

# Quaderni di

DIRITTO PENALE COMPARATO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

SECONDA SERIE

*Collana diretta da A. Bernardi, M. Donini, V. Militello, M. Papa, S. Seminara*

Riccardo E. Omodei

## TRATTAMENTO MEDICO ARBITRARIO E RESPONSABILITÀ PENALE



**17** DIRITTO  
PENALE COMPARATO



G. GIAPPICHELLI EDITORE

## Ringraziamenti

---

La mia più sincera gratitudine va al mio Maestro, il prof. Vincenzo Militello, per il quotidiano supporto alla mia attività di ricerca. Ringrazio inoltre il prof. Alessandro Spina, che con pazienza ha rivisto le varie versioni del testo.

Un affettuoso ringraziamento ai miei genitori, a mia sorella Federica e a Valeria, per il loro immancabile e amorevole sostegno.

Infine, rivolgo il mio pensiero ai tanti familiari e amici che animano le mie giornate e che hanno reso possibile la realizzazione di questo libro.

Ad Alfonso e Maurizio, ai loro sorrisi.



## Introduzione

# Le questioni oggetto dell'indagine e i suoi snodi principali

---

Il rapporto fra diritto e medicina risulta animato, da un punto di vista storico, da tendenze contrapposte. Oscilla, infatti, tra istanze interventiste, finalizzate a una profonda e dettagliata regolamentazione del settore medico, e più o meno ampie fasi di *laissez faire*, volte a riconoscere rilevanti margini di auto-normazione alla scienza sanitaria. Tale peculiarità è presumibilmente dovuta alla natura dell'arte medica, che si presenta caratterizzata da una forte intelaiatura morale, precostituita rispetto al sistema di valori formalizzati dell'ordinamento giuridico e incidente su beni e interessi di assoluto rilievo<sup>1</sup>. Il legislatore si trova quindi in imbarazzo nel confrontarsi con un apparato etico così denso e rilevante, che non può essere ignorato in fase di scelta delle politiche normative. Questo disagio è ancor più evidente nel sottosistema penalistico, dove la sanzione si fa portatrice di una funzione comunicativa particolarmente marcata.

Le difficoltà sono inoltre enfatizzate dall'attuale aspetto composito della morale medica, riconducibile ad oggi a due diversi criteri fon-

---

<sup>1</sup> Non si intende certo negare l'esistenza in altre professioni – basti pensare ad esempio all'insegnante, all'avvocato, all'ingegnere, etc. – di un corpo di regole deontologiche volto a regolare anche in modo penetrante l'esercizio dell'attività professionale. Negli esempi citati questo insieme di doveri è infatti particolarmente presente e vincolante per il singolo. Qui piuttosto si cerca di sottolineare come l'arte medica sia storicamente caratterizzata, per il suo avere a che fare con la vita e la morte, da un più denso apparato morale, con il quale l'ordinamento ha sempre dovuto confrontarsi. È una differenza in primo luogo anche storica. La medicina occidentale si è sempre infatti rivolta ai sistemi giuridici presentandosi con un apparato di regole etiche ben definite, precostituite rispetto all'ordinamento di riferimento. È questa la differenza più rilevante, che rende la professione sanitaria tanto peculiare.

ti, tra loro apparentemente confliggenti: il principio di beneficenza, ossia la finalità di “fare del bene” al prossimo storicamente connaturata nella scienza sanitaria, e il più recente, ma di assoluto rilievo, principio di autonomia del malato.

Le diverse anime di tale professione sono emerse in tutto il loro vigore nel corso della recente pandemia, dove il contrasto fra i differenti interessi è apparso con vivida chiarezza, portando l’operatore giuridico ad interrogarsi sull’efficacia e l’opportunità di soluzioni normative di recente conio<sup>2</sup>.

Pur essendo vari i campi di incontro tra diritto e medicina, l’ambito che ha più risentito delle influenze dovute alla complessità dell’etica sanitaria è quello del trattamento arbitrario, nello specifico della responsabilità penale da riconoscere al medico ogni qual volta lo stesso intervenga, rispettando le regole dell’arte medica, ma in assenza di consenso del malato o in disprezzo dell’eventuale dissenso. In tali casi, dove la prestazione viene resa in conformità alle c.d. *leges artis*, i timori in merito all’inopportunità della sanzione penale divengono ancor più pressanti, e il conflitto tra le diverse anime della medicina è particolarmente accentuato, con inevitabili riflessi sulle soluzioni giuridiche prospettate.

Ne rappresenta indicatore significativo il dato che la problematica in questione abbia interrogato la dottrina sin da inizio secolo scorso<sup>3</sup>,

---

<sup>2</sup> Com’è ovvio la pandemia ha scosso anche e soprattutto il settore della regolamentazione giuridica della medicina, il quale ha dovuto fronteggiare la minaccia con strumenti talvolta improvvisati ma di sicuro effetto. Al riguardo si rimanda a MASSARO, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione anti-sars-cov2: gli “anticorpi” dei principi generali in materia di colpa penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, p. 683 s.; MUSACCHIO, *Covid-19, responsabilità penale degli operatori sanitari e mancanze di politiche organizzative anti-pandemia*, in *Riv. pen.*, 2021, p. 101 s.; BONVICINI ET AL, *La sicurezza delle cure in corso di pandemia da Covid-19: una nuova sfida per il sistema sanitario nazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, p. 1033 s. Più in generale sul diritto penale e pandemia v., tra gli altri, GATTA, *Covid-19: novità penalistiche nel decreto rilancio*, in *Sist. pen.*, 22 maggio 2020; ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da covid-19*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2022. Nella letteratura tedesca, di recente, FAHL, *Das Strafrecht in den Zeiten von Corona*, in *Jura*, 2020, p. 1058 s.; SCHMITT-LEONARDY, *In Zweifel weniger Strafrecht*, in *Medstra*, 2022, p. 69 s.

<sup>3</sup> Già oltre trent’anni fa DEL CORSO, *Il consenso del paziente nell’attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 536 s., in avvio del suo lavoro, si interrogava se la ricchezza dei contributi in argomento non potesse dissuadere il giurista dal tornare sulla tematica del consenso al trattamento medico. Anche alla luce del dato che da allora i contributi sono significativamente cresciuti, per un primo orientamento, limitato alla sola dottrina italiana, cfr. GRISPIGNI, *La liceità giuridico penale del trattamento*

dando origine ad un dibattito mai del tutto sopito e di recente alimentato da differenti approdi giurisprudenziali<sup>4</sup> e da un conseguente arresto delle Sezioni Unite: nonostante ciò, i confini interpretativi delle soluzioni prospettate appaiono ancora contraddittori e alquanto incerti<sup>5</sup>.

---

*medico chirurgico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1914, p. 241 s.; CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974; RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975; BENINCASA, *Liceità e fondamento dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 713 s.; MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico chirurgico*, Milano, 1984; ID., *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. dir.*, 1992, p. 1281 s.; CARUSO, *Il trattamento medico-chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1013 s.; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141 s.; ID., *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in CANESTRARI-FERRANDO-RODOTÀ-ZATTI (a cura di), *La responsabilità in medicina. Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 885 s.; GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 377 s.; PELISSERO, *Intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 372 s.; VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo di iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 4 s.

<sup>4</sup>La giurisprudenza italiana in materia ha mostrato un'elevata capacità di oscillazione tra le diverse e opposte soluzioni prospettabili. Dal celebre caso Massimo (Cass., 21 aprile 1992, n. 5639, in *Cass. pen.*, 1993, p. 63 e s. con nota di MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*) che ha riconosciuto la responsabilità del medico per lesioni dolose e omicidio preterintenzionale, alla decisione della Corte di legittimità in merito alla vicenda Barese (Cass., 9 marzo 2001, n. 28132, in *Cass. pen.*, 2002, p. 517 s., con nota di IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*) dove si è esclusa la possibilità di configurare la fattispecie di cui all'art. 584 c.p., per giungere sino alla posizione assunta in Volterrani (Cass., 29 maggio 2002, n. 26446, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2659 con nota di IADECOLA, *Ancora in tema di rilevanza del consenso (del dissenso) nel trattamento medico-chirurgico*) dove non ci si limita a disconoscere la possibilità di ritenere sussistente il delitto di omicidio preterintenzionale, ma si afferma la intrinseca liceità del trattamento medico anche se arbitrario, purché sorretto da finalità terapeutica.

<sup>5</sup>Si fa riferimento alla sentenza del caso Giulini, n. 2437 del 21 gennaio 2009, *CED Cass.*, n. 241752. In proposito, cfr. FIANDACA, *Della responsabilità medica in campo penale (sul trattamento chirurgico arbitrario)*, in *Ragiusan*, 2009, p. 140 s.; VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: un arresto (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1811 s.; PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 447 s.; CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, p. 415 s.; EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, p. 423 s.; BLAIOTTA, *Anche dopo le sezioni unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione tera-*

L'ampio confronto che si è sviluppato al riguardo ha avuto ad oggetto non solo le conseguenze penali da riconoscere al trattamento arbitrario, ma ancor prima, e forse soprattutto, lo stesso fondamento giuridico di liceità dell'attività medica, a riprova dell'imbarazzo che incontra il giurista nel discorrere della rilevanza penale di un'attività, realizzata a regola d'arte, portatrice di un indiscusso valore morale e sociale.

Il presente lavoro intende focalizzarsi su tale delicato snodo problematico e mira a considerare entrambi i volti del problema, in quanto tra loro profondamente interconnessi, nella convinzione che riuscire a meglio conciliare la risposta ordinamentale con la composita etica medica possa giovare all'intero settore della responsabilità del sanitario.

In primo luogo, si tenterà di conciliare la problematica del fondamento giustificativo dell'arte sanitaria con una visione personalistica della stessa e col ruolo che in essa deve assegnarsi alla volontà del malato, oggetto di una più che consolidata diffidenza. L'intento primario sarà quello di accordare le due anime che convivono nella medicina moderna: l'indiscutibile valore sociale che la caratterizza e la centralità che il consenso del paziente dovrebbe acquisire in seno a una visione personalistica del rapporto terapeutico. Le chiavi di lettura finora utilizzate, in dottrina e giurisprudenza, non sono state capaci di conciliare le due posizioni, risolvendosi le ricostruzioni fornite o in una visione incentrata sul valore sociale della medicina oppure in un indiscriminato riconoscimento di fondamento di liceità al consenso del malato. Se la prima prospettiva sfocia in una vera e propria autolegittimazione dell'attività sanitaria<sup>6</sup>, ossia in una aprioristica giustificazione di essa<sup>7</sup>,

---

*peutica*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3358 s.; PALMIERI, *Trattamento medico terapeutico con esito fausto: principio di offensività ed irrilevanza penale del consenso*, in *Giust. pen.*, 2012, p. 55 s.

<sup>6</sup> Si sta in questa sede parlando di legittimazione giuridica del trattamento sanitario e non morale. Come si vedrà peraltro sin dalla analisi condotta ad apertura del primo capitolo, le due dimensioni sono legate indissolubilmente, e il frastagliato panorama morale che fa da sfondo alla professione sanitaria ha inevitabili conseguenze nel campo del diritto.

<sup>7</sup> Sotto la nozione di autolegittimazione (giuridica) si riporteranno tutte le chiavi di lettura che, nonostante le diverse vesti adottate (adeguatezza sociale, scriminante non codificata, adempimento di un dovere, etc.), individuano il fondamento di liceità dell'arte medica nella stessa attività sanitaria e nelle finalità da essa perseguita. Si è consapevoli del diverso grado di autoreferenzialità connesso alle argomentazioni delle differenti teorie di volta in volta richiamate. Ad esempio, tale caratteristica è massima nelle teorie dell'adeguatezza sociale ed è più scemata invece nelle prospettazioni che richiamano l'adempimento di un dovere. Ma la caratteristica comune di tali ricostruzioni è l'individuare come fondamento giustificativo ultimo, in modo più o meno esplicito, la

con inevitabili risvolti negativi sulle libertà del paziente, la soluzione “consensualistica”, seppur maggiormente coerente con i dati normativi e i principi attuali, è da molti accusata di svilire l’ormai plurisecolare storia della scienza sanitaria di supporto e sostegno del prossimo, in specie del più debole.

La strada che si seguirà nello sviluppo dell’indagine sarà duplice. Da una parte, il valore sociale dell’arte medica troverà un suo primo riconoscimento nella stessa scriminante del consenso dell’avente diritto, che, ricostruita in chiave di bilanciamento di interessi contrapposti socialmente apprezzabili, includerà tra essi anche il sicuro valore della professione sanitaria. Dall’altra, come si avrà modo di precisare, la rilevanza morale dell’attività medica non potrà che essere valutata già in sede di fatto tipico dove, abbandonata una ricostruzione meramente naturalistico/causale, si abbraccerà una lettura della tipicità penale maggiormente sensibile all’atteggiamento soggettivo dell’agente, capace di considerare il fine terapeutico in sede di accertamento della corrispondenza della condotta del professionista alle fattispecie astratte interessate.

La distinzione delle suddette direttrici di analisi permetterà di superare le riluttanze che hanno spesso accompagnato le osservazioni relative al consenso nell’ambito medico. Queste ritrosie, talvolta figlie di interpretazioni eccessivamente letterali e dimentiche della gerarchia delle fonti, quando non anche frutto del timore di fondare l’arte medica su criteri eccessivamente soggettivi, hanno nel corso degli anni spinto parte della dottrina a ricercare altrove il fondamento di liceità e i limiti dell’attività sanitaria. L’approdo è stato così individuato in vari ambiti dell’antigiuridicità (esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, scriminante non codificata) o direttamente in sede di tipicità (azione socialmente adeguata, assenza del nesso causale): un quadro teorico, che più avanti si cercherà di ricostruire criticamente, ma che appare sin d’ora altamente complesso e diversificato, all’interno del quale l’interprete rischia di perdere l’orientamento.

Questo approccio al problema, volto a soffermarsi preliminarmente e prevalentemente sul fondamento giustificativo dell’arte medica, è stato però oggetto di recenti critiche da una parte della dottrina, le quali meritano sin da subito un chiarimento che servirà inoltre a giustificare la struttura del presente lavoro.

---

finalità sociale dell’arte medica che, come di seguito si cercherà di motivare, non si vuole oscurare, quanto piuttosto conciliare al meglio con il principio del consenso del malato.

Secondo l'impostazione in commento, la spasmodica ricerca del fondamento di liceità di tale professione ha inevitabilmente comportato col tempo una vera e propria *inversione metodologica*<sup>8</sup>, in accordo con la quale prima ci si è concentrati sulla legittimità e validità del comportamento del medico, sul contenuto e sui limiti dei suoi doveri, e solo successivamente, e spesso sulla base delle risultanze precedenti, si è vagliata la sussumibilità della condotta del sanitario in una fattispecie astratta<sup>9</sup>. Si rileva in particolare che l'impostazione criticata contrasta con la successione necessaria degli elementi del reato (fatto, antigiusuridicità e colpevolezza) tipica delle tripartizioni, comportando l'anticipazione della trattazione di un elemento (l'antigiuridicità) rispetto a quello che è il suo logico presupposto (il fatto)<sup>10</sup>.

A prescindere però dalla reale consistenza di tale successione necessaria<sup>11</sup>, l'approccio dottrinale volto ad analizzare prima la problematica

<sup>8</sup> Così VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., p. 145.

<sup>9</sup> Si osserva incisivamente (*ivi*, pp. 145-146): “è frequentissimo osservare, nelle sentenze (penali) e negli stessi contributi della dottrina penalistica sul tema in questione, una curiosa (e francamente irritante) *inversione metodologica*, per cui si tende a discutere lungamente dei *doveri* del medico nei confronti del paziente, e in particolare della necessità e dei requisiti del consenso informato del paziente, *prima* che sia vagliata la riconducibilità a questa o a quella *norma incriminatrice* dell'intervento eseguito in assenza di consenso [...] Il *nullum crimen* impone invece al penalista di procedere in senso inverso: il *prius* diviene il vaglio della tipicità del fatto [...] e solo in caso di risposta positiva avrà per lui senso passare al piano successivo, e chiedersi – sul diverso terreno dell'*antigiuridicità* – se nel caso concreto [...] il fatto debba essere giudicato oltre che tipico anche illecito”.

Sottolinea altresì la superfluità dei suddetti passaggi argomentativi CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari*, cit., pp. 415-416.

<sup>10</sup> L'affermazione è comune a tutte le teorie tripartite (o quadripartite). A titolo esemplificativo si richiama, tra la manualistica, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*<sup>XI</sup>, Milano, 2022, pp. 236-237, nel quale si riconosce l'esigenza di “analizzare separatamente gli elementi strutturali di ogni reato e di collocarli secondo un ordine logico-sistematico [...] il reato risulta perciò composto da una serie di elementi, disposti l'uno di seguito all'altro nel seguente ordine logico: il reato è un **fatto umano, antigiuridico, colpevole, punibile**”.

<sup>11</sup> Per una critica al rapporto di successione logica necessaria tra i tre elementi del reato, seppur realizzata nel più ampio contesto di una critica alla nozione di fatto in senso stretto come nozione di origine processuale, si rimanda a PAGLIARO, *Fatto (Dir. pen.)*, in *Diz. dir. pub.*, 2006 p. 2451, oggi anche in PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. III, Milano, 2009, p. 728. Per una critica ai tre elementi del reato delle teorie tripartite si rimanda ancora a PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*<sup>IX</sup>, Milano, 2020, p. 251 s.; ID., *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in ID., *Il diritto penale fra norma e società*, cit., p. 563 s.; ID., *Il reato*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*,

del fondamento giustificativo dell'attività medica e solo successivamente la sua riconducibilità ad una fattispecie astratta, cela sicuramente il rischio di un'ottica unitaria nello studio del reato. Così ragionando, per eliminare *ab origine* la possibilità di equiparazione tra il bisturi del sanitario e il coltello dell'assassino, si enfatizza la dimensione di valore dell'arte medica, rischiando di perdere in essa le valutazioni giuridico-formali relative alla condotta dell'operatore sanitario<sup>12</sup>.

In sostanza, lo studio del rilievo dell'attività medica, spesso ricondotto all'analisi della sua (anti)giuridicità, implica una pericolosa tendenza all'approccio intuizionistico allo studio del reato che, sulla base di pre-concetti o pre-giudizi, deriva la qualifica di illiceità penale di un fatto da considerazioni sociali e valoriali, pretermettendo lo studio e l'analisi delle fattispecie astratte esistenti<sup>13</sup>.

Si concorda che un tale *modus operandi* non può, per evidenti ragioni, trovare condivisione.

Il rischio che insidia l'interprete nel metodo di analisi appena delineato è quello di una sovrapposizione, con contestuale riduzione, del giudizio di tipicità in quello di antigiuridicità, con le pericolose conseguenze facilmente immaginabili. Far discendere, in modo più o meno velato, la responsabilità penale del medico dalla mancanza di una causa di giustificazione relativa alla condotta sanitaria arbitraria, a prescindere da un'approfondita indagine sulla rispondenza della medesima condotta con una norma incriminatrice, rappresenta operazione evidentemente erranea.

Ciò nonostante, la dottrina ha per decenni affrontato il problema della rilevanza penale del trattamento arbitrario muovendo dalla questione della legittimazione giuridica di tale arte. Viene quindi da interrogarsi

---

Milano, 2007, p. 43 s.; FIORELLA, *Reato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 783 s.; DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti di interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in DE FRANCESCO-GARGANI (a cura di), *Evoluzioni e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 59 s. Più specificamente, sulle problematiche, logiche e teleologiche, insite nel gradualismo delle concezioni tripartite, cfr. SPENA, *Gradualismo nella tripartizione del reato. Una analisi critica*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli, 2011, p. 1263 s.

<sup>12</sup>Nel prosieguo si tornerà con maggiore dettaglio sulle singole posizioni dottrinali, in questa sede preme precisare come la medesima giurisprudenza non sia immune da tale vizio, a discapito della razionalità degli apparati argomentativi utilizzati. Sul punto, in merito alla sentenza Giulini, si rimanda a FIANDACA, *Della responsabilità medica in campo penale*, cit., p. 143 s.

<sup>13</sup>Preoccupazioni condivise da VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., p. 146.

sul perché di una tale ostinazione, frutto evidente di uno scorretto metodo di analisi del reato.

Si argomenterà che la ragione di questa “testardaggine” è costituita, prevalentemente, dal complesso e rilevante quadro etico che fa da sfondo alla medicina moderna. Di fronte ad esso, la dottrina ha avvertito la comprensibile esigenza di premettere ai propri studi approfondite argomentazioni in punto di legittimazione di tale arte, e successivamente ha volto lo sguardo alla materia delle conseguenze penali del trattamento arbitrario. Condivisibili esigenze di giustizia hanno quindi spinto gli studiosi a dedicare maggiore attenzione al valore di cui è portatrice la professione medica per poi vagliarne la rilevanza penale<sup>14</sup>. Nel far ciò, però, si sono confusi due diversi sistemi normativi, quello etico e quello giuridico, intrecciandone i destini e facendo discendere dirette conseguenze penali dalla dimensione di valore o disvalore morale riconosciuta alla condotta medica arbitraria.

Solo con questa sovrapposizione della legittimazione morale dell’atto medico con il diverso piano della liceità giuridica dello stesso, si riesce a spiegare l’esigenza di avviare le indagini penalistiche con ampie parentesi dedicate al fondamento giustificativo dell’arte medica e quindi alle possibili scriminanti applicabili.

Tale metodo di analisi, per quanto condivisibilmente fondato su sane istanze di giustizia, si presenta però erroneo sotto vari punti di vista, non ultima la fallacia di ragionamenti che ricorrono ad argomentazioni svolte in ordinamenti diversi, quello morale e quello giuridico, che però nel modo di operare vengono implicitamente riportate sullo stesso piano.

Pur riconoscendo l’erroneità di una tale metodologia, in questa sede si intende però valorizzare, esplicitandola, l’indagine relativa alla legit-

---

<sup>14</sup> È quanto emerge, ad esempio, dalla premessa di una delle più rilevanti monografie dedicate all’argomento, dove si afferma “Il problema giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico nasce da un singolare paradosso: esso sembrerebbe *prima facie* rientrare nei delitti di lesioni o di omicidio, nonostante che costituisca l’esplicazione di una delle attività forse più nobili e utili dell’intera società”. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico chirurgico*, cit., p. IX.

Tale metodo di analisi sembra essere un modello ripetuto dal giurista ogni qual volta lo stesso fronteggia la problematica della responsabilità penale di attività portatrici di un sostrato valoriale particolarmente marcato. Si veda ad es. la discussione in punto di rilevanza penale delle condotte di soccorso in mare, dove la discussione si è prevalentemente incentrata sulla liceità giuridica di tali azioni e quindi sulle cause di giustificazione applicabili. Al riguardo cfr., tra gli altri, SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1859 s.

timazione morale dell'atto medico. Mentre tale analisi è sempre rimasta sullo sfondo delle argomentazioni fornite, dando luogo ai problemi dei quali si è dato conto, qui si ritiene che una sua esplicitazione e consapevole verifica possa giovare ad una indagine giuridica priva di premesse e assunti di fondo non chiariti, permettendo inoltre di ricostruire un volto della responsabilità penale del medico coerente con la variegata dimensione morale della professione da lui esercitata. Come verrà meglio chiarito in seguito, sane esigenze general-preventive impongono all'ordinamento di tenere in debita considerazione il comune sentimento di giustizia nella formulazione delle scelte di incriminazione, rendendo doverosa un'analisi che si soffermi sulla trama etica che fonda e regge l'intera scienza medica. Risulta quindi opportuno individuare quale sia la reale portata di quest'ultima per poi vedere come il diritto, e nello specifico il diritto penale, riesca a valorizzare tale dimensione etica con gli opposti interessi in gioco.

Le coordinate di tale indagine, però, debbono essere individuate con maggior precisione rispetto a quanto fatto da parte della dottrina sino ad ora. Per non cadere nel medesimo errore denunciato, infatti, il *modus operandi* proposto deve fissare alcuni punti fermi. In primo luogo, devono essere rigidamente distinti il problema del fondamento giustificativo di tipo morale dell'arte sanitaria da quello della sua legittimazione giuridica. In aggiunta, bisogna tenere bene a mente che la pluridimensionalità della morale medica non trova riscontro sul piano giuridico penale solo a livello dell'antigiuridicità, ma altresì in una corretta analisi della tipicità della condotta. Infine, come già ricordato, è necessario dedicare la giusta considerazione all'analisi della corrispondenza della condotta terapeutica arbitraria rispetto alle fattispecie astratte rilevanti.

Sulla base di queste direttrici, il lavoro sarà suddiviso nelle linee di seguito tracciate.

Occorrerà prendere le mosse dalla ricostruzione dell'attuale panorama morale che fa da sfondo alla professione medica, al fine di vagliare la centralità che il principio di autonomia assume in essa. Individuato il principio del consenso come fondamento etico, principale ma non unico, dell'arte medica, questa prima parte sarà completata da una duplice analisi volta ad indagare l'attuale regolamentazione giuridica della relazione di cura. Su questo ultimo aspetto molto è stato fatto dal legislatore recente, ma l'ambito in cui si sviluppa il rapporto suddetto risulta ancora oggetto di scarse attenzioni. Al riguardo, l'accoglimento di una concezione personalistica della medicina non deve sviare l'interprete. Aver incentrato il rapporto terapeutico sul malato e sulla sua vo-

lontà non può comportare un ridimensionamento del ruolo del sanitario, la cui funzione di guida deve essere adeguatamente valorizzata e preservata, e a tal fine verranno indagate le discussioni bioetiche d'oltreoceano relative ai margini di legittima operatività dei c.d. *nudges* nella professione medica<sup>15</sup>.

Individuate le ragioni che possono fondare la scelta di incriminazione del trattamento arbitrario, e quindi rintracciati gli scopi di una politica criminale coerente con l'assetto morale attuale dell'arte medica, appare opportuno dedicare una pur contenuta indagine comparata allo studio dei possibili strumenti penali da utilizzare per il raggiungimento di tali scopi. L'analisi dei sistemi stranieri scelti servirà infatti a segnalare, da una parte, la tendenza, anche negli ordinamenti più recalcitranti, ad abbandonare una disciplina penale dell'arte medica incentrata esclusivamente sulla valorizzazione del suo sicuro substrato morale e sociale e, dall'altra, a sottolineare l'esigenza di non disconoscere tale valore della professione sanitaria, accostando alla corretta tutela della volontà del paziente ampi margini di rilevanza alla finalità curativa perseguita.

Successivamente, si metterà alla prova l'attuale assetto normativo italiano con le risultanze dell'analisi di politica criminale condotta. Nel far ciò, ci si dedicherà a una ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale del problema del consenso dell'avente diritto nell'ambito medico, al fine di evidenziare come le ancora diffuse ritrosie ad accettare la sua centralità siano del tutto ingiustificate. Non solo il consenso risulta idoneo a riempire di contenuto valoriale l'attività sanitaria, ma al contempo un suo pieno riconoscimento, obbligato dal nuovo atteggiarsi della medicina personalistica, si presenta compatibile con l'accoglimento e l'utilizzo, seppur limitato e circoscritto, di una nozione di salute oggettiva.

Lo sguardo rivolto al contenuto e alla portata del diritto alla salute del singolo, e alle sue differenti sfaccettature, costituirà punto di passaggio alla quarta parte dell'analisi, volta ad una rilettura delle fattispecie incriminatrici normalmente richiamate in tale ambito. Il settore oggetto di studio ha mostrato infatti, in ormai oltre un secolo di dibattito dottrinale, la sua riluttanza a ridursi entro rigidi schemi naturalistici di

---

<sup>15</sup> Per *nudges*, o pungoli, si intendono quelle tecniche volte a indirizzare le scelte dell'individuo per il tramite dei c.d. *bias* cognitivi. Come si vedrà *infra* (cap. I, par 4.2.1), l'applicabilità di tali metodi nel settore medico è particolarmente discussa nel dibattito bioetico americano. Si mostrerà però che alcune di queste tecniche, lungi dal rappresentare illecita manipolazione altrui, costituiscono invece un utile strumento della relazione terapeutica, rispettoso della libera autodeterminazione del singolo.

analisi del reato, i quali palesano – qui più che altrove – la loro inidoneità nel cogliere il reale disvalore della condotta umana. Per tali ragioni, al fine di prospettare soluzioni equilibrate che non equiparino il medico al semplice aggressore, senza d'altra parte riconoscergli una sorta di autolegittimazione figlia di una visione paternalistica oggi da rigettare, occorre abbandonare il terreno di una interpretazione rigidamente naturalistico-causale, per porsi nel solco di un approccio allo studio del reato capace di coglierne gli imprescindibili aspetti di disvalore soggettivo.

L'indagine, quindi, tenterà in primo luogo di individuare il ruolo e la funzione del consenso nell'ambito medico, per volgere conseguentemente lo sguardo al contenuto e alla portata del diritto alla salute del singolo, al fine di delineare, coerentemente con essi, la responsabilità penale del sanitario che agisce senza la volontà del diretto interessato.



## Capitolo I

# La complessa dimensione morale del rapporto medico-paziente

---

**Sommario:** 1. Il necessario fondamento dell'indagine. – 2. La volontà del malato e l'arte medica. Profili storici. – 3. La multidimensionalità morale della relazione terapeutica. – 4. La svolta in senso autonomistico del rapporto medico-paziente. – 4.1. *Il ruolo centrale del consenso informato.* – 4.2. *La dimensione dinamica del consenso informato.* – 4.2.1. *L'importanza di una corretta dinamica della relazione di cura.* – 4.2.2. *La relazione terapeutica quale ambito ideale di applicazione del c.d. paternalismo libertario?* – 4.3. *L'aspetto statico dell'obbligo informativo.* – 5. Un riepilogo “pre-penalistico”.

### 1. Il necessario fondamento dell'indagine

Il problema della liceità dell'arte medica può essere affrontato in ambiti distinti. Si può infatti discutere di fondamento giustificativo della professione sanitaria da un punto di vista giuridico, analizzando quindi le norme di legge volte a legittimare tale tipo di attività, o ci si può interrogare in merito alla giustificazione morale del singolo atto medico e al fondamento etico dell'intera professione sanitaria.

I due ordini di problemi, pur essendo differenti, sono però tra loro profondamente collegati.

Ciò perché, nella consapevolezza degli innumerevoli intrecci che caratterizzano il rapporto fra diritto e morale, si ritiene innegabile che i due termini si pongano in una relazione di influenza reciproca, in accordo della quale il diritto è influenzato dalla morale nel suo processo di formazione e attuazione e, a sua volta, la morale risente nel suo divenire della vita delle norme giuridiche<sup>1</sup>. Pur quindi nell'assoluta

---

<sup>1</sup> La tematica come noto è particolarmente vasta e può essere approcciata da molte

convinzione che i due ordinamenti si presentino come entrambi validi nei rispettivi domini, si ritiene che in un settore dotato di una dimensione etica particolarmente complessa, quale quello medico, chiarire l'ambito di rimproverabilità morale di una condotta possa giovare anche all'argomentazione giuridica<sup>2</sup>.

Il generale rapporto che lega diritto e morale è infatti particolarmente eloquente nel settore medico dove, in virtù del rilievo dei valori in gioco, vige una relazione quasi simbiotica tra le due sfere. I valori di cui è portatrice la medicina ineriscono infatti al profondo dell'animo umano, scuotendo il singolo, sostenuto nella lotta impari contro la malattia e la morte, ma al contempo terrorizzandolo per il costante superamento di limiti solo poco tempo addietro percepiti come invalicabili.

Tale panorama etico deve essere preso in considerazione dal diritto quando si confronta col settore medico se non si vuole correre il rischio di svilire principi di assoluto rilievo per l'uomo e per la convivenza civile stessa<sup>3</sup>.

Un'indagine sul fondamento giustificativo – di tipo etico –, lungi dal rappresentare mera divagazione stilistica, non può che giovare in sede di analisi giuridica, permettendo una più precisa individuazione

---

plici angoli visuali. Sui differenti interrogativi connessi al rapporto tra diritto e morale si rimanda, a titolo esemplificativo, alle concise ma dense considerazioni di HART, *Law, liberty and morality*, Stanford, 1963 [trad. it. *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968]. Più di recente, sugli specifici intrecci tra diritto penale e morale, v. MASFERRER (a cura di), *Criminal law and morality in the age of consent*, Cham, 2020. Tra la nostra manualistica, si sofferma sul fondamento etico del diritto penale PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 12-13. V. anche PULITANÒ, *Diritto penale*<sup>IX</sup>, 2021, Torino, pp. 14-15.

<sup>2</sup>Questo approfondimento può infatti portare all'individuazione di una sanzione percepita come giusta e quindi come corretta retribuzione per il fatto commesso. Sul diverso ruolo della retribuzione nei due ordinamenti normativi (etico e giuridico), cfr. PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 761-763. In merito invece alla problematica della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del fatto commesso e al suo porsi in relazione alle varie finalità della pena si rimanda più di recente a VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, p. 126 s. e all'ampia bibliografia, anche internazionale, ivi richiamata.

<sup>3</sup>Che viga un rapporto peculiare tra diritto e medicina rispetto alle altre professioni è testimoniato dal proliferare ormai consolidato di ambiti del sapere giuridico specificamente dedicati a ciò. Il c.d. *Medical Law* è nel sistema anglosassone oggetto di studi e discussioni approfondite: per un primo inquadramento, tra i testi di taglio generale che si occupano del rapporto tra questa branca del diritto e l'etica medica, v. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford, 2020; MASON-MCCALL SMITH, *Law and Medical Ethics*, Oxford, 2019; MIOLA, *Medical Ethics and Medical Law. A symbiotic relationship*, Oxford, 2007.

delle ragioni dell'incriminazione e, nello specifico, della meritevolezza di pena<sup>4</sup>. La risposta all'interrogativo "il reo merita la pena?" presuppone infatti un'adeguata comprensione del fatto di reato nella sua prospettiva storica e morale<sup>5</sup>, soprattutto in un settore dalle così dense implicazioni etiche. Accolta una nozione di prevenzione generale c.d. positiva, in chiave non di mera deterrenza della sanzione penale ma di vera e propria funzione di orientamento culturale, capace di generare nei consociati la convinzione della corrispondenza fra la norma e una necessità etica, l'effetto preventivo viene calibrato sul sentimento di comune giustizia, raggiungendo la sua maggiore efficacia in prossimità della sanzione percepita come giusta dai singoli. Se così è, quindi, una siffatta indagine non solo si presenta come legittima ma altresì doverosa, poiché può permettere di meglio orientare la pena ai fini suoi propri, declinando la sanzione su un condiviso sentimento di giustizia, necessario per la realizzazione di un pieno ed efficace effetto preventivo<sup>6</sup>.

Che la dimensione etica non possa essere ignorata quando si affrontano tematiche penalistiche inerenti al settore medico lo dimostra tra l'altro l'approccio sino ad oggi dominante nel confrontarsi con la tematica qui esaminata, che, come visto, si è concentrato quasi esclusivamente sulla problematica del fondamento di liceità dell'arte medica, arrivando talvolta a confondere considerazioni etiche e giuridiche. L'esigenza percepita è quindi quella secondo la quale non si può decidere della responsabilità del singolo medico senza affrontare la più vasta questione della legittimazione dell'intera professione sanitaria.

Tale analisi però è stata sin qui condotta confondendo i due piani,

---

<sup>4</sup> Tale concetto, com'è noto, costituisce oggi, unitamente al bisogno di pena, sia un *utile criterio di interpretazione e di verifica della legittimazione dei tipi di reato* esistenti, sia una *categoria euristica di politica criminale*, imprescindibile per la creazione di nuove fattispecie (al riguardo, su tutti, cfr. M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 s.; p. 51).

Sempre in merito alle due categorie, più di recente, v. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 s.

<sup>5</sup> Sulla rilevanza del disvalore morale tra le ragioni dell'incriminazione, seppur sempre nei rigidi limiti cristallizzati nel diritto positivo per il tramite della tipicità, cfr. PAGLIARO, *Il reato*, cit., p. 17 s.; laddove però l'Autore preferisce utilizzare le categorie della *gravità del fatto* e dell'*opportunità di punire* in luogo della *meritevolezza di pena* e del *bisogno di pena*.

<sup>6</sup> Sul tale pluridimensionalità – etica e giuridica – della pena, si rimanda, tra la manualistica, a PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 12-13 e 761-767.

sovrapponendo le considerazioni morali all'ambito giuridico, con le evidenti distorsioni già anticipate nell'introduzione e che saranno approfondite in seguito (cap. III).

Qui preme sottolineare l'esigenza di affrontare entrambe le questioni sul fondamento giustificativo, morale e giuridico, dell'arte medica, in modo distinto ma nella piena consapevolezza delle influenze reciproche.

Si pone quindi come preliminare all'analisi che si vuole svolgere una ricognizione, seppur necessariamente limitata, dell'attuale dimensione morale della professione sanitaria, per poi coglierne i riflessi sul piano giuridico.

Urge precisare però che non si intende con ciò sostenere un approccio di vero e proprio moralismo giuridico, in accordo del quale si riconosce che, limitandoci al campo penalistico, le scelte di incriminazione debbano essere giustificate su un piano esclusivamente etico, ma si vuole piuttosto indagare la dimensione morale di un fenomeno la cui complessità si ritiene sia stata colpevolmente ignorata dal confronto penalistico sino ad ora svolto. Nonostante si riconosca la profondità del dibattito giuridico in atto, l'aver spesso trascurato un'analisi esplicita della complessa dimensione morale dell'arte medica ha costituito vizio caratteristico delle indagini condotte, rappresentandone al contempo grave limite. E proprio da tale tassello si intende qui prendere le mosse.

Infatti, solo in seguito ad una attenta ricostruzione dei valori che fondano la professione sanitaria si potranno cogliere le ragioni, anche morali, che possono porsi a fondamento dell'incriminazione della condotta arbitraria del medico e, successivamente, interrogarsi sulla rilevanza giuridica da riconoscere a tale disvalore.

Per far ciò, nel presente capitolo, si procederà ad una ricostruzione per sommi capi dei passaggi maggiormente rilevanti che hanno contraddistinto la storia dell'arte medica, al fine di porre in risalto la complessità della relazione di cura, che oggi trova espresso riconoscimento nelle più accreditate ricostruzioni bioetiche e, in particolare, nel c.d. *Four principles approach*<sup>7</sup>. Le posizioni più autorevoli in materia mo-

---

<sup>7</sup> Il *Four principles approach* nasce tra la letteratura bioetica americana nella seconda metà del secolo scorso, e riconosce come fondamento etico della professione sanitaria quattro differenti principi (Autonomia, Beneficenza, Non Maleficenza e Giustizia). Al di là delle critiche di universalismo che le sono state rivolte, tale autorevole ricostruzione verrà presa come esempio della complessità morale che ancora oggi contraddistingue il rapporto sanitario. Sulla teoria in commento cfr. BEAUCHAMP-CHILDRESS, *Principles of biomedical ethics*<sup>VII</sup>, 2013, New York. Più di recente v. BEAUCHAMP, *A*

strano ormai da tempo come la professione sanitaria posseda una pluralità di fonti di legittimazione, affondando le proprie radici in principi differenti e talvolta confliggenti. Questa dimensione plurale è stata spesso dimenticata dalle numerose ricostruzioni dottrinali che hanno tentato di risolvere il problema del fondamento di liceità dell'arte medica, le quali hanno appiattito la questione della legittimazione su una sola direttrice, sia essa il consenso o il benessere del paziente, pretendendo in aggiunta di risolvere la questione della liceità *giuridica* nel solo aspetto dell'antigiuridicità.

Come si mostrerà a breve però, la problematica del fondamento *morale* della scienza medica non è riconducibile ad un'unica dimensione, caratterizzandosi piuttosto per una varietà di coordinate. Tale natura pluralistica non può essere ignorata dal diritto, con la conseguenza che a questa molteplicità di fonti di legittimazione morale non potrà che corrispondere altresì una pluralità di strumenti giuridici di riconoscimento del valore della professione sanitaria.

Di seguito, dopo aver delineato la variegata dimensione morale dell'arte medica, e il ruolo che in essa assume la volontà del paziente, si volgerà lo sguardo all'attuale regolamentazione giuridica del rapporto terapeutico, per vedere se essa recepisce le istanze etiche segnalate, e infine si suggerirà, riprendendo considerazioni proprie dell'economia comportamentale e dei c.d. *nudges* (o pungoli secondo la dizione italiana)<sup>8</sup>, una dinamica terapeutica meglio capace di conciliare il ruolo tecnico del medico con l'autonomia del paziente. Si avvisa il lettore che per far ciò sarà necessario in questo capitolo sconfinare in aree di indagine non propriamente giuridiche – quali la bioetica e la psicologia comportamentale – ma la complessità della tematica prescelta non lascia alternativa: se si intende proporre una nuova lettura della responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario, non ci si può esimere dall'indagare, seppur brevemente, il fondamento morale della professione sanitaria, così come il ruolo e la dinamica che il consenso del paziente acquista in seno alla relazione terapeutica.

---

*defense of universal principles in biomedical ethics*, in VALDÉS-LECAROS (a cura di), *Biolaw and policy in the twenty first century*, Cham, 2019; ID., *The four principles approach to health care ethics*, in ASHCROFT-DAWSON-DRAPER-MCMILLAN (a cura di), *Principles of health care ethics*<sup>II</sup>, Chichester, 2007, p. 3 s.

<sup>8</sup> Sull'argomento si rimanda, su tutti, a THALER-SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, New York, 2008; disponibile in italiano THALER-SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, Milano, 2009; SUNSTEIN, *Why Nudge? The politics of libertarian paternalism*, Yale, 2014.

## 2. La volontà del malato e l'arte medica. Profili storici

Prima di soffermarsi sui termini attuali della complessa dinamica morale attinente alla relazione di cura, può essere opportuno spendere qualche parola sulla variegata e al contempo antica storia del rapporto terapeutico. Essa è stata, limitando lo sguardo alla sola medicina occidentale, generalmente contraddistinta, seppur con alterne fortune, da un approccio fortemente paternalistico, all'interno del quale il paziente – *patiens-entis*, da *pati* sopportare – subisce l'azione del medico e ne accetta passivamente le decisioni. Tali caratteristiche sono tipiche infatti già della medicina ippocratica<sup>9</sup>, celebre ascendente dalla scienza moderna, che, nonostante abbia avuto il pregio di scindere la cura della malattia dalla dimensione sacerdotale che sino ad allora la avvinghiava, limitava il ruolo del malato alla mera cooperazione col medico, esclusivo titolare del compito di fronteggiare la patologia. Una siffatta onerosa funzione derivava dalla circostanza secondo la quale le conoscenze tecniche per contrastare il processo naturale in atto erano proprie del solo medico e rimanevano del tutto oscure al paziente.

Tale rapporto di soggezione, mitigato nel mondo romano da una maggiore cooperazione tra i soggetti della relazione terapeutica, veniva in parte bilanciato dalla solitudine del professionista nella lotta con la malattia, dietro il quale era assente qualsiasi forma di autorità pubblica, e dalla sostanziale gratuità della prestazione resa, elementi che permettono di ricostruire la medicina dell'antichità come informata alla cifra dell'amicizia tra il medico e il paziente. Il dottore, a fianco della sua autorità e autorevolezza, fondava il proprio rapporto con il malato sulla simpatia e amicizia reciproca<sup>10</sup>.

La situazione però non muta, dal punto di vista dell'autonomia del paziente, nemmeno con il lento evolversi della relazione terapeutica che, con l'avvento delle Università, conosce la nascita di una medicina istituzionalizzata, fondata su precetti uniformi sui quali si formano gli adepti della nuova scienza, i quali iniziano a richiedere un compenso come contropartita per la formazione assunta e per il bagaglio di cono-

---

<sup>9</sup> Per una approfondita ricostruzione storica della relazione di cura si rimanda a MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico in occidente: profili storici*, in LENTI-PALERMO FABRIS-ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina. Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 3 s.; CASONATO-CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, *ivi*, p. 43 s. e alla bibliografia richiamata.

<sup>10</sup> MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico*, *cit.*, pp. 8-10.

scenze posseduto. A ciò si aggiunga, la creazione di strutture – gli ospedali – dove il medico non è più solo nel fronteggiare la malattia, ma diviene ingranaggio di un meccanismo pubblico volto a tutelare la salute collettiva e a prevenire le diffusioni di epidemie devastanti per il tessuto sociale. Il rapporto un tempo confidenziale, amicale seppur paternalistico, tra medico e paziente si perde così in esigenze di tutela superiori, dove la salute del singolo diviene spesso strumento per tutelare il benessere di tutti e dove, quindi, il volto autoritario della medicina assume una fisionomia a tratti insopportabile.

Tale stato di soggezione del malato costituisce elemento costante della relazione di cura anche durante la c.d. medicina illuministica, che pur contiene in sé le prime aperture verso una maggiore considerazione della volontà e autonomia del paziente. In piena coerenza con lo spirito di progresso e di razionalità dell'agire umano che guidava l'intera corrente illuministica, esponenti di spicco della relativa medicina, quali *Benjamin Rush* and *John Gregory*, hanno più volte sottolineato la necessità di un più penetrante obbligo di condivisione delle informazioni con il paziente, finalizzando però tale onere all'esclusivo perseguimento del benessere psicofisico del malato, e non al rispetto della sua autonomia, nella convinzione che una sua maggiore partecipazione alla cura potesse comportare giovamento all'attività stessa. Che questa maggiore attenzione al profilo informativo del malato non rappresentasse ancora una presa di coscienza del valore dell'autonomia dello stesso è reso palese dai medesimi scritti, dove si invita il medico a fare ricorso all'inganno per perseguire i suoi fini, e dove al contempo si spinge il paziente verso una cieca obbedienza al suo curatore<sup>11</sup>.

Storicamente, quindi, il modello della medicina occidentale è strutturato secondo il principio della salvaguardia del benessere fisico del paziente o *beneficence model*<sup>12</sup>. Obbligo del medico, e fondamento primario dell'arte praticata dallo stesso, è quello di massimizzare i benefici per il paziente a qualsiasi costo, anche avverso le determinazioni contrarie di quest'ultimo. Persino nelle impostazioni che spingono il medico a coinvolgere maggiormente il malato nelle scelte terapeutiche, tale obbligo non è finalizzato ad assicurare il rispetto dell'autodeterminazione del paziente, quanto piuttosto si fonda, come visto, sull'idea, perfettamente coerente con un *beneficence model*, che

---

<sup>11</sup> Sulla medicina illuministica cfr. FADEN-BEAUCHAMP, *A theory and history of informed consent*, Oxford, 1986, p. 64 s.

<sup>12</sup> Tale terminologia è di FADEN-BEAUCHAMP, *A theory and history*, cit., p. 59.

tale coinvolgimento possa incrementare i benefici terapeutici dell'operazione sanitaria.

La situazione sembra mutare solo ad inizio secolo scorso, dove l'imponente sviluppo tecnico-scientifico fa il suo ingresso nella scena, per affermarsi in breve tempo in modo definitivo. L'armamentario avverso la malattia, o anche contro il semplice decorso naturale della vita verso la morte, si arricchisce di armi prima impensabili: gli antibiotici, i vaccini, i macchinari per la dialisi ed infine i sistemi di terapia intensiva. I confini tra la vita e la morte vengono del tutto oscurati, e si scoprono conseguentemente margini di scelta e discrezionalità che con le precedenti armi spuntate della medicina erano del tutto inimmaginabili.

L'evoluzione scientifica in commento non avrebbe però potuto comportare un mutamento di paradigma così rilevante se la stessa non fosse stata accompagnata da una nuova e più ampia concezione dei diritti della persona che, a seguito degli orrori della Seconda guerra mondiale<sup>13</sup>, è divenuta la vera chiave di volta del sistema<sup>14</sup>, trovando riconoscimento e concretizzazione in numerosi testi giuridici di differenti livelli normativi.

Si è quindi affermata l'idea che il trattamento non si impone al singolo ma, in quanto invasione dell'altrui sfera corporea e psichica, necessita dell'adesione del malato, che diviene il detentore dell'ultima parola sulle scelte mediche che lo riguardano.

Vero e proprio caso paradigmatico di tale mutamento di prospettiva sono gli Stati Uniti d'America, tra la cui classe medica iniziano a germogliare, tra fine diciannovesimo e inizio ventesimo secolo, i semi di quello che diverrà nelle Corti nordamericane della seconda metà del millenovecento il c.d. *consenso informato*<sup>15</sup>. Si fa strada quindi un modello nuovo di relazione terapeutica, definito *autonomy model*, in ac-

---

<sup>13</sup> La centralità dell'autodeterminazione terapeutica emerge con tutta la sua dirompenza nel "Codice di Norimberga". Il Codice, stilato per supportare l'accusa nel processo contro i crimini nazisti, individua sei elementi di legittimazione per la ricerca scientifica nel campo medico, che si aprono con il riconoscimento espresso della volontà consapevole di adesione al trattamento da parte del paziente. In proposito, cfr. ANNAS-GRODIN, *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code*, Oxford, 1992.

<sup>14</sup> Sui fattori culturali che hanno guidato la svolta della scienza medica cfr. CASO-NATO-CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico*, cit., pp. 46-49.

<sup>15</sup> Si tornerà più nel dettaglio sul concetto di consenso informato e sulle sue plurime attuali concretizzazioni normative. Per il momento serve ricordare come, in virtù di tale principio, il paziente, o una persona in sua vece, deve prestare il proprio consenso, solo dopo aver ricevuto e compreso le informazioni rilevanti, alla terapia in atto.

cordo del quale un intero corpo di oneri e responsabilità gravanti sul medico, concretizzatesi negli obblighi di informazione e coinvolgimento del paziente nel percorso di cura, sono finalizzati al rispetto dell'autonomia decisionale di quest'ultimo, e non più immaginati esclusivamente come strumenti utili per il raggiungimento di un miglior stato di salute del malato, come nel *beneficence model* già richiamato.

Tale mutamento di paradigma si è affermato in modo più che graduale nella scienza medica d'oltreoceano, in un percorso di oltre 70 anni che ha trovato poi espresso riconoscimento giuridico nelle ormai celebri decisioni *Salgo* (1957) e *Canterbury* (1972)<sup>16</sup>.

Dai riconoscimenti timidi, ma sempre più numerosi, di fine Ottocento di pratiche mediche volte ad accertare la volontà del paziente e a tener in conto almeno il suo espresso dissenso<sup>17</sup>, si è via via affermato il dovere, morale prima ancora che giuridico, di informare il paziente e ottenerne il legittimo consenso al trattamento. Un siffatto dovere ha attecchito ed è prosperato nel contesto della medicina moderna caratterizzata, come già sottolineato, da inimmaginabili progressi tecnici capaci di spalancare le porte di opportunità in precedenza nemmeno ipotizzabili; al contempo, ha posto al centro della stessa arte medica il problema dell'autonomia del paziente, in un generale contesto di maggiore attenzione ai diritti del singolo e alla autodeterminazione della persona.

La pratica di informare il paziente, sempre più penetrante e diffusa, e di ottenerne il consenso, si è quindi slegata una volta per tutte dalla finalità di miglioramento dello stato di salute fisico del soggetto, tro-

---

<sup>16</sup> Tra la pur vasta giurisprudenza americana sul punto, risaltano per importanza i due casi richiamati, ormai considerati veri e propri *landmark cases*. Nel primo, infatti, si è posto per la prima volta l'accento sulla nozione di *informed consent*. Nel secondo, invece, la Corte americana ha ulteriormente approfondito il contenuto dell'obbligo informativo legandolo al principio di autodeterminazione del paziente. Per entrambi i casi si rimanda a FADEN-BEAUCHAMP, *A theory and history*, cit., pp. 125-138.

<sup>17</sup> Come sottolineano FADEN-BEAUCHAMP, *A theory and history*, cit., tale primaria forma di attenzione alla volontà del malato si diffonde come buona pratica medica soprattutto per rispondere alla necessità di riacquistare fiducia presso l'opinione pubblica, fiducia in parte persa in seguito alla diffusione di medici ciarlatani che praticavano forme di medicina alternativa. È di questo periodo, infatti, l'emanazione dei primi codici etici e deontologici, finalizzati all'imposizione di regole comuni, anche di condotta professionale. È però innegabile che tale maggiore attenzione alla volontà del malato è ancora ben lontana da una sua piena presa di coscienza del suo destino medico e da un ruolo centrale da riconoscere allo stesso. Ciò nonostante, si assiste ad un primo arretramento del fino ad allora onnipresente *beneficence model*, in virtù del quale, in numerosi casi clinici, in presenza di dissenso del malato il medico desisteva dal proseguire la terapia, anche nel caso di esiti fatali (*ivi*, p. 76 s.).

vando la sua unica giustificazione nel rispetto dell'autonomia personale del malato e della sua decisione informata, libera e consapevole.

Lungi però dal costituire punto di arrivo, tale presa di coscienza ha incrementato i dilemmi etici intorno alla professione sanitaria, portando gli interpreti ad interrogarsi sul reale fondamento dell'arte medica e sul non semplice rapporto tra i due modelli richiamati o, per dirla in altri termini, tra il rispetto dell'autodeterminazione del malato e la ricerca del benessere fisico cui storicamente la medicina è sempre stata informata.

### 3. La multidimensionalità morale della relazione terapeutica

La composita dimensione morale del rapporto medico-paziente è stata concettualizzata in modo compiuto dalla dottrina bioetica americana e, in particolare, da *Beauchamp* e *Childress* che per primi hanno teorizzato il già richiamato *Four Principles approach*<sup>18</sup>. Da tale momento, e al netto delle critiche che si potranno soltanto accennare in questo paragrafo, il dibattito bioetico è stato ed è ancora dominato da una visione complessa del fondamento dell'arte medica, in accordo della quale l'agire del sanitario può essere (moralmente) giudicato non più sulla base di un unico principio guida, ma tenendo in considerazione una pluralità di criteri etici.

Il modello ad oggi affermato, superata la visione tradizionale incentrata esclusivamente sul criterio del bene arrecato al paziente, individua quattro diversi principi pensati come veri e propri standard di condotta, sulla base dei quali formulare rivendicazioni e giudizi morali nel settore biomedico.

Se si guarda alla richiamata teorizzazione, tali criteri si concretizzano nel: *rispetto dell'autonomia personale*, *beneficenza*<sup>19</sup>, *non maleficenza* e *giustizia*.

---

<sup>18</sup> BEAUCHAMP-CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, 1979, opera la cui attualità è testimoniata dalla recente ottava edizione (2019) che si presenta, nonostante le pur accese critiche mosse da eminenti studiosi nel corso degli anni, sostanzialmente inalterata nella sua struttura fondamentale rispetto al lavoro originario.

<sup>19</sup> La traduzione del termine *beneficence*, utilizzato dagli autori americani, non è del tutto pacifica nel dibattito domestico. Spesso vengono preferiti al termine *beneficenza*, accusato di essere legato eccessivamente all'idea di un'azione filantropica a carattere economico, i neologismi *beneficità* (tra gli altri, BARNI, *Medici e pazienti di fronte alle cure*, in BARNI-SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto*, Milano, 1995, p. 65 s.) e

Brevemente, il rispetto dell'autonomia dell'individuo viene fondato direttamente sul valore della libertà individuale e di scelta del singolo, e trova diretta concretizzazione nell'individuazione di obbligazioni negative per il medico – che non ha il potere di vincolare o limitare la scelta del paziente – e di natura positiva – volte invece a rendere la decisione autonoma del malato effettivamente possibile per il tramite, ad esempio, di uno specifico dovere informativo.

I principi di beneficenza e non maleficenza, più radicati nella storia della medicina occidentale, che potrebbero apparire equivalenti, vengono separati per meglio delineare i possibili conflitti etici con i quali il medico può entrare a contatto. Se, infatti, la non maleficenza si sostanzia essenzialmente nella massima *primum non nocere*, il principio di beneficenza va al di là di questo criterio, chiedendo al medico di massimizzare i benefici rispetto ai possibili danni che anche l'azione del sanitario può cagionare.

Infine, il gruppo di principi che fa capo al termine giustizia indica la necessità di procedere ad un'equa distribuzione tra tutte le parti in causa degli oneri e dei benefici che derivano dall'attività di cura.

La struttura teorica qui solo accennata è stata, nel corso degli anni, oggetto di critiche. Queste si sono attestate su più fronti. Da un lato, si è criticato l'approccio universalistico di tale concezione, che, nata dalle peculiarità del contesto statunitense, ha avuto la pretesa di assurgere a soluzione universale<sup>20</sup>, applicabile ben al di fuori dei confini nordamericani. Si è quindi tentato di procedere all'individuazione di altri principi, ritenuti più adatti al contesto europeo e trovati da alcuni nell'autonomia, dignità, integrità e vulnerabilità<sup>21</sup>. In aggiunta vi è chi, pur rico-

---

*beneficialità* (v. PALAZZANI, *Bioetica dei principi e bioetica delle virtù: il dibattito attuale negli Stati Uniti*, in *Medicina e Morale*, 1992, p. 59 s.). In questa sede, senza voler entrare in un dibattito che non si ha lo spazio per approfondire, si preferisce proporre il termine beneficenza (e quindi il correlato concetto di non maleficenza) perché lo si reputa più fedele sia al testo originale sia al contesto che intende regolare. Infatti, nonostante si riconosca che nel linguaggio comune il termine qui scelto rimandi ad azioni filantropiche dal carattere economico, si intende in questa sede rivalutare la nozione originaria di beneficenza, intesa come “fare del bene”, che si lega perfettamente sia alla lettura altruistica dell'arte medica sia al tenore letterale della fonte d'oltreoceano, dove viene sottolineata la duplicità di significati del termine senza però ritenerla sufficiente per una sua rivisitazione, cfr. BEAUCHAMP, *The four principles approach to health care ethics*, cit., p. 5.

<sup>20</sup> Cfr., al riguardo, KEMP, *The idea of European Biolaw: basic principles*, in *Biolaw and policy in the twenty first century*, cit., p. 19 s.

<sup>21</sup> RENDTORFF-KEMP, *Four ethical principles in European Bioethics and Biolaw*:

noscendo la validità di un approccio “per principi” e al contempo sottolineando l’importanza della svolta autonomistica, ritiene la teorizzazione in commento troppo astratta e incapace in concreto di risolvere i possibili conflitti tra i vari criteri, nello specifico tra il principio di autonomia e quello di beneficenza<sup>22</sup>.

Le critiche sono andate ben al di là di quanto riportato, concentrandosi sui diversi aspetti della teorica in commento e arrivando a lambirne le stesse fondamenta<sup>23</sup>. Quel che però qui preme precisare, e che risulta utile ai fini della presente indagine, è che, nonostante le critiche anche severe, risultano dati acquisiti della discussione bioetica moderna la natura multidimensionale del fondamento del rapporto terapeutico e la svolta in chiave autonomistica che il medesimo rapporto ha acquisito nel corso degli ultimi 70 anni.

Proprio su tali due dati dovrà concentrarsi l’analisi che segue, la quale focalizzerà la propria attenzione prima sul ruolo e l’impatto che l’autonomia personale può avere nel settore medico, per poi dedicarsi al come e al quanto la già richiamata multidimensionalità etica della relazione terapeutica possa influire sull’attuale regolamentazione giuridica.

#### 4. La svolta in senso autonomistico del rapporto medico-paziente

Le brevi osservazioni che precedono appaiono già in grado di evidenziare l’elemento peculiare della moderna medicina occidentale: la più o meno recente, se paragonata alla sua storia, svolta in senso autonomistico del rapporto terapeutico.

Tale cambio di paradigma è verosimilmente dovuto al sempre maggior peso che l’autonomia del singolo, e quindi la sua capacità e possi-

---

*Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, in *Biolaw and policy in the twenty first century*, cit., p. 33 s.

<sup>22</sup> PELLEGRINO, *The four Principles and the Doctor-Patient relationship: the need for a better linkage*, in GILLON (a cura di), *Principles of health care ethics*, Chichester, 1994, p. 353 s.

<sup>23</sup> Non si può fornire un quadro esaustivo del panorama bioetico americano ed europeo, basta in questa sede richiamare l’attenzione del lettore, per sottolineare la portata di tali critiche, sui due indici dei due diversi volumi *Principles of health care ethics* richiamati sino ad ora (1994 e 2007). Da un rapido sguardo agli stessi emerge come le possibili chiavi di lettura attualmente esistenti del fondamento etico del rapporto medico siano molteplici, difficilmente riducibili all’approccio, seppur ampio, dei *Four Principles*.

bilità di autodeterminarsi, ha acquisito nel dibattito filosofico e giuridico contemporaneo. Ciò ha contestualmente comportato il regredire delle c.d. posizioni paternalistiche, le cui ingerenze ad oggi sono generalmente considerate come ingiuste prevaricazioni<sup>24</sup>.

Il paternalismo puro è oggi infatti posizione difficilmente sostenuta nel panorama filosofico contemporaneo<sup>25</sup>, proprio in virtù del generale riconoscimento di valore in favore dell'autonomia personale, intesa come autogoverno di sé stessi, e lesa inevitabilmente dalla condotta paternalistica. Questa, per sua stessa natura, viola l'autonomia del singolo, comportando la prevalenza della volontà di un terzo su quella del diretto interessato. Infatti, secondo la chiave di lettura oggi dominante, un'azione o un'omissione può dirsi paternalistica se rispetta tre condizioni: se interferisce con l'altrui libertà o autonomia; se non si fonda sul consenso del diretto interessato; e ancora se è finalizzata a promuovere gli interessi o i beni del soggetto di cui è violata la libertà o l'autonomia<sup>26</sup>.

La condotta curativa del medico, finalizzata all'esclusivo interesse del paziente ma non fondata su una libera scelta di quest'ultimo, possiede tutte e tre le condizioni richiamate, potendo quindi essere a pieno titolo classificata come paternalistica. Proprio, quindi, per fermare e delegittimare pratiche mediche ritenute contrarie al sentire comune poiché in contrasto con l'autonomia del singolo, si è proceduto negli ultimi 70 anni a una profonda riscrittura della base morale del rapporto terapeutico, fondamento ad oggi strutturato intorno, tra gli altri, proprio al diritto di ciascuno di prendere le scelte che lo riguardano.

Il riconoscimento e la successiva tutela dell'autonomia individuale sono quindi serviti da motore per il profondo mutamento di paradigma dell'arte medica. Tale rivoluzione, però, non è priva di problematiche di rilievo, le più importanti delle quali possono essere individuate in due diversi ordini di problemi. Il primo è relativo alla medesima nozione di

---

<sup>24</sup> Sul punto si rimanda alle dense parole di FEINBERG, *Harm to self*, Oxford, 1986, p. 27.

<sup>25</sup> Permangono delle rilevanti eccezioni, cfr., tra i più recenti, BIRKS, *How wrong is paternalism?*, in *J. Mor. Phil.*, 2018, p. 136 s.

<sup>26</sup> Questi i tre elementi della nozione di paternalismo individuati da G. DWORKIN, *Paternalism*, in *Stanford encyclopedia of philosophy* (spring 2012 edition) disponibile al seguente link <https://stanford.library.sydney.edu.au/archives/spr2012/entries/paternalism/>. Per una panoramica sulle molteplici differenti nozioni di paternalismo cfr. G. DWORKIN, *Defining paternalism*, in T. SCHRAMME (ed.), *New Perspectives on paternalism and health care*, Cham, 2015, p. 20 s.