

# Rilevanza o irrilevanza della finalità terapeutica?

Avv. Vania Cirese

Com'è noto il bene giuridico protetto nel delitto di omicidio è la vita umana in quanto patrimonio individuale ed esclusivo, condizione per il godimento di ogni altro bene.

L'interesse pubblico al rispetto della vita, quale elemento essenziale per la stessa esistenza della società, posto da alcuni sullo stesso piano di quello strettamente personale, assume posizione secondaria come riflesso di una tutela che per il nostro ordinamento si incentra principalmente sulla persona.

L'azione del "cagionare la morte", che caratterizza questo tipico reato a forma libera, si differenzia in molteplici fattispecie penali, a seconda della qualifica formale del soggetto passivo e della gravità sostanziale dell'offesa arrecata all'interesse protetto, offesa indirizzata ad "un uomo" nell'omicidio doloso ex art. 575 c.p. e preterintenzionale ex art. 584 c.p. e ad "una persona" nell'omicidio colposo ex art. 589 c.p.

Nelle varie fattispecie di omicidio non si rinviene una descrizione della condotta tipica: le condotte sono "causalmente orientate" perché il legislatore pone l'accento unicamente sul risultato vietato, avendo il comportamento dell'agente rilevanza in funzione della sua efficacia causale rispetto all'evento morte. La difficoltà sta nell'individuare gli atti rilevanti in rapporto all'evento,

tipicamente naturalistico, che consiste nell'eliminazione fisica della vita d'un essere umano.

La responsabilità per fatti omissivi va collegata all'esistenza di un obbligo (giuridico) di attivarsi, derivante da una norma o da un contratto. Tralasciando in questa sede, per ragioni di opportunità, il problema del rapporto di causalità materiale, va invece ricordato che l'elemento soggettivo nell'omicidio può assumere sia la forma del dolo intenzionale o diretto come rappresentazione e volizione dell'evento morte, sia quella del dolo alternativo, come indifferenza circa i due possibili risultati dell'azione, morte o lesioni, sia infine quella del dolo eventuale o indiretto, come **rappresentazione dell'evento più grave ed accettazione del rischio relativo**.

Val la pena evidenziare che la sufficienza del dolo eventuale, affermata dalla giurisprudenza, non trova unanime consenso nella dottrina, ancorata al principio secondo cui l'art. 43 c.p. esige la diretta volizione dell'evento, mentre la previsione è aggravata dalla colpa.

Secondo una puntuale risposta a questo dilemma: risponde a titolo di dolo eventuale l'agente che pur non volendo l'evento, ne accetta il rischio, comportandosi anche a costo di determinarlo, mentre risponde a titolo di colpa aggravata dalla previsione dell'evento, l'agente che

pur rappresentandosi l'evento stesso come possibile risultato della sua condotta, agisce nella ragionevole speranza che esso non si verifichi.

Il travagliato problema del dolo eventuale e i dubbi circa la punibilità per il reato di omicidio o di lesione volontarie ha dato origine nel tempo ad un quadro dapprima univoco, con una singolare concordanza, nell'andamento diatronico della dottrina e della giurisprudenza, entrambe favorevoli alla configurazione di omicidio (o tentativo) quando in concreto si era verificato solo un evento di lesioni ma vi era stata probabilità della morte e consapevolezza della probabilità stessa da parte dell'agente.

Attualmente la compatibilità tra delitto tentato e dolo eventuale trova orientamenti schierati su posizioni diverse, imponendosi all'interprete volta per volta, di ricostruire la direzione teleologica della volontà dell'agente, per accertare quale sia stato il risultato avuto di mira.

La direzione non equivoca degli atti (per il fatto che non vi è stata morte) non pare sufficiente di per sé a circoscrivere la responsabilità dell'agente al reato di lesioni.

L'univocità degli atti fa configurare indubbiamente l'azione come tentativo, ma non necessariamente esclude la responsabilità per il reato più grave voluto sebbene nella forma dell'eventualità accettata, equiparata sul piano del disvalore, al dolo diretto.

La difficoltà di provare il dolo di omicidio, in presenza della fattispecie colposa e preterintenzionale e di quella di lesioni, deriva dalla difficoltà di accertare compiutamente l'intimo processo volitivo, dovendo affidarsi a fatti concludenti di carattere naturalistico, dai quali desumere la direzione della volontà, senza tuttavia basarsi su censurabili presunzioni.

L'aspetto dell'elemento soggettivo, problematico e controverso, in relazione alla duplicità degli eventi (lesione e morte), che pone l'interrogativo circa l'unicità o complessità della sua struttura, ha originato prospettive che variano dalla natura pienamente dolosa (stante l'originaria volontà del reato meno grave), al dolo misto a colpa (scindendo l'atteggiamento psicologico rispetto al duplice evento) alla responsabilità oggettiva (non ritenendo che la morte sia dovuta a imprudenza, negligenza ecc.).

La giurisprudenza è divisa. A volte afferma trattarsi di delitto aggravato dall'evento e quindi di responsabilità oggettiva, prescindendo da ogni indagine circa la volontarietà, la colpa o la prevedibilità dell'evento più grave. Altre pronunce affermano che il dolo in ordine al primo evento si accompagna alla responsabilità oggettiva in ordine al secondo. Si afferma in questi casi che l'evento morte non è assolutamente voluto e l'agire con dolo alternativo o eventuale in relazione a tale evento esclude l'ipotesi preterintenzionale e concreta il reato ex art. 575 c.p..

Altri orientamenti ravvisano il dolo per lesioni misto a colpa per la morte, che si presenta come un fatto prevedibile, progressione del fatto voluto, dovuto a scarsa attenzione nell'esecuzione dello stesso.

Sta di fatto che l'omicidio preterintenzionale è costituito dal fatto di chi, ponendo in essere atti diretti unicamente a provocare lesioni (o percuotere) cagiona la morte, non essendo necessario che la serie causale che ha provocato la morte rappresenti lo sviluppo dello stesso evento di lesioni.

In tema è rimasta famosa per la sua severità la sentenza "Massimo" del '92, che ribadita la rilevanza del consenso quale presupposto di li-

ceità del trattamento medico chirurgico, ha affermato che “il chirurgo che in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta, sicché egli risponde del **reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte**”.

Ma nel duemila che cosa è cambiato?

Non v'è dubbio che con applicazioni automatiche si rischi di punire in base al 584 c.p. (omicidio preterintenzionale) anche conseguenze anomale della condotta medica considerandola come “arbitraria” in eccessivi ampliamenti, e ricollegandovi una gravissima responsabilità penale. Certo permangono le divergenze sulla ricostruzione teorica del reato preterintenzionale ed in particolare quelle che riguardano la struttura del reato nell'aspetto soggettivo. Se appare indiscusso che l'evento voluto debba essere addebitato a titolo di dolo, rimane controverso se quello non voluto sia addebitabile a titolo di responsabilità oggettiva sulla base del semplice rapporto di causalità materiale, ovvero sia necessaria la colpa.

Secondo i più recenti orientamenti la connotazione finalistica della condotta ossia la “finalità terapeutica” è irrilevante, non essendo richiesto il **dolo specifico** per i reati di **lesioni volontarie (o percosse)**.

È altrettanto vero che dal tenore dell'art. 584 c.p. “atti diretti”, l'elemento soggettivo richiesto per l'**omicidio preterintenzionale**, relativa-

mente all'evento voluto, è **costituito dal dolo diretto o intenzionale**. In proposito non vale l'obiezione che l'intenzionalità del dolo è elemento estraneo alla descrizione del delitto preterintenzionale data dall'art. 43 c.p., perché la struttura del delitto previsto dall'art. 584 c.p. non coincide con lo schema normativo previsto dall'art. 43 c.p. e ha una sua autonomia.

In ossequio a questa ragionevole interpretazione, tenuto conto che il requisito per l'omicidio preterintenzionale è il dolo diretto o intenzionale, possono essere addebitate le conseguenze non volute solo quando l'agente abbia almeno direttamente voluto l'evento attribuito a titolo di dolo.

Di conseguenza in caso di **dolo indiretto, o eventuale, non potrà ravvisarsi il reato preterintenzionale, pur potendo essere ascritto quello doloso di lesioni**.

Ma il sanitario mosso dal fine terapeutico pone realmente in essere una condotta intenzionalmente diretta a ledere, con coscienza e volontarietà?

Senza confondere il problema della natura del dolo richiesto per la fattispecie criminosa con l'esistenza della scriminante costituita dal consenso del paziente (presupposto di liceità e non arbitrarietà del trattamento), occorre accertare la sussistenza o meno del dolo intenzionale, verificando se l'agente anticipatamente (o nel corso dell'intervento chirurgico) si sia **rappresentato e abbia voluto l'esito della sua condotta o piuttosto non abbia agito anche a costo di provocare quell'evento**.

Per ascrivere la responsabilità di cui trattiamo, è necessario che il sanitario si rappresenti, come conseguenza della sua condotta voluta, la lesione all'integrità fisica del paziente, tra l'altro sus-

sistendo una differenza di non poco conto tra iter decisi in corso d'intervento, per sopraggiunte e imprevedibili o impreviste circostanze e casi con determinate programmazioni sin dall'inizio.

La soluzione non può che provenire dalla giusta, imprescindibile valorizzazione dell'elemento soggettivo richiesto nella forma del dolo intenzionale.

Per fare alcuni esempi, tralasciando i casi a scopi scientifici o puramente estetici, basta citare i casi di interventi demolitivi coscientemente inutili, i casi in cui il sanitario abbia asportato organi là dove la patologia poteva essere curata con diversi mezzi terapeutici, casi in cui il normale rapporto tra costi e benefici, preventivamente conosciuto dal medico, è totalmente squilibrato. Sembra potersi affermare la ricorrenza dell'elemento soggettivo di lesioni volontarie (dolo generico) in quei casi in cui il medico, pur animato da intenzioni terapeutiche, agisca consapevole che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica (o psichica) del paziente.

Ricondotto l'elemento soggettivo del reato nei suoi naturali limiti, ne consegue che il consenso del paziente subisce un giusto ridimensionamento, riconducendosi alla sua efficacia scriminante, che esclude l'antigiuridicità della condotta. Quindi, in presenza di consenso validamente formato ed espresso, è preclusa la possibilità di configurare il delitto di lesioni volontarie, mentre in presenza di ragioni di urgenza terapeutica o ipotesi previste dalla legge il consenso non è necessario.

Il dissenso del paziente, quale volontà esplicitamente contraria all'intervento terapeutico, trova un limite solo nel pericolo grave e attuale per la

vita del paziente o per la sua integrità fisica, mentre al di fuori di queste situazioni ricorrerà un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente, ma anche della sua integrità, con la possibile ascrizione del reato di lesioni dolose in capo al sanitario.

Sicure cause di giustificazione rilevano nelle situazioni di urgenza terapeutica che concretizzano lo stato di necessità o l'adempimento di un dovere.

Per completare il discorso vanno evidenziati altri due "nuovi" aspetti del problema. Pur essendo irrilevante la "finalità terapeutica" non è ovviamente irrilevante se la condotta sia intenzionalmente diretta a tutelare la salute del paziente o a provocare una menomazione dell'integrità. Occorre dunque precisare che appare sostenibile l'esclusione dell'intenzionalità della condotta in quei casi in cui il sanitario, nel corso dell'intervento chirurgico, rilevi la presenza di una situazione che pur non rivestita dei requisiti di urgenza terapeutica, e pur potendo essere affrontata in tempi diversi, venga invece, affrontata immediatamente senza il consenso del paziente: per evitargli un altro (ravvicinato) intervento, altri successivi disagi o per prevenire particolari futuri pericoli (purché si tratti di protocolli accettati dalla comunità scientifica e non certo inusuali, sperimentali o sconosciuti alla letteratura scientifica).

Del pari non può rispondere dolosamente il chirurgo che si sia erroneamente rappresentato una situazione patologica ritenendo che essa richiedesse l'intervento per cui il paziente non aveva prestato consenso, non sussistendo in tale caso l'intenzionalità della condotta, ferma restando la responsabilità per il reato colposo se si ravvisino i presupposti.