tecnico-collettiva o comunque oggettiva, della salute individuale, quali che ne siano le fonti. Vale a dire che l'individuo non può pretendere che la sua idea di salute (e quindi dei correlati mezzi di protezione) presieda in via esclusiva per esempio alla prestazione sanitaria, la quale ultima in nessun caso può essergli imposta se non per legge e soltanto per la tutela della salute altrui<sup>20</sup>. Nell'alleanza terapeutica si coniugano concezioni soggettive (compresa quella del medico), concezioni collettive, concezioni della scienza medica. In pratica il

<sup>15</sup> SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI-FERRANDO MAZZONI-RODOLFA-ZATTI, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOLFA ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, 189 ss. V. però, criticamente, ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 984. Cfr. inoltre FIANUCCA-FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Cultura europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008, e in particolare i contributi di FORGI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, e di CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*; RIBICINO, *Dal 'diritto di vivere' al 'diritto di morire'. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, Giappichelli, 2008.

<sup>16</sup> V. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, e FAENZA, *Profili penali del suicidio*, entrambi in *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI-FERRANDO MAZZONI-RODOLFA-ZATTI, cit., 1901 ss., 1801 ss.; DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, Giappichelli, 2009, *passim*; VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1594; PULITANO, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1195; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74; STORIONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in FIORENZANI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffrè, 2001, 143.

<sup>17</sup> Osseiva Lombardi Vallauri che la negoziazione del diritto, ovvero lo spostamento della produzione normativa dagli antichi centri logici del sistema verso centrali private, si può iscrivere in un più ampio processo di de-pubblicizzazione e dis-ufficializzazione, che coinvolge anche campi diversi da quello del diritto (LOMBARDI VALLAURI, *Delegalizzazione, neogiuridicizzazioni, secolarizzazione*, in *Jus*, 1985, 355-372).

<sup>18</sup> VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 11.

<sup>19</sup> Per sviluppi e indicazioni di rango costituzionale v. MORANA, *La salute*, cit., 38 ss.

<sup>20</sup> MORANA, *La salute*, cit., 142.

medico contri  
scientifiche e l  
per la salute  
soggetto "deb  
dibile la sua co  
di salute da in

## 1.2. Interpret

Nel diritto  
statuto delle g  
alla Carta.

Infatti, an  
bilità del cons  
chirurgico, risp

<sup>21</sup> Per un el

<sup>22</sup> PALAZZO,  
sociale), in *Cass. pen.*

<sup>23</sup> Per un q  
CANESTRARI-GIUNTA,  
particolare LEONCI  
riforma v. RAMACCI,  
in onore di G. Mar  
denza v. MARTELLI O  
frontiere, in *Crimin  
persona e contro i  
chirurgico eseguito*

<sup>24</sup> Cass. pen.  
pen., 2003, 1945, co  
nell'attività medico-  
Unite v. EUSEBI, *Ve  
Criminalia*, 2009, 4  
medico-chirurgico  
trattamento terapeu  
rabilità del delitto d  
al di fuori dell'urge

<sup>25</sup> Più ampia  
questo Volume; DAI  
del fatto di reato e li  
di consenso, riflessi  
informato: pratiche  
trattamenti sanitari  
chirurgico», in *En  
medico-chirurgico:  
governo del corpo  
PROVOLO, *Le direttiv**

oprattutto in questa  
che con riferimento  
omma, il principio  
allo Stato si attua  
come formante del  
to della Carta non  
dall'autonomia dei  
ppone una ricostru-

individuo a che la  
e di una eventuale  
ettiva o comunque  
onti. Vale a dire che  
alute (e quindi dei  
a per esempio alla  
essergli imposta se  
ui<sup>21</sup>. Nell'alleanza  
esa quella del me-  
medica. In pratica il

verno del corpo, a cura di  
da RODOLÀ-ZATTI, Milano,  
matiamo legale e limiti del  
ANCOLINI (a cura di), Sulla  
cana a confronto, Torino,  
e legittimazione "persona-  
male; RUSICATO, Dal diritto  
ienza penalistica, Torino,

ento sanitario da parte di  
verno del corpo, a cura di  
GIOVENE, Un diritto penale  
massim; VIGANÒ, Decisioni  
594; PULITANO, Doveri del  
s, Diritto di morire e diritto  
7, 74; STORIONI, Riflessioni  
2. Nuove frontiere, difficili

ero lo spostamento della  
zate, si può iscriverne in un  
ge anche campi diversi da  
i, secolarizzazione, in Jus,

ute, cit., 38 ss.

medico contribuisce in grande misura a recare le conoscenze pratiche e scientifiche e le scelte legislative e amministrative in materia di prestazioni per la salute<sup>21</sup>. Sotto questo profilo non vi è dubbio che il paziente è il soggetto "debole" del rapporto<sup>22</sup>, e perciò a maggior ragione è imprescindibile la sua consapevole adesione, la quale costituisce la nozione concreta di salute da impiegare nel caso.

## 1.2. Interpretazioni riduttive nel diritto penale vivente.

Nel diritto penale vivente, tuttavia, lo statuto giuridico del medico e lo statuto delle garanzie del malato<sup>23</sup> non sono ancora pienamente uniformati alla Carta.

Infatti, anche di recente si è appalesata<sup>24</sup> non acquisita l'imprescindibilità del consenso c.d. informato (consapevole)<sup>25</sup> al trattamento medico-chirurgico, rispetto al *leading case* del medico che sottoponga il paziente, in

<sup>21</sup> Per un elenco v. MORANA, *La salute*, cit., 85 ss.

<sup>22</sup> PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 1231.

<sup>23</sup> Per un quadro critico recente su questi plessi normativi v. i contributi alla collettanea CANESTRARI-GIUNTA-GUERRETI-PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, e in particolare LEONCINI, *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, 45, con ult. ind.; in prospettiva di riforma v. RAMACCI, *Stato giuridico del medico e garanzie del malato*, in DOLLINI PALERMO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 1707. Per una rassegna critica anche di giurisprudenza v. MARIHELLO, *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, 325; PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, I, *Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Padova, Cedam, 2006, 178; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141.

<sup>24</sup> *Cass. pen.*, sez. un., 18.12.2008-21.1.2009, n. 2437; v. inoltre *Cass. pen.*, sez. I, 29.5.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 1945, con nota di MARBA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica* (ivi ult. ind.). Per una lettura adesiva della menzionata decisione a Sezioni Unite v. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, 423. Cfr. FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia delle sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, II, 306. V. inoltre EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 735; IADICOLA, *Sullo configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. pen.*, 2002, 532.

<sup>25</sup> Più ampiamente v. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in questo Volume; DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, Giappichelli, 2006; PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso, riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 380; MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 9; PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, Cedam, 2000; MANNA, voce «Trattamento medico-chirurgico», in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, 1280; Id., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, Giuffrè, 1984. Riguardo al tema delle direttive anticipate si rinvia a *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI-FERRANDO-MAZZONI-RODOTÀ-ZATTI, cit. e in particolare a PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, 1969 ss.

mancanza di valido consenso previa adeguata informazione, ad un trattamento chirurgico rispettoso dei protocolli e delle *leges artis* e conclusosi con *esito fausto*<sup>26</sup>. Si è al riguardo riproposta la tesi dell'“autolegittimazione” dell'attività medica<sup>27</sup>, tentando di coniugarla con quella della legittimazione in base al consenso<sup>28</sup>. Si è cioè innescato un processo di devalorazione del centro di imputazione del potere decisorio riguardo al caso, che le norme costituzionali incardinerebbero privilegiatamente sull'individuo, come si è detto. La pretermissione della decisione del paziente è avvenuta tramite la valorizzazione dell'esito fausto (beneficio per la salute del paziente) e sul piano, asseritamente, non già dell'antigiuridicità bensì della tipicità penale, all'interno della nozione penalistica di “malattia” sulla quale si incardina il delitto di lesione personale: rileverebbero “gli esiti che quell'intervento ha determinato sul piano di una valutazione complessiva della salute”, nel senso che al beneficio complessivo e finale della salute corrisponderebbe l'assenza di malattia.

Senonché, per la definizione di “malattia” è stata impiegata una nozione oggettiva di salute, che prescinde dall'apporto dell'interessato. L'obiezione secondo cui la scelta consapevole del paziente dovrebbe reagire sulla nozione di malattia, è stata respinta collocandola in « una (auspicabile) prospettiva *de iure condendo* », e preferendo « una lettura “obiettiva”, quale è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa ». Il paziente, dunque, non avrebbe voce in merito al contenuto della sua salute: si imporrebbe la diversa nozione collettiva di salute individuale, tratta dalla scienza medica (che però è plurivoca<sup>29</sup>) e assunta dalla norma penale in modo tale che il bene giuridico penalmente tutelato si sostanzierebbe nella stessa nozione collettiva.

Peraltro, una significativa ma contraddittoria concessione alle ragioni dell'individuo si riscontra nell'orientamento in esame quando per la definizione di “esito fausto” viene considerato quel giudizio positivo sul mi-

<sup>26</sup> Cfr. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 377.

<sup>27</sup> Cfr. MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, cit., 616.

<sup>28</sup> Per una compiuta ricostruzione critica in tal senso v. LEONCINI, *Obbligo*, cit., 45 ss.

<sup>29</sup> L'orientamento in esame sottovaluta la plurivocità della scienza medica. V. al riguardo VINCENZI (a cura di), *Diritto e clinica*, cit.; CONTI, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in CANESTRARI-GIUNTA-GUERRINI-PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, cit., 335. Occorre guardarsi dall'interpretare la medicina secondo un senso di onnipotenza dell'uomo rispetto ai fenomeni biologici, cui si unisce troppo spesso, soprattutto nel processo mediatico, l'alteggiamiento culturale di rifiuto della sofferenza e della morte conseguenti a patologie, per cui dolore e morte sarebbero sempre imputabili ad errore terapeutico (PALAZZO, *Causalità*, cit., 1232).

gioramento a  
gliato non solt  
alternative po  
volontà positiv  
che possa esse  
tracciare gli o  
ziente abbia p

Tuttavia, c  
cernente la be  
questione sul  
un contesto in  
assunta soltan  
stesso. Basti r  
dal giudizio c  
potrà propor

L'idea che  
dell'antigiurid  
foss'altro per  
degli schemi  
distinzione tra  
all'altrettanto  
giudizio di an  
anche nel giu  
intensa compo  
nato, laddove  
dell'intervento  
deve ancorars  
partire dalla c  
ridica sulle fo  
questo terren  
intesa valere i  
dell'idea dell'  
tigiuridicità, p  
assegnare alla  
veicolata dal

<sup>30</sup> Sulle dist  
giustificazione oggi  
*dir. proc. pen.*, 200

<sup>31</sup> PALERMO

gioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili il cui novero deve comprendere le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente, onde evitare 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.

Tuttavia, questa integrazione "soggettiva" della lettura "obiettiva" concernente la beneficialità dell'esito chirurgico ripropone come insoluta la questione sul ruolo del consenso e dell'assenza del medesimo, oltretutto in un contesto in cui la valutazione del paziente sull'esito dell'intervento viene assunta soltanto in una collocazione temporale precedente l'intervento stesso. Basti notare come risulti incomprensibile che si possa prescindere dal giudizio del paziente sull'esito (giudizio anche successivo, qualcuno potrà proporre), una volta dischiusa la porta della sua irrilevanza.

L'idea che sia risolutivo uno spostamento della soluzione dal piano dell'antigiuridicità al piano della tipicità penale è destinata a fallire non foss'altro perché implica un impiego pedissequo a fini decisori soltanto degli schemi cari alla dogmatica della teoria analitica del reato, come la distinzione tra fatto tipico, antigiuridicità, colpevolezza, mentre rinuncia all'altrettanto imprescindibile concezione sintetica per cui, tra l'altro, il giudizio di antigiuridicità permea di sé l'intero reato, quindi si compenetra anche nel giudizio di tipicità, e talvolta in misura molto intensa<sup>30</sup>. Questa intensa compenetrazione avviene nel percorso argomentativo sopra esaminato, laddove milita la "valutazione complessiva della salute" all'esito dell'intervento, quale formante della tipica "malattia". Tale valutazione deve ancorarsi, proprio perché implica distinzioni tra valore e disvalore, a partire dalla coppia fausto-infausto, al reperimento di un'indicazione giuridica sulle fonti cui ancorare la valutazione stessa nonché sui criteri. Su questo terreno, che è quello dell'antigiuridicità<sup>31</sup> nonostante questa sia intesa valere in termini di tipicità, rimane fonte di ambiguità l'introduzione dell'idea dell'"autolegittimazione" dell'atto medico sotto il profilo dell'antigiuridicità, poiché nasconde la scelta faurice di un ruolo "forte" da assegnare alla concezione collettiva della salute individuale, concezione veicolata dal medico e eventualmente diversa dalla concezione dell'indi-

<sup>30</sup> Sulle distinzioni dogmatiche e il discusso ruolo dell'antigiuridicità v. DOSINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1646.

<sup>31</sup> PALERMO FARRIS, *Diritto alla salute*, cit., 57 ss.

duo interessato, scelta che poi si insinua nella trattazione della "malattia" sul versante della tipicità. Questa tipicità non è suscettibile di essere poi presentata come se potesse rimanere neutra rispetto ai valori e quindi ai (alla decisione sui) centri di imputazione della decisione sui valori; il riferimento alla tipicità *tout court* è artificioso<sup>32</sup>. L'antigiuridicità consiste in una valutazione fatta dal giudice e dall'interprete in genere, e implicante delicati bilanciamenti sostanzialmente creativi<sup>33</sup>; di conseguenza occorre adeguatamente chiarire, rispetto agli *hard-cases*, le poste, i pesi e le preferenze impiegati nei bilanciamenti medesimi.

La nozione collettiva di salute, beninteso, può essere implicata nella definizione del bene giuridico tutelato, e nel conseguente suo dispiegarsi per esempio in tutti i tratti del reato di lesione personale, "malattia" compresa; ma essa non può tramutarsi in formante unico a scapito della concezione di fonte individuale, qualora non coincida con questa, senza incorrere in riedizioni autoritaristiche o paternalistiche o perfezionistiche sul ruolo del bene giuridico (anzi, del diritto penale<sup>34</sup>), le quali tradiscono anzitutto la ridetta dimensione personalistica della salute trasfusa nell'art. 32 Cost.

Bene quindi si può continuare a notare in materia la persistenza di una tendenzialmente esclusiva disciplina dirigistica dello Stato sugli interessi oggetto dell'intervento penale<sup>35</sup>. Tale disciplina si fonda sul c.d. principio costruttivistico secondo cui i beni/interessi di rilevanza penale, anziché essere affidati al libero dispiegarsi delle forze presenti nella società civile, sono interamente sottoposti al controllo pubblico ed amministrati autoritativamente dallo Stato secondo criteri di discrezionalità e opportunità politica. Ciò comporta che la conservazione, il godimento, lo sviluppo del bene vengano ottimizzati non con l'affidamento di tale bene alla libera interazione degli individui bensì con la costruzione di un ordine normativo programmato<sup>36</sup>. Si tratta in particolare e più precisamente di un ordine che, al di là del merito delle scelte, persevera nel non contemplare adeguatamente l'individuo come proprio formante normativo. Ne è ulteriore, vistoso

<sup>32</sup> Conf. BELLANAMBA, *Stato di necessità ed attività medico-chirurgica: profili di una relazione di incompatibilità*, in CANESTRARI-GIUNTA-GIUFFRINI-PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, cit., 15.

<sup>33</sup> V. volendo, RIGNARDI, *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettoni*, Padova, Cedam, 2006.

<sup>34</sup> Cf. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, cit., 1, 321.

<sup>35</sup> Da ultimo sul punto, criticamente, DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, Giappichelli, 2009, 57.

<sup>36</sup> SCODDI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, il Mulino, 1990, 57.

precipitato la tra-  
lità" dei beni in

Diversament  
individuo e colle  
rispettive posizio  
teoria dell'esito  
tiva" dell'esito di  
le ragioni dell'in  
renze del singolo  
Pare più adeguat  
medico, in funzio  
paziente è impre  
l'attività medica  
canone dell'allea  
ricorrenti pronun  
è stato pretermes

Tanto più è  
nzione del patient  
all') auto-determi  
ai penalisti, tra of  
questa distinzione  
(sua) salute, releg  
può riflettersi es  
autoritariamente.  
l'individuo ne ab  
esito fausto e esit

<sup>37</sup> Criticamente, S  
cura di CANESTRARI-FERR

<sup>38</sup> PEDRAZZI, voce

<sup>39</sup> Vedi la trattazi

<sup>40</sup> Cf. TORDINI C.

Bononia University Pres

CANESTRARI-GIUNTA-GIUFF

<sup>41</sup> Per tutti, VIGAN

<sup>42</sup> ZATTI, *Il diritto  
comm.*, 2000, I, 92; PALI  
trattamento medico-chir  
ancofa ZATTI, *Rapporto*

403.

<sup>43</sup> Cf. VENEZIANI,  
diritto penale, parte speci  
Il consenso del patient

precipitato la tradizionale e resistente opinione fautrice dell'“indisponibilità” dei beni in questione <sup>37</sup>.

Diversamente, il sistema costituzionale pretende che nel conflitto tra individuo e collettività quanto alla salute del primo, il bilanciamento delle rispettive posizioni non si risolva in una nullificazione dell'individuo. La teoria dell'esito fausto, se collegata *tout court* ad una valutazione “oggettiva” dell'esito diversa da quella soggettiva, non considera sufficientemente le ragioni dell'individuo, e perpetua il rischio che non decidano le preferenze del singolo interessato, ma valutazioni in chiave di utilità sociale <sup>38</sup>. Pare più adeguato il bilanciamento scaturente dal confronto tra paziente e medico, in funzione di quell'alleanza terapeutica per cui il consenso del paziente è imprescindibile. Se si muove invece dall'autolegittimazione dell'attività medica e dalla prevalenza della nozione oggettiva di salute, il canone dell'alleanza terapeutica subisce una forte svalutazione, come nelle ricorrenti pronunzie della giurisprudenza penale in cui il ruolo del consenso è stato pretermesso <sup>39</sup>.

Tanto più è avvertibile questa svalutazione, se si considera che l'opinione del paziente non può ritenersi rilevante soltanto in termini di (diritto all') auto-determinazione <sup>40</sup>, esasperando l'analitica distinzione, cara anche ai penalisti, tra offesa all'autodeterminazione e offesa alla salute <sup>41</sup>. Proprio questa distinzione rischia di consentire l'esclusione del paziente rispetto alla (sua) salute, relegandolo nell'angusto angolo di un'autodeterminazione che può riflettersi esclusivamente su alternative il cui contenuto è stabilito autoritariamente. La salute, invece, si riempie anche della concezione che l'individuo ne abbia <sup>42</sup>. Di qui la peculiare relatività della distinzione tra esito fausto e esito infausto <sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Criticamente, SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI-FERRANDO-MAZZONI-ROSCIA-ZATTI, cit., 189 ss.; DI LANDRO, *La colpa medica*, cit., 60.

<sup>38</sup> PEDRAZZI, voce « Consenso dell'avente diritto », in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 144.

<sup>39</sup> Vedi la trattazione di SEMINARA, *La dimensione del corpo*, cit., *passim*.

<sup>40</sup> Cfr. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bononia University Press, 2008, *passim*; Id., *Profili problematici del consenso al trattamento medico*, in CANESTRARI-GUENTA GUERRINI-PALOMANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, cit., 31.

<sup>41</sup> Per tutti, VIGANO, *Profili*, cit., 162.

<sup>42</sup> ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 92; PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., 81; RIUNDAO, *Profili giuridico-penalistici del trattamento medico-chirurgico* (2002), in [www.riondato.com](http://www.riondato.com); VIGANO, *Profili*, cit., 178. Più di recente v. ancora ZATTI, *Rapporto medico-paziente e “integrità” della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 403.

<sup>43</sup> Cfr. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale*, parte speciale, diretto da MARICUCCI-DOLENI, III, 2, Padova, Cedam, 2003, 306; DEI CORSO, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. u. dir. proc. pen.*, 1987, 542.

Analoghi rilievi valgono in ordine all'orientamento secondo cui in materia di trattamento medico-chirurgico la nozione penalistica di colpa, intesa sotto il profilo della violazione di regola cautelare rivolta ad evitare fatti dannosi prevedibili ed evitabili, non abbraccia la mancata acquisizione del consenso informato<sup>44</sup>; l'acquisizione del consenso non sarebbe preordinata *in generale* a prevenire fatti dannosi prevedibili ed evitabili, ma a tutelare il diritto alla salute e soprattutto la scelta consapevole in relazione agli eventuali danni che possano derivare dalla scelta terapeutica.

In questa prospettiva, l'assunto si relativizza già per la concessione che *in particolare* il difetto di consenso acquista importanza come elemento della colpa allorquando determini mediatamente l'impossibilità per il medico di conoscere le reali condizioni del paziente e di acquisire un'anamnesi completa, ciò che tuttavia viene considerato rilevare non direttamente ma come riflesso del superficiale approccio del medico all'acquisizione delle informazioni necessarie per il corretto instaurarsi del rapporto terapeutico. La questione però non così è esauribile<sup>45</sup>, come se l'interrelazione medico-paziente fosse finalizzata soltanto a colmare un divario esistente tra le due parti del rapporto di cura, ove il medico determina e quindi detiene da solo il bagaglio informativo di principio e abbisogna soltanto di informazione sul dettaglio da parte del paziente: insomma, "l'uno sa e l'altro ignora"<sup>46</sup>. Se invece il principio da seguire, da parte del medico così come da parte della giurisprudenza, si determinasse anch'esso sul caso concreto, coinvolgendo la fonte costituita dal paziente, allora già la conseguente costruzione "dal basso" del bene tutelato e quindi dell'offesa-danno, quindi pure delle modalità di offesa, implicherebbe l'essenzialità dell'acquisizione del punto di vista del paziente, nella dimensione cautelare della prevenzione del danno.

Per chiudere pare opportuna una brevissima digressione in relazione al campo del diritto civile, anche per ciò che si dirà nel paragrafo che segue. Preliminare è l'avvertenza su plurimi profili di incomparabilità tra i due ambiti, civile e penale, riguardo alla quale si dirà meglio in seguito.

Nella disciplina civilistica può notarsi che sono meno offuscati i valori costituzionali che presiedono alle relazioni di cura e alle correlate connessioni tra salute, autodeterminazione del paziente e responsabilità del me-

<sup>44</sup> Cass. pen., sez. IV, 24.6-30.9.2008, n. 37077.

<sup>45</sup> Per una diffusa disamina critica con riferimento all'ambito civilistico v. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, Giuffrè, 2010, 153 ss.

<sup>46</sup> Cfr. PORTIGLIATTI BARBOS, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 894.

dico. Non si pre-  
zioni penalistic  
costituisce auto  
riscano effetti le  
la circostanza c  
retto<sup>47</sup>. Il cor  
autodeterminaz  
medicale di sal  
trovato occasio

## 2. Penalizzazio

Di solito l'  
penalmente ille  
dell'inizio dell'  
si intensifica pe  
variabili e com  
responsabilità p  
quanto questi s  
progressivo inc  
malato, amplia  
tutela resa a me  
medico atteggia  
medicina c.d. d  
dell'attività me

La respons  
nifestazioni cor

<sup>47</sup> Per riferim

<sup>48</sup> PUCCELLA, *op*  
scopi civilistici.

<sup>49</sup> Cass., sez. I

<sup>50</sup> DONINI, *Am*  
*Guida dir.*, 2008, 15, s  
una finalità curativa,

<sup>51</sup> FIORI, *Medi*

<sup>52</sup> ESUSERI, *Il c*  
*persona. Nuove front*

<sup>53</sup> FORTI-CAIEN  
*siva*, Pisa, ETS, 2011  
CAIÒ-NARDELLA-CAP

dico. Non si prescinde dal consenso, a differenza che nelle cennate deviazioni penalistiche. È pacifico che la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento scaturiscano effetti lesivi o mortali per il paziente, e che nessun rilievo può avere la circostanza che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto<sup>47</sup>. Il consenso però entra sotto la considerazione del diritto di autodeterminazione, mentre rispetto al diritto alla salute prevale un'idea medica di salute<sup>48</sup>, sulla quale anche di recente la Supr. Corte civile ha trovato occasione di concordare con l'omologa penale<sup>49</sup>.

## 2. Penalizzazione eccessiva e strumentale alla pretesa civilistica.

Di solito l'operatore medico e sanitario si muove in un contesto non penalmente illecito *ab origine*. Di solito non ha una conoscenza naturale dell'inizio dell'illecito<sup>50</sup>. In ambito medico e sanitario questa constatazione si intensifica perché nel diritto giurisprudenziale si sono molto estesi certi variabili e comunque scarsamente predeterminati meccanismi ascrittivi di responsabilità penale, specie quelli relativi a causalità e colpa, e tanto più in quanto questi sono sovente incardinati su reati omissivi. Ciò ha prodotto un progressivo incremento della ricerca di una tutela penale dei diritti del malato, ampliando questa tutela a scapito della certezza e garanzia nella tutela resa a medici ed operatori sanitari<sup>51</sup>, e producendo inoltre in ambito medico atteggiamenti di copertura e logiche di autotutela corporativa<sup>52</sup>, medicina c.d. difensiva<sup>53</sup>, nonché le cennate pretese di autolegittimazione dell'attività medica.

La responsabilità giuridica dell'operatore medico-sanitario, le cui manifestazioni concrete riguardano la *malpractice* e sono appunto complessi-

<sup>47</sup> Per riferimenti v. PUCCELLA, *op. cit.*

<sup>48</sup> PUCCELLA, *op. cit. passim*, che propone migliori definizioni e raccordi in relazione agli specifici scopi civilistici.

<sup>49</sup> Cass., sez. III, 12.1.-9.2.2010, n. 2847.

<sup>50</sup> DUMINI, *Autogiuridicità e giustificazione*, cit., 1658. Cfr. Cass., sez. IV, 16.1.2008, n. 11335, in *Guida dir.*, 2008, 15, secondo cui se il medico si trova ad agire, magari erroneamente, ma pur sempre con una finalità curativa, ciò è incompatibile con il dolo di lesioni.

<sup>51</sup> FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 1999, 237.

<sup>52</sup> FISUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffrè, 2001, 140.

<sup>53</sup> FORLÌ-CALINO-D'ALESSANDRO-MAZZUCCIO-VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, ETS, 2010; CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415; CATTO-NARDELLA-CARALBO-RICCI, *La medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 911.

vamente ascrivibili in larga e preponderante parte alla responsabilità colposa, soprattutto omissivo-colposa, si dispiega amplissimamente in ambito giuspenalistico anzitutto perché il criterio di valutazione della colpa tende ad abbracciare gradi lievissimi e finisce troppo spesso per coincidere con il criterio di accertamento causale, risolvendosi in una responsabilità oggettiva (senza colpa) nominalmente mascherata<sup>54</sup>. Permane inoltre l'eventualità che la responsabilità medico-sanitaria sia correlata nei congrui casi a quelle forme di responsabilità penale oggettiva che ancora sopravvivono al divieto costituzionale (art. 27, comma 1°, Cost.), più o meno malamente temperate, quando non soltanto formalmente, dalla prassi giudiziaria.

Diversamente, nell'esperienza giuridica dei Paesi di *common law*, la *negligence* è sanzionata penalmente solo nei casi più gravi (*gross negligence*) e assai raramente nei casi di *medical malpractice*, mentre però forte è la tutela civile che comprende anche i danni c.d. punitivi<sup>55</sup>, questi ultimi da noi (di)sconosciuti<sup>56</sup>, mentre nel nostrano risarcimento del danno biologico sembrano affiorare logiche "parapenali"<sup>57</sup>.

Gli è che nell'ordinamento italiano il tema della responsabilità penale dell'operatore medico e sanitario coinvolge beni/interessi di massimo valore costituzionale come la vita e la salute, di fronte ai quali tendenzialmente le norme incriminatrici sono utilizzate dal legislatore in funzione opportunistico-simbolica, e dagli organi giudiziari anche in maniera "espansiva"<sup>58</sup> spesso promozionale, come a perseguire una oggettiva strategia di impiego della giustizia penale in funzione strumentale al perseguimento di interessi meramente civilistici. Questo impiego si amplifica vicpiù in ragione sia di maggiori carenze di efficienza che l'apparato processuale giusciviltistico dimostra rispetto a quello penale, sia della previsione della procedibilità a querela (lesioni colpose) che asservisce lo strumento penale al fine di un risarcimento compensato con la rimessione, sia dell'assenza di adeguati ampliamenti della responsabilità amministrativa degli enti per reato al settore della tutela della salute<sup>59</sup>; sia infine ma soprattutto da essenziali fattori di interrelazione che ostacolano la pur relativa autonomia tra sistema penale e sistema civile sotto il duplice profilo sostanziale e proces-

<sup>54</sup> V. il contributo di CASTRONUOVO-RAMPOLI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in questo Volume.

<sup>55</sup> Di LANDRO, *La colpa medica*, cit., 12.

<sup>56</sup> Cass., sez. III, 19.1.2007, n. 1183.

<sup>57</sup> PERLINGIERI, *Rapporti costruttivi tra diritto penale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1977, 109.

<sup>58</sup> Di LANDRO, *op. ult. cit.*, 51.

<sup>59</sup> V. il contributo di BOESARI, *Biodiritto e responsabilità penale delle persone giuridiche*, in questo Volume.

suale (art. 2059 cc. proc. pen.). Talora, l'indennità di natura patrimoniale delle categorie di danno, è il risultato del accertamento processuale.

Oggi il fenomeno è stato preso allo scopo di ridimensionare la soluzione distorsiva di alcune soluzioni di amministrazione dell'attività di occupazione per l'eccezione medica, medicina penale mantenga i caratteri sanzionatori alternativi<sup>61</sup>. Occorre però che i casi possono risolversi in modo che in genere non è un'attività rischiosa per il medico sul consapevole consenso del paziente, e non è univocamente strumentale alle connotazioni di disutilità della medicina finisce per essere "socialmente utile" e non è prezzato da bilanciare una valenza collettiva.

Comunque, tale soluzione è un condizionare di fatto il diritto all'esigenza di assicurare la giustizia, il ristoro del diritto penale funzionale al diritto generale<sup>64</sup>, anche in caso di mancato risarcimento del danno.

Detti fattori in relazione (strategie) coincidenze

<sup>60</sup> Di GIOVINE, *Posizione di diritto e tutela della vittima*.

<sup>61</sup> Cass. pen., sez. I, 19.1.2007, n. 1183.

<sup>62</sup> Cfr. PALERMO FALCONE, *La medicina e il diritto* (a cura di), *Diritto*.

<sup>63</sup> MANNA, *La responsabilità medica*, 2007, 607.

<sup>64</sup> Di LANDRO, *La colpa*.

la responsabilità col-  
simamente in ambito  
ne della colpa tende  
per coincidere con il  
responsabilità ogget-  
ne inoltre l'eventua-  
ta nei congrui casi a  
cora sopravvivono al  
o meno malamente  
rassi giudiziaria.

di *common law*, la  
avi (*gross negligence*)  
ntre però forte è la  
i<sup>55</sup>, questi ultimi da  
del danno biologico

responsabilità penale  
ssi di massimo valore  
i tendenzialmente le  
ntore in funzione  
e in maniera "espan-  
ggettiva strategia di  
al perseguimento di  
mplifica vieppiù in  
pparato processuale  
ella previsione della  
lo strumento penale  
e, sia dell'assenza di  
ativa degli enti per  
ma soprattutto da  
lativa autonomia tra  
ostanziale e proces-

mento medico-sanitario, in

Rass. dir. civ., 1977, 109.

ersone giuridiche, in questo

suale (art. 2059 cod. civ.; art. 185, comma 2°, cod. pen.; artt. 75, 76, 652 cod. proc. pen.). Taluno giunge persino a riscontrare una riscrittura giurisprudenziale delle categorie penalistiche onde facilitare opportunamente l'accertamento processuale penale<sup>60</sup>.

Oggi il fenomeno distorsivo va tuttavia anche oltre, e paradossalmente allo scopo di ridimensionare l'ambito dell'intervento penale: al fondo della distorsiva soluzione giurisprudenziale in termini di tipicità e di autolegittimazione dell'attività medica, esaminata poco sopra, stanno esplicite preoccupazioni per l'eccesso di penalizzazione e di burocratizzazione dell'attività medica, medicina difensiva compresa, e si persegue l'esigenza che il diritto penale mantenga il ruolo di *extrema ratio*, lasciando il passo a meccanismi sanzionatori alternativi, civilistico-risarcitori o amministrativo-disciplinari<sup>61</sup>. Occorre però osservare che queste legittime preoccupazioni non possono risolversi in uno snaturamento di un'attività come quella medica, che in genere non potrebbe ragionevolmente essere definita come un'attività rischiosa per i beni fondamentali della persona, sempre che essa si fondi sul consapevole consenso del paziente mantenendo la sua funzione esclusivamente strumentale, per cui il rischio è semmai quello lecito, privo di connotazioni di disvalore e pregno di connotazioni di valore<sup>62</sup>; se invece la medicina finisce per essere considerata rischiosa in essenza e tuttavia "socialmente utile", implicando in essenza un rischio negativamente apprezzato da bilanciare con un valore sociale, perde la sua natura assumendo una valenza collettivistica foriera di nullificazione dell'individuo.

Comunque, tali fattori di interrelazione civile-penale rischiano di condizionare di fatto il giudice penale, in funzione espansiva rispetto alla pena, all'esigenza di assicurare alla vittima, sulla base della valutazione penalistica, il ristoro del danno subito<sup>63</sup>. Si noti però che non c'è prova che il diritto penale funzioni meglio del diritto civile in sede di prevenzione generale<sup>64</sup>, anche se in Italia parrebbe funzionare meglio per il conseguimento del risarcimento.

Detti fattori inoltre rischiano di risolversi in suggestioni circa (indimostrate) coincidenze di criteri valutativi, e in non meditate assunzioni in sede

<sup>60</sup> DI GIROGNE, *Posizione e ruolo della vittima nel diritto penale*, in VENEFRIO-PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2004.

<sup>61</sup> CASS. PEN., sez. III, n. 2347/2009, citata *supra*, nt. 24.

<sup>62</sup> Cfr. PALERMO FABRIS, *Rischio e responsabilità penale nella valutazione del caso clinico*, in VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica*, cit., 121.

<sup>63</sup> MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 607.

<sup>64</sup> DI LANDRO, *La colpa medica*, cit., 50.

civile riguardo al significato della sentenza penale (assolutoria), corroborando l'afflato panpenalistico della tutela giuridica nel traffico medico-sanitario.

Non è al riguardo giustificante rinvenire nel sistema costituzionale il fulcro di una prospettiva assiologica unitaria, quanto agli obiettivi di tutela in materia medico-sanitaria, per il diritto civile e penale <sup>65</sup>. Al di là del problema di pubblicizzare il risarcimento come pena o privatizzare la pena nel risarcimento punitivo, che pure può dar adito a pericolose confusioni <sup>66</sup>, rimane imprescindibile lo sviluppo di concetti autonomi, funzionali ai rispettivi ambiti di disciplina <sup>67</sup>: per il diritto penale, lo impongono soprattutto esigenze di tutela correlate ai valori costituzionali che segnano i limiti dell'ambito penalistico. Questi limiti originano dal tratto peculiarmente umanistico del diritto penale, soprattutto dal contenuto non solo della pena (quali che ne siano i fini), ma anche del processo penale ove l'innocente si tramuta *d'ambitai* nel "non considerato colpevole" (art. 27, comma 2° Cost.), mentre però è rafforzata la pur generale garanzia del giusto processo (art. 111, comma 3° ss.), e ciononostante nessuna difesa effettiva ancora esiste contro il processo mediatico che prelude a istantanee condanne sociali. Nel complesso, si tratta di una sofferenza che tocca il senso di umanità e perciò al contempo è da quest'ultimo costantemente assoggettata a rischio di delegittimazione (art. 27, comma 3°, Cost.).

Non deve quindi meravigliare che possano darsi e imporsi radicali distinzioni tra il civile e il penale. Basti solo pensare alla nozione di colpa, che in sede civile potrà tendere ad oggettivizzarsi e perfino mancare, assolvendo magari pure a fine preventivo, ma in sede penale deve tendere a precisarsi <sup>68</sup> e a soggettivizzarsi orientandosi secondo le esigenze personalistiche della colpevolezza penale (art. 27, comma 1°, Cost.) <sup>69</sup>, quindi mettendo in crisi la pur radicata concezione secondo cui il modello di colpa è in essenza unitario <sup>70</sup>; o alla nozione di causalità, per la quale nella dottrina penale, sollecitata particolarmente anche dalle cennate emergenze

<sup>65</sup> Cfr. PERLINGIERI, *Rapporti costruttivi tra diritto penale e diritto civile*, cit., 118.

<sup>66</sup> ROMANO, *Risarcimento del danno. Diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 881.

<sup>67</sup> Sulla problematica accennata nel testo si veda l'ampia disamina di DI LANDRO, *La colpa medica*, cit., 282 ss.; per una recente ripresa del tema in generale v. DONINI, *Antigiuridicità*, cit., 1664, nt. 32.

<sup>68</sup> Cfr. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 171; ANGIOSI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in DULCINI-PALIBRO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, cit., 1290.

<sup>69</sup> CASTRONOVO, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009, 471 ss.

<sup>70</sup> DI LANDRO, *La colpa medica*, cit., 162.

del campo med  
problema di in  
correlate alle es  
giurisprudenzia  
sul piano proba  
livello soddisfac  
penale pretende  
bio", e il civile a  
Sono di certo p  
diffusamente acc  
l'esistenza di un  
attuato il supera  
contempo, del r  
scientifico. Altri  
quesiti (troppo s  
e specifica <sup>74</sup>) e c  
non quello di c  
quanto meno pe

Sotto questi  
autocritico da p  
evitare anche il  
giurisprudenziale  
reagire adeguata

<sup>71</sup> V. il contributo  
questo Volume; PALAZZ  
in materia di responsa  
scienza e scientismo; a  
scienza in diritto penale  
STELLA, *Causalità omis*  
II, 1893.

<sup>72</sup> Almeno a pa  
causale, e condannato  
della causalità; Cass., s  
Un passo avanti e mezz  
causale fra diritto civile

<sup>73</sup> MANNA, *La r*  
11.1.2008, n. 576, in *Ca*  
civile si confrontano.

<sup>74</sup> MICHELETTI, *L*  
*Criminalia*, 2008, 171.

<sup>75</sup> Cfr. diffusame  
*ruolo degli esperti nel p*  
*diritto penale*, cit., 335.

del campo medico-sanitario, si nota oggi una tendenza a riproporre il problema di individuare contenuti autonomi secondo letture restrittive correlate alle esigenze giuspenalistiche<sup>71</sup>, mentre nei più recenti sviluppi giurisprudenziali già si sono manifestate radicali differenze (quanto meno) sul piano probatorio<sup>72</sup>. Lo stesso criterio generale di apprezzamento del livello soddisfacente di accertamento processuale potrebbe divergere, il penale pretendendo una certezza processuale "oltre ogni ragionevole dubbio", e il civile accontentandosi anche di meno (più probabile che no)<sup>73</sup>. Sono di certo più pesanti le conseguenze in ambito penale, se non è diffusamente acquisita contezza sulla caduta dell'illusione positivista circa l'esistenza di un metodo scientifico universale e preciso; comunque non è attuato il superamento dell'*impasse* tramite una adeguata valorizzazione, al contempo, del contraddittorio con i consulenti tecnici e del pluralismo scientifico. Altrimenti, il ruolo del giudice, a partire dalla formulazione dei quesiti (troppo spesso quesiti non consentiti sull'esistenza di colpa generica e specifica<sup>74</sup>) e dalla scelta del perito, rimane più quello del demiurgo che non quello di custode o controllore di una prova che egli non domina quanto meno perché è privo del necessario bagaglio tecnico-culturale<sup>75</sup>.

Sotto questi profili è auspicabile che si intensifichi un maggior controllo auto-critico da parte della giurisprudenza penale. Ciò potrà contribuire ad evitare anche il fenomeno distorsivo chiamato "medicina dell'obbedienza giurisprudenziale", per cui nemmeno la scienza medica riuscirebbe più a reagire adeguatamente alle "rigide e irrealistiche regole di condotta prove-

<sup>71</sup> V. il contributo di CASTRONOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in questo Volume; PALAZZO, *Causalità e colpa*, cit., 1229; VIGANO', *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679; SCIALOJA, *Il diritto penale tra scienza e scientismo; a proposito di un noto caso di scuola. Una nota (e un dubbio) sul metodo della scienza in diritto penale*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, cit., II, 1779; STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *op. cit.*, II, 1893.

<sup>72</sup> Almeno a partire dal caso del medico assolto dal reato per insufficienza di prove sul nesso causale, e condannato in seguito al risarcimento del danno civile in base ad un diverso apprezzamento della causalità; Cass., sez. III, 19.5.2006, n. 11755, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 853 con nota di SBARDELLA, *Un passo avanti e mezzo indietro della Cassazione civile sul diverso "binario" nell'accertamento del nesso causale fra diritto civile e diritto penale*.

<sup>73</sup> MANKA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, cit., 607. V. ora Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 576, in *Cass. pen.*, 2009, 69, con nota di BLARONIA, *Causalità e colpa: diritto penale e diritto civile si confrontano*.

<sup>74</sup> MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 171.

<sup>75</sup> Cfr. diffusamente DI LANDRO, *La colpa medica*, cit., 144 ss.; COMI, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in CANESTRARI-GIUNTA-GUERRINI-PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, cit., 335.

nienti dalla giurisprudenza, lontane dalla professione medica, con essa talora inconciliabili e, per di più, non di rado mutevoli nel tempo"<sup>76</sup>. Occorrerebbe per esempio guardarsi anche dall'eccesso di enfattizzazione di un consenso apprezzato secondo criteri che non trovano ragionevolmente una praticabile rispondenza nella vita concreta<sup>77</sup>.

## Bibliografia

- F. ANGIOMI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1279.
- F. BELLAGAMBA, *Stato di necessità ed attività medico-chirurgica: profili di una relazione di incompatibilità*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, 15 ss.
- R. BILAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto penale e diritto civile si confrontano*, in *Cass. pen.*, 2009, 69.
- A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA-G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Cultura europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- S. CANESTRARI, *Rifuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente, in Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ-P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, 1901 ss.
- S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009.
- D. CASTRONOVO, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009.
- C. CAJÙ N. NARBELLA M. CAPALDO A. RICCI, *La medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 909 ss.
- C. CONTI, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, 335 ss.
- L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415 ss.
- F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, Giappichelli, 2006.
- S. DEL CORSO, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 536 ss.
- O. DI GIOVINE, *Posizione e ruolo della vittima nel diritto penale*, in E. VENAPRO-C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2004.
- O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica, neuriteca*, Torino, Giappichelli, 2009.
- A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, Giappichelli, 2009.
- M. DOMINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1646 ss.
- L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 727 ss.
- L. FASERI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffrè, 2001, 140.
- L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, 423 ss.

<sup>76</sup> FIORI, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 926.

<sup>77</sup> Irrugionevole pure però anche trasformare senz'altro il consenso in non esplicito dissenso, come nel caso Volterrani (Cass. pen., sez. I, 29.5.2002, n. 538).

- F. FAENZA, *Profili penali*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2011, 1279.
- G. FIANDACA, *Luci e ombre della medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- G. FIANDACA-G. FRANCOLINI, *La medicina difensiva in Europa*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- L. FIORAVANTI (a cura di), *La medicina difensiva*, Milano, Giuffrè, 2001.
- A. FIORI, *Medicina difensiva e diritto penale*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- A. FIORI, *La medicina difensiva e il diritto penale*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- G. FORTI, *Per una dottrina della medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2006, 283 ss.
- G. FORTI, *Principio di medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2006, 283 ss.
- G. FORTI, *Principio di medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2006, 283 ss.
- G. FORTI, *Principio di medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2006, 283 ss.
- G. FORTI, *Principio di medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2006, 283 ss.
- E. FRAGASSO, *Processo decisionale, della medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 1997, 74 ss.
- F. GIUNTA, *Diritto di medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 1997, 74 ss.
- G. IADECOLA, *Sulla medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2002, 517 ss.
- L. LOMBARDI VALLAURA, *La medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2007, 591 ss.
- A. MANNA, *Profili penali della medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2007, 591 ss.
- A. MANNA, voce «*Tutela della vittima*», in *Med. e Dir. Pen.*, 2007, 591 ss.
- F. MANTOVANI, *Il consenso informato*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- G. MARA, *Ritorno in campo*, in *Cass. pen.*, 2009, 69.
- G. MARTIELLO, *La medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- D. MICHELETTI, *La colpa medica*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- D. MORANA, *La salute e il diritto penale*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- F. PALAZZO, *Responsabilità medica*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- F. PALAZZO, *Causalità medica*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- F. PALERMO FARRIS, *La medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- E. PALERMO FARRIS, *La medicina difensiva*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.
- C. PEDRAZZI, voce «*Tutela della vittima*», in *Med. e Dir. Pen.*, 2005, 372 ss.
- P. PERLINGIERI, *Rapporto*, in *Med. e Dir. Pen.*, 2009, 15 ss.

- F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI- G. FERRANDO-C. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ-P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, 1801 ss.
- G. FIANDACA, *Luca ed ombre della pronuncia delle sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, II, 306 ss.
- G. FIANDACA-G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Cultura europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffrè, 2001.
- A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 1999.
- A. FIORE, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 925 ss.
- G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni « liberali » e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, 283 ss.
- G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in G. FIANDACA-G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Cultura europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- G. FORZI M. CAIINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO, (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, FTS, 2010.
- E. FRAGASSO, *Processo penale e clinica medica: riflessioni sull'attività difensiva nella prospettiva della semiotica, della diagnostica e della terapia*, in U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, Cedam, 2000, 199 ss.
- F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74 ss.
- G. IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infuasto. praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. pen.*, 2002, 517 ss.
- L. LOMBARDI VALLAURI, *Delegalizzazione, neogiuridicizzazioni, secolarizzazione*, in *Jus*, 1985, 355 ss.
- A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, Giuffrè, 1984.
- A. MANNA, voce « Trattamento medico-chirurgico », in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, 1280 ss.
- A. MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 591 ss.
- F. MARINUCCI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 9 ss.
- G. MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2003, 1947 ss.
- G. MARTIELLO, *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminologia*, 2007, 325 ss.
- D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 171 ss.
- D. MORANO, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002.
- F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1061 ss.
- F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 1229 ss.
- E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, Cedam, 2000.
- E. PALERMO FABRIS, *Rischio e responsabilità penale nella valutazione del caso clinico*, in U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, Cedam, 2000, 121 ss.
- C. PEDRAZZI, voce « Consenso dell'avente diritto », in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 144 ss.
- M. PELESSERD, *L'intervento medico in assenza di consenso, riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 372 ss.
- P. PERLINGIERI, *Rapporti costruttivi tra diritto penale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 104 ss.

- P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, I. *Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Padova, Cedam, 2006, 178.
- M. PORTIGLIATTI BARROS, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 894 ss.
- D. PROVOLI, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C. MAZZONI-S. RODOLÀ-P. ZATTI, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOLÀ-P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, 1969 ss.
- R. PUCILLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, Giuffrè, 2010.
- D. PULITANO, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1195 ss.
- F. RAMACCI, *Stato giuridico del medico e garanzie del malato*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 1707 ss.
- S. RIONDATO, *Profili giuridico penali del trattamento medico-chirurgico*, 2002, in [www.riondato.com](http://www.riondato.com).
- S. RIONDATO, *Un diritto penale detto ragionevole*, *Raccontando Giuseppe Bentiol*, Padova, Cedam, 2006.
- R. RIBICARIO, *Dal 'diritto di vivere' al 'diritto di morire'. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, Giappichelli, 2008.
- M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 865 ss.
- M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 984 ss.
- F. SCIALOJA, *Il diritto penale tra scienza e scientismo; a proposito di un noto caso di scuola. Una nota (e un dubbio) sul metodo della scienza in diritto penale*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1779 ss.
- S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C.M. MAZZONI-S. RODOLÀ-P. ZATTI, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOLÀ-P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, 189 ss.
- F. SUGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, il Mulino, 1990.
- F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattiuali. L'attività medico-chirurgica*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1893 ss.
- L. STORIONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffrè, 2001, 143 ss.
- S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bononia University Press, 2008.
- S. TORDINI CAGLI, *Profili problematici del consenso al trattamento medico*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, 31 ss.
- P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale*, parte speciale, diretto da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, III, 2, Padova, Cedam, 2003, 306 ss.
- P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretzza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007.
- F. VIGANO, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 ss.
- F. VIGANO, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1594 ss.
- F. VIGANO, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.
- U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, Cedam, 2000.
- P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1 ss.
- P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 403 ss.

## Capitolo 3

### LA VALUTAZIONE PER COLPA PENALE UNA LETTURA

di PAOLO BENCIONI

SOMMARIO: 1. Biodiritto, nozioni "preliminari" fra scienza e diritto legale: quale "problema" medico-legale ne emerge? — rilievo sotto il profilo del nesso causale. — il problema medico-legale. — prassi operative.

#### 1. Biodiritto, nozioni

Affrontare il problema delle "nozioni preliminari" fra scienza e diritto legale: quale "problema" medico-legale ne emerge? Come cultori di un'attività giuridica, giuristi quali aspetti pertinenti alla scienza medica? Il corretto ricordo di una prassi pluridisciplinare, che ha elaborato e criticato un patrimonio di prassi operative.

Non possiamo non tener conto dell'ambito di un'attività giuridica che ha esigenze peculiari.

1. Ricordiamo la prassi di una monografia sulla *Responsabilità medica* rispetto a quella che riteniamo non solo civile ma anche penale, implicando questi anni anche il tema particolare dopo le prassi di dignità e spazi di autonomia, anche accresciute prassi