

## L'ATTIVITÀ MEDICO/CHIRURGICA ARBITRARIA TRA "LETTERA" DELLA LEGGE E "DIMENSIONE ERMENEUTICA" DEL FATTO TIPICO

1. "Il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione. Certo si verifica così un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice, il quale però è sottomesso all'alegge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica". Così Hans George Gadamer individua il compito dell'interprete alla luce della cifra ermeneutica, come noto attenta al riconoscimento del rilievo della vena creativa dell'interprete-giudice nell'attività di sussunzione e/o sovrapposizione della fattispecie astratta al caso concreto. E tuttavia, la debita valutazione del passaggio gadameriano ora ricordato, consente di svolgere alcune riflessioni, al di là del riconoscimento del valore sostanzialmente creativo di diritto riconducibile all'attività giudiziale, anche da differente angolazione critica, afferente i limiti all'ineffabilità ermeneutica del giurista, laddove si riconosca che il suo sforzo intellettuale, per quanto non decodificabile alla stregua della mera sovrapposizione meccanicistica - e filosoficamente ingenua - del giudice *bouche de loi* di matrice illuministica, deve nondimeno scontare limiti insopprimibili, oltre i quali la stessa interpretazione traligna in puro atto creativo di diritto, insindacabile ed arbitrario. In questo senso, affrontare il ricordato problema teorico equivale a porsi criticamente la domanda che, con precipuo riguardo ai nodi teorici dell'interpretazione nel diritto penale sostanziale e processuale, si pone Giovanni Fiandaca: "[...] nel presente momento storico cosa vuol dire perfezionare creativamente la legge penale, assumendo pur sempre come orizzonte e vincolo la legge scritta"? Tanto più che, come ammonisce l'Autore, la stessa "teoria ermeneutica ci suggerisce che il vincolo del giudice alla legge penale è sottoposto anch'esso a mediazioni interpretative, e che queste mediazioni sono di volta in volta condizionate dal contesto [...] costituito [...] dall'assetto costituzionale dei poteri e dalla cosiddetta costituzione materiale, dai testi normativi vigenti, dalle fenomenologie criminali da fronteggiare, dagli orientamenti della prassi giudiziaria e dalle culture e ideologie compresenti nell'universo magistratuale, dallo stato della dogmatica giuridica di matrice accademica e dalle connesse ideologie degli scienziati del diritto, dalle tendenze politiche e dalle aspettative sociali del momento [...], dalle mode culturali generali e - infine, ma non per importanza - dalle contingenti logiche di funzionamento del circuito mediatico". D'altronde, come sottolineato da attenta dottrina, su di un piano più generale, il tema specifico rimanda ai rapporti tra giurisdizione e legislazione, poiché la "necessità di precisare i confini della interpretazione giuridica, e uscire dalla astratta contrapposizione tra l'«assoluta produzione» e l'«assoluta applicazione» delle leggi, si traduce, negli odierni sistemi «liberal-democratici» fedeli al principio della «divisione dei poteri» dello stato, nella esigenza di distinguere l'ambito delle «leggi» stabilite dal Parlamento, da quello delle «sentenze» pronunciate dalle autorità giurisdizionali". Nondimeno, con precipuo riguardo alle tematiche di diritto penale sostanziale, non si tratta di sottolineare genericamente l'inevitabile interazione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, e il connesso profilarsi di un processo circolare (cd. «spirale ermeneutica») tra disposto normativo e caso vitale, in ragione del quale si accentua la discrezionalità valutativa dell'interprete e l'incidenza dei valori extratestuali o di contesto, e nel quale giocano un ruolo determinante, inter alia, anche le vedute personali, le passioni culturali, i riferimenti ideologici, l'attenzione alle conseguenze che la decisione può provocare sulla realtà esterna, le aspettative del contesto sociale e ambientale sulla decisione giudiziale, fattori tutti riconducibili alla categoriabase della cosiddetta precomprensione di origine gadameriana. Sul versante specificatamente penalistico, infatti, può riscontrarsi come la stessa fondamentale categoria del «fatto tipico», o *Tabestand*, possieda una autentica "dimensione ermeneutica", sicché "il singolo tipo legale, cioè ogni singola figura criminosa si plasma, concretizza e specifica secondo lineamenti che sono anche influenzati dalla reale fenomenologia criminosa che viene di volta in volta in questione", tanto che al fatto tipico in senso legale si affianca - ovvero, financo, si sovrappone - un fatto tipico in senso ermeneutico, a sua volta derivante dalle variegata incidenze del contesto in cui l'interprete si trova ad operare. Proprio alla luce di tale differente angolazione teorica, vale a dire sulla scorta della consapevolezza «metodologica» di individuare la tipicità con spirito alieno tanto dalla pretesa di trovare soluzioni nella fredda lettera dei disposti normativi rilevanti, quanto dalla contrapposta posizione teorico-generale, negatrice di qualsiasi vincolo all'attività creatrice dell'interprete, verrà affrontato, a seguire, il tema che ci occupa, afferente i profili di responsabilità penale in cui incorre il sanitario in caso di intervento chirurgico con esito infausto eseguito in assenza di consenso informato. E tuttavia, proprio il carattere problematico del tema affrontato, certamente costituente nel panorama dell'evoluzione dottrinarie e giurisprudenziale un autentico «caso difficile», induce a riflettere sulla natura che la questione presenta sotto il profilo ora ricordato; poiché, se, da un lato, "non tutti gli *hard cases* comportano la messa in mora della cornice categoriale, che inquadra la controversia giuridica e definisce, in pari tempo, i termini della interazione comunicativa dei soggetti", dall'altro, proprio il caso della responsabilità medica, riproduce, a giudizio di chi scrive, la tensione ideale tra due differenti orizzonti idealtipici di riferimento, la cui pertinente valutazione può consentire di inquadrare in modo più consapevole le ragioni dell'incertezza e delle ondivaghe oscillazioni che affaticano da lustri la giurisprudenza sul punto. 2. In proposito, si ritiene di polarizzare l'attenzione sulle massime di due sentenze della Suprema Corte, le quali - se valutate per contenuto, diametralmente opposte - presentano un valore paradigmatico. Anzitutto, la sentenza 21 aprile 1992 della V sezione del Supremo Collegio, in procedimento Massimo: "Soltanto il libero consenso del paziente, quale manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto, in assenza di altre cause di giustificazione codificate, l'antigiuridicità della lesione procurata mediante trattamento medico-chirurgico. Sussiste, pertanto, il delitto di omicidio preterintenzionale ove, in séguito all'intervento chirurgico illecito e in conseguenza delle lesioni personali da esso derivanti, si verifichi l'evento della morte del paziente"; quindi, la più recente sentenza 9 marzo 2001 della IV sezione della Corte di Cassazione, in procedimento Barese: "Nel caso in cui sopravvenga la morte del malato, l'intervento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente, ed in assenza di

ragioni di urgenza, integra a carico del medico, se ne ricorrono le condizioni, il delitto di omicidio colposo e non quello di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.), e ciò perché nella condotta del sanitario mancano gli estremi degli «atti diretti a commettere» il delitto di lesioni personali volontarie a danno del paziente». Indipendentemente dalla soluzione concretamente prescelta dal giudice di legittimità nei due casi vitali, quanto conta in questa sede sottoporre a vaglio critico è, piuttosto, la trama esegetica posta a fondamento delle due decisioni, le quali, come è agevole comprendere, gravitano intorno al nocciolo di una questione fondamentale, emblematicamente rappresentata da un interrogativo di grande spessore evocativo: se si possa escludere «a determinate condizioni che l'uso arbitrario del bisturi equivalga sul piano del diritto penale a un colpo di pugnale, intenzionalmente inferto». In altri termini, il tema verrà discusso alla luce dell'apporto metodologico che si ritiene sia stato utilizzato per la soluzione della quaestio iuris, siccome emergente dalla specifica angolazione teorica dalla quale muove l'interprete della seconda sentenza, tutto inteso, come si vedrà, a farsi fedele bouche de loi secondo la cifra analitica, con la conclusiva affermazione dell'insostenibilità teorica della responsabilità preterintenzionale del medico-chirurgo alla stregua della mera considerazione di profili asetticamente sintattico-lessicali, prima facie emergenti dalla lettera della legge, con conseguente e sostanziale preterizione dei nodi «ermeneutici» (e di paradigma) che presiedono alla interazione comunicativa dei soggetti. In realtà, proprio la carenza di consapevolezza critica dell'incidenza del contesto sociale sull'opera creativa dell'interprete, non solo in sede epistemologico-procesuale, ma anche nel momento schiettamente genetico, come poc'anzi si ricordava, dell'individuazione della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza, rende la soluzione della Corte di Cassazione, pur condivisibile per i contenuti limitativi di responsabilità, affatto insoddisfacente sotto il profilo dei sentieri logici e metodici seguiti per giungere alle proprie conclusioni, in tal modo non frapponendo un'argine rassicurante alla mutevolezza, pur sempre incombente, delle oscillazioni giurisprudenziali. Per apprezzare appieno la linearità dell'argomentazione della Suprema Corte, tutta incentrata nella pretesa fedele applicazione di canoni interpretativi di stretto diritto, sia sufficiente passare in rassegna qualche brano del *decisum* che ci occupa: «Il problema posto oggi all'attenzione della Corte appare di non facile soluzione perché se è vero che la connotazione finalistica della condotta (la finalità terapeutica) è irrilevante – non essendo richiesto il dolo specifico per i reati di lesioni volontarie e di percosse – è altrettanto vero che la formulazione dell'articolo 584 c.p. («atti diretti a») fa propendere per la tesi [...] che l'elemento soggettivo richiesto per l'omicidio preterintenzionale, quanto all'evento voluto, sia costituito dal dolo diretto intenzionale con esclusione quindi del dolo eventuale»; e ancora, d'altronde, «se così interpretata (nel senso che per l'omicidio preterintenzionale il dolo debba essere diretto o intenzionale), non sembra irragionevole la scelta del legislatore di addebitare le conseguenze non volute solo quando l'agente abbia almeno direttamente voluto l'evento attribuito a titolo di dolo [...]", per concludere che, a «parere di questo collegio il problema [...] va invece riportato all'accertamento dei presupposti per ritenere l'esistenza del dolo intenzionale», poiché «l'agente deve anticipatamente [...] rappresentarsi l'esito (voluto) della sua condotta e non agire a «costo» di provocare quell'evento». A giudizio di chi scrive, appare nitida la pretesa dell'interprete di colmare l'incertezza che il caso vitale solleva ripiegando sulla considerazione del dato letterale del quadro normativo di riferimento: l'aggettivo qualificativo «diretti», sintatticamente collegato quale attributo al sostantivo «atti», viene valutato quale elemento significativo univoco e definitivamente risolutivo di ogni nodo ermeneutico, al di là di qualsiasi ulteriore, e per ciò solo inconferente, rimando al piano della «tipicità oggettiva» dell'atto medico/chirurgico quale atto lesivo o lenitivo. In altri termini, non discostandosi dalla basilare sistematica penalistica, dei tre profili per solito valutati onde individuare la rilevanza penale di un comportamento – fatto tipico, antigiuridicità, colpevolezza –, il Supremo Collegio non pone affatto in discussione i primi due, appagandosi – con tratto argomentativo invero «minimalistico» – di suffragare la propria posizione esonerativa di responsabilità per il reato più grave sulla scorta del formalistico ossequio alla lettera della legge. Questo il ragionamento del giudice: poiché la realizzazione del delitto di omicidio preterintenzionale richiede, ai sensi dell'art. 584 c.p., la sussistenza di «atti diretti a commettere» taluni dei delitti di percosse o di lesioni, e il riferimento lessicale alla direzione dell'atto non consente altra soluzione esegetica se non quella di esigere il dolo intenzionale del delitto meno grave, l'attività terapeutica del chirurgo che incide i tessuti con il bisturi non può certamente essere sorretta (se non nei casi in cui l'intervento è esclusivamente il pretesto per infierire sul corpo del paziente) dall'imprescindibile elemento psicologico previsto per la specifica ipotesi criminosa. In proposito, si impone una prima notazione, derivante dalla constatazione di come l'interprete, così operando, abbia radicalmente omissivo di considerare il «contesto» nel quale è chiamato a decidere, disinteressandosi del «paradigma» nel quale si inserisce la propria attività interpretativa e decisoria; tanto che è sufficiente aderire ad altra e contrapposta esegesi, altrettanto legittima e sostenibile, del solo «testo» dei riferimenti normativi rilevanti per revocare in dubbio la correttezza giuridica della soluzione adottata. La tentazione, per mera esercitazione di riscontro, è forte. Infatti, in primo luogo, si può fondatamente ritenere che la «direzione» degli atti rilevante ex art. 584 non è tale da escludere il dolo eventuale, laddove si consideri, ad esempio, che l'articolo 43 c.p., che disciplina in linea generale l'elemento psicologico del reato, al primo periodo, in sede definitoria del dolo, fa riferimento al delitto «doloso, o secondo l'intenzione»: l'ossequio formale e letterale a tale protocollo non ha mai impedito alla dottrina e alla giurisprudenza di enucleare la categoria, ad esempio, del dolo eventuale, nel quale, per definizione, fa difetto l'elemento intenzionale. In secondo luogo, sempre l'ossequio formale alle formule legislative non ha impedito alla giurisprudenza di affermare la stessa compatibilità del cosiddetto dolo eventuale con il delitto tentato ex art. 56 c.p., nonostante quest'ultimo rechi il riferimento terminologico, decisamente più «connotativo» rispetto a quello utilizzato per la fattispecie criminosa dell'omicidio preterintenzionale, agli «atti idonei, diretti in modo non equivoco» alla commissione di un delitto. 3. In realtà, sarebbe stato sforzo interpretativo molto più adeguato e redditizio sul piano della solidità delle conclusioni ermeneutiche di approdo, quello di verificare, al di là del sempre incerto crinale delle formule lessicali e definitorie del «testo» della legge, il concreto

«contesto» nel cui ambito si situa l'opera creativa dell'interprete in subiecta materia, interrogandosi se, alla luce di quella che si è definita la «dimensione ermeneutica» del fatto tipico, possa tuttora reputarsi che l'atto medico/chirurgico con esito infausto, posto in essere in assenza di consenso del paziente, possa considerarsi tipico e antigiusuridico, prima ancora che colpevole. E, si badi, che la modulazione ermeneutica del fatto tipico nel diritto penale sia un fenomeno tutt'altro che isolato, costituisce acquisizione pacifica sol che si ponga mente, ad esempio, all'esploratissimo settore della criminalità mafiosa, che si presenta, d'altro canto, quale banco di prova particolarmente suggestivo proprio per i forti condizionamenti di indole politico-ideologica e socio-culturale in cui si imbatte l'interprete. Sennonché, valutare il «contesto» nel quale si situa l'attività ermeneutica in tema di responsabilità medico/chirurgica significa, anzitutto, interrogarsi sul significato, non «decontestualizzato», dell'atto terapeutico, e quindi, sul rilievo che va assegnato al consenso informato del destinatario dell'attività medico/chirurgica. In altri termini, concretizzando il problema, ci si dovrà chiedere se l'atto di «resezione» cutanea del chirurgo, in assenza del previo consenso del paziente, possa equipararsi all'atto di «resezione» della cute del pluriomicida armato di pugnale che attinga con un fendente il corpo della propria vittima. A giudizio di chi scrive, si dovrà, da un lato, «contestualizzare» il significato e il valore attuali del consenso informato nell'espletamento dell'attività medico chirurgica, e, dall'altro, ridelineare, secondo quanto ci si è originariamente ripromessi, la «dimensione ermeneutica» del fatto tipico anche con riguardo allo stesso concetto di «malattia», rilevante ex art. 582 c.p. 3.1. Certamente, la delicatezza della questione deriva, almeno in parte, dall'assenza, nel nostro ordinamento, di una disciplina generale ed organica del trattamento medico, con precipuo riguardo sia alla regola del consenso del paziente, che alle implicazioni, in tema di responsabilità, di una sua violazione da parte del sanitario. Ma per lumeggiare ancor meglio le gravi difficoltà in cui si agitano la dottrina e la giurisprudenza dominanti, è sufficiente soffermarsi su di un altro recente arresto giurisprudenziale, in cui la Suprema Corte ha proceduto all'individuazione dei profili di responsabilità penale nel caso di intervento chirurgico con esito fausto, eseguito nel pieno rispetto della lex artis, e tuttavia posto in essere in assenza del doveroso consenso informato del paziente, collocando i medesimi nell'ambito della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 590 c.p., poiché risponde "del reato di lesioni personali colpose il sanitario che, in assenza di un valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso", giacché "il reato di lesioni sussiste anche quando il trattamento arbitrario eseguito a scopo terapeutico abbia esito favorevole, e la condotta del chirurgo nell'intervento sia di per sé immune da ogni addebito di colpa, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale". Ragion per cui, i passaggi di qualche precedente giurisprudenziale, e più ancora le stesse caratteristiche del dibattito medico-legale in subiecta materia, registrano la tendenza ad una sorta di enfaticizzazione in chiave giuridica della regola del consenso del paziente, "segnalando invero un distacco dall'accezione e dalla ratio di tale elemento nella cd. nuova medicina, dalla fisionomia non più «paternalistica», ma, appunto, «consensuale»". Come è stato correttamente osservato, "l'adesione consapevole ed informata alla prestazione del medico vale a permettere al malato di controllare le scelte terapeutiche e di assecondarle, e, al sanitario, di operare con serenità nel segno del massimo beneficio del paziente, condividendo con lui l'inevitabile rischio: secondo quella «alleanza terapeutica», che è miglior risultato delle cure". Ma se le cadenze del dibattito medico legale e penalistico sembrano denunciare la tendenza ad una sorta di enfaticizzazione in chiave giuridica della regola del consenso del paziente, ciò comporta, in parte qua, un duplice risultato: se, per un verso, l'adesione consapevole ed informata alla prestazione del medico vale a consentire al malato di controllarne le scelte terapeutiche e di assecondarle, per altro verso, quel medesimo consenso permette al sanitario di operare con serenità nel segno del massimo beneficio del paziente, condividendo con lui l'inevitabile rischio. In detta prospettiva, la regola del consenso si configura, anzitutto, come regola di rispetto della dignità della persona malata, secondo una valenza "«pregiuridica», che è di sociale solidarietà, acquisendo essa, certo, anche rilievo giuridico nel senso sia della tutela dei diritti di libertà del soggetto, sia del «trasferimento» sullo stesso del rischio insito nella prestazione". Per cui, il rapporto tra medico e paziente si discosta dalla concezione tradizionalmente «paternalistica» ed «ippocratica», tradita dall'etimo latino di *patiens* – participio presente del verbo *patior* -, secondo la quale "paziente non è soltanto colui che sopporta la sofferenza, ma anche chi subisce passivamente l'altrui azione". E tuttavia, se porre il consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente equivale a rovesciare quella che, per ragioni di comodità classificatoria, può considerarsi la concezione «tradizionale» dell'attività medica, con la conseguente e connessa implicazione che i doveri del medico vengono subordinati ai diritti del malato, e, in primis, alla sua libertà di autodeterminazione terapeutica, la stessa essenziale rilevanza del consenso medesimo non può tralignare fino al punto di costituire, come assume la giurisprudenza più rigorosa (già sul punto citata), l'unica fonte di legittimazione dell'attività medico-chirurgica. Tale pregiudizio, radicatosi per una disattenta lettura «decontestualizzata» dei principi informatori dell'attività medica, ha permeato talmente a fondo la mentalità del giurista, da indurlo a ripiegare, a fronte di casi in cui l'affermazione di particolari titoli di responsabilità penale (quali, ad esempio, l'omicidio preterintenzionale, o le lesioni personali dolose), avrebbe gravemente urtato la «sensibilità» giuridica e sociale, su soluzione esecutive del tutto inappaganti, quali quella, già ricordata, del difetto dell'elemento intenzionale, pretesamente necessario ex art. 584 c.p.. Di contro, la tesi dell'«autolegittimazione» dell'attività medico-chirurgica – affermata, peraltro, dalla Cassazione anche in sede civile, e riconosciuta in passato da autorevole dottrina - conduce ad affermare che, se, da un lato, l'attività del sanitario è in sé lecita ed immune da rimprovero di rilevanza penale, dall'altro non necessita di cause scriminanti che ne neutralizzino l'antigiuridicità, in quanto non integrante già di per se stessa, se interpretata secondo un'adeguata «dimensione ermeneutica», un fatto «tipico» del reato. Del resto, come è stato osservato da un'attenta dottrina, non può trascurarsi come la "«radicalizzazione» in chiave giuridica del principio del consenso rischi fatalmente di stravolgere questa

«naturale» connotazione del rapporto tra medico e paziente, orientandola nel senso, «innaturale», di una pregiudiziale e conflittuale contrapposizione, che dissolve lo spirito del «patto» terapeutico, finendo anzi per compromettere lo stesso risultato, a questo connesso, della migliore tutela dell'interesse primario della salute". Ma, indipendentemente da considerazioni tratte dal «contesto» interpretativo afferenti la natura dell'attività terapeutica, è proprio sul piano schiettamente giuridico, a' sensi e per gli effetti della legge penale, che la ricordata enfaticizzazione della regola del consenso può condurre a conseguenze, lato sensu, anomale, viepiù laddove faccia difetto una specifica regolamentazione normativa, come certamente avviene in subjecta materia: di siffatta fenomenologia rappresenta banco di prova evidente la stessa surriferita equiparazione del fendente omicida all'effrazione dell'epidermide operata dal chirurgo con il proprio bisturi. Da tale angolazione critica, dovrebbe ragionevolmente riconoscersi che l'attività medico-chirurgica trovi legittimazione, anche sul piano penale, nella sua intrinseca utilità e vantaggiosità sociale, in quanto perseguente scopi e finalità condivise e sostenute dall'ordinamento giuridico, tra le quali rientra certamente il diritto alla salute, pour cause tutelato a livello costituzionale (art. 32 Cost.): perciò, indipendentemente dall'individuazione, in essa, di ipotesi di cd. cause di giustificazione non codificate, è stato autorevolmente osservato che, quando vi "sia consenso del paziente [...], e l'intervento terapeutico sia compiuto lege artis, non solo il peggioramento transitorio delle condizioni del paziente, ma anche la stessa perdita dell'integrità fisica (es. amputazioni, perdita di funzioni ecc.) in vista della guarigione o del miglioramento successivo, o lo stesso massimo esito infausto, per quanto dolorosi e tragici in sé, non possono essere considerati come lesioni o omicidio tipici scriminati, in quanto già carenti sotto il profilo della tipicità". In altri termini, come è stato osservato, il consenso del paziente, "non potendosi identificare con il consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. [...], deve ritenersi integrare un requisito di legittimità o di liceità dell'attività stessa, che la rende pienamente conforme a legge: si potrebbe dire che la potestà di curare – che spetta ex se al medico «per il fatto di essere tale» - consista nella titolarità di una situazione giuridica soggettiva che non ha la pienezza del diritto, o che per lo meno è un diritto fiavole, o condizionato, e che necessita, per la sua concreta legale espansione, della acquisizione del consenso del malato, che sortisce allora l'effetto di rimuovere un limite rispetto al suo esercizio". In definitiva, per mutuare la terminologia dal diritto amministrativo, il consenso del paziente non avrebbe natura «concessoria», bensì «autorizzatoria», alla stregua di quei provvedimenti "che condizionano l'esercizio di preesistenti diritti", e che "hanno funzione permissiva, vale a dire funzione di consentire – previo riscontro della mancanza di ragioni di contrasto con le esigenze di interesse pubblico di volta in volta avute di mira dal legislatore – l'esercizio di determinate attività inerenti a preesistenti diritti dei soggetti interessati". Nondimeno, è proprio con il deliberato divisamento di corrispondere all'istanza «autonomistica» del diritto penale che si cercherà di fornire un ulteriore contributo di chiarimento al significato della partecipazione consensuale del paziente all'atto medico-chirurgico, senza dovere, da un lato, pagare tributi concettuali ad altri rami dell'ordinamento, e, dall'altro, rimanere genericamente vincolati all'ardua ricerca del significato concettuale dell'espressione «diritto fiavole». 3.2. La tesi rigorista che equipara l'uso del bisturi al fendente di pugnale, come ricordato, muove da un'interpretazione della fattispecie di lesioni personali attenta alla considerazione meramente materiale ed estrinseca dell'evento del reato; essa, come è stato notato, "non soltanto intende la lesione personale come resezione dei tessuti ed offesa dell'integrità fisica, ma [...] interpreta riduttivamente il concetto di malattia in termini di mera alterazione anatomica". In realtà, come già osservato, la malattia non si identifica con la mera alterazione anatomica, indicando, piuttosto, una apprezzabile compromissione funzionale dell'organismo: come la malattia è un processo patologico e non una mera alterazione anatomica, alla stessa stregua lo stato disalute è una condizione dinamica, che può senz'altro essere favorita da atti medici produttivi di alterazioni anatomiche, anche irreversibili. Sicché, il problema della rilevanza penale dell'atto medico arbitrario si porrà nella misura in cui il trattamento terapeutico abbia esito infausto, il cui accertamento, peraltro, non potrà fondarsi esclusivamente sulla circostanza che il medico abbia o meno osservato le *leges artis*, poiché, "a ben vedere, non vi sono ragioni per assumere il carattere perito della condotta – un elemento che, come noto, attiene alla tipicità del reato colposo – quale criterio compensativo della mancanza di consenso, con l'intento di eludere in radice la rilevanza penale dell'atto medico arbitrario conforme" a perizia, e di "profilare l'eventualità di una responsabilità colposa unicamente in caso di negligenza, imprudenza e imperizia". In effetti, la tesi che riconnette al rispetto delle *leges artis* la carenza di tipicità del fatto tipico di lesioni personali, assume che l'atto medico connotato in termini di perizia non sarebbe tipico, in ragione del fatto che difetterebbe l'imprescindibile nesso eziologico tra condotta perita e malattia; in tale prospettiva, si osserva come, procedendo al giudizio controfattuale, necessario onde vagliare il collegamento tra azione ed evento, ed eliminando mentalmente l'atto medico perito, si potrebbe verificare come l'evento pregiudizievole per la salute del soggetto si sarebbe egualmente verificato, poiché il quadro clinico del paziente sarebbe peggiorato non in conseguenza dell'intervento medico, ma a cagione del pregresso stato morboso. Tale assunto, come non si è mancato di sottolineare, non tiene in considerazione quelle ipotesi in cui l'intervento medico, anche se condotto nel più fedele ossequio alle *leges artis*, lascia ragionevolmente preconizzare un esito avverso, poiché, "dato il carattere empirico dell'attività medica, specie nei casi in cui la prognosi non è formulabile in termini di certezza assoluta, il trattamento medico diligente può determinare ed addirittura accelerare il peggioramento dello stato di salute del paziente, che, per un verso, l'attività terapeutica aveva delle chances di impedire e che, per l'altro, in mancanza dell'intervento medico sarebbe avvenuto in un arco di tempo più lungo"; in casi siffatti, pertanto, non pare contestabile la sussistenza del nesso causale tra condotta ed evento, "a meno che nella descrizione dell'evento non si consideri inessenziale il ritardo con cui si sarebbe verificato il peggioramento della salute del paziente; ma sarebbe questa un'obiezione davvero difficile da condividere, in quanto, a tacer d'altro, essa svaluterebbe sensibilmente l'importanza dei beni fondamentali della persona". Ovviamente, tale impostazione del problema risulta viepiù adeguata laddove si consideri come le regole cautelari, di cui certamente le



leges artis mediche sono una specie, non abbiano l'unica funzione di neutralizzare radicalmente il rischio connesso allo svolgimento di un'attività rischiosa lecita, ovvero di ricondurlo nell'ambito del caso fortuito, ma anche quella, meno «intensa», di ridurre le possibilità di concretizzazione del rischio medesimo; anzi, proprio quello dell'attività medica è uno dei settori in cui meglio può osservarsi come la funzione delle regole prudenziali non sia quella di eliminare, bensì di contenere il rischio insito nell'attività socialmente utile. In definitiva, la questione da risolvere sarà quella di individuare il significato del consenso informato da tale angolazione critica, quale atto volto a provvedere della giustificata accettabilità la concretizzazione del rischio insito nell'atto medico, pur caratterizzato da indicazione terapeutica e condotto nel rispetto più rigoroso delle *leges artis*, quale atto di manifestazione di volontà consapevole, richiesta per ricondurre a liceità l'intervento medico in ragione della co-assunzione del rischio dell'esito sfavorevole del medesimo da parte del paziente. E in tal senso, non sembrano esservi ostacoli concettuali insormontabili nell'individuare, in quello costituito dalla previa raccolta del consenso informato del paziente da parte del sanitario, un adempimento la cui violazione informa il giudizio di colpa rilevante, sia in ragione dell'atto in sé considerato, sia in ragione della completezza dell'informazione da rendere in vista di una consapevole co-assunzione di rischio da parte del paziente. Lasciando in ombra l'ipotesi in cui l'assenza del valido consenso sia stata preordinatamente perseguita dal sanitario, possono venire in rilievo i casi in cui il medico ha agito dimenticando di raccogliere "il consenso del paziente, omettendo per negligenza la dovuta informazione, avendo fornito un'informazione involontariamente inadeguata, avendo trascurato di verificare che il paziente abbia compreso le caratteristiche dell'intervento terapeutico", casi in cui, secondo l'Autore da ultimo citato, "l'invalidità del consenso è attribuibile alla violazione di specifiche regole cautelari, cui il medico è tenuto nello svolgimento del suo compito informativo". Per quanto possa apparire forzato ascrivere l'adempimento in parola nell'ambito delle regole genericamente cautelari, in quanto non direttamente afferenti la prevenzione del rischio insito nell'attività terapeutica, a giudizio di chi scrive, l'indole lato sensu cautelare della trasmissione del sapere tecnoscientifico dal sanitario al paziente, e della successiva acquisizione dell'assenso consapevole all'intervento clinico, può inferirsi sol che non ci si limiti ad una superficiale disamina del significato e del valore dell'interazione comunicativa tra medico e paziente. Per un verso, perché il consenso, da mera ed astratta causa di liceità, "ingiustamente confinata negli angusti ambiti dell'art. 5 del codice civile, diventa veicolo di informazione al paziente della diagnosi e della terapia e talora, proprio perché costringe ad una comunicazione attenta ed articolata, strumento di migliore diagnosi e soprattutto di adeguata scelta terapeutica"; per altro verso, perché la "comunicazione al paziente dei rischi che i metodi diagnostici proposti e l'eventuale terapia presentano, diventa banco di prova per un travaso di informazioni da medici a non medici per una chiarificazione di un sapere condivisibile e quindi controllabile da parte del destinatario di tale sapere, prima ancora che dal giurista e, nel contempo, informazione che costringe già il medico ad una previa, corretta chiarificazione dei rischi stessi e delle ragioni che ne giustificano l'assunzione, in una prospettiva di autocontrollo". Com'è stato suggestivamente osservato, dopo tutto, "quand'è involontaria, l'imperita informazione del paziente non è che l'altra faccia (o, se si preferisce, la conseguenza) dell'errore diagnostico". Inoltre, pur a non voler vedere nella regola del consenso informato una regola cautelare *stricto sensu*, se ne possono individuare comunque i caratteri che ne consentono l'inquadramento nel giudizio di colpa, alla stregua della considerazione che l'attività medico-chirurgica è un'attività naturalmente rischiosa, e tuttavia socialmente utile e consentita, in cui la concretizzazione del rischio per patologie iatrogene può andare esente dall'addebitabilità soggettiva colposa al sanitario solo qualora il medesimo abbia operato secondo le procedure che legittimano l'accettabilità giustificata della concretizzazione dell'evento infausto, nell'ambito delle quali va annoverata anche la previa acquisizione del consapevole assenso del paziente; d'altronde, non dovrebbe nutrirsi, in proposito, perplessità di sorta ove si consideri, conclusivamente, come le regole la cui violazione informa il giudizio di colpa, "per quanto concerne il fondamento preventivo, [...] possono distinguersi a seconda che la funzione cautelare abbia una copertura scientifico-esperenziale ovvero rifletta un'esigenza puramente organizzativa e ordinatoria", il cui soddisfacimento concreto, per quanto attiene l'attività medico-chirurgica, non può non vedere, quale soggetto apicale, il paziente.