

Il rapporto tra l'omicidio preterintenzionale e l'attività medico-chirurgica.

di **Ludovica Cerino**

Sommario. **1.** Premessa. – **2.** L'evoluzione del rapporto tra medico e paziente: dal paternalismo medico all'affermazione del consenso informato. – **3.** La rilevanza penale del trattamento chirurgico arbitrario e la configurabilità della preterintenzione nell'attività medica: Il caso Massimo. – **3.1.** Un *revirement* giurisprudenziale: Il caso Volterrani. – **3.2.** La decisione della Corte di Cassazione: l'esclusione definitiva della responsabilità per omicidio preterintenzionale nel caso di esito infausto di un trattamento chirurgico eseguito in conformità delle "regole d'arte". – **4.** Il caso Brega Massone: l'attività medico-chirurgica priva di finalità terapeutiche. – **4.1.** La riemersione della preterintenzione nell'attività medico-chirurgica. – **5.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

L'omicidio preterintenzionale rappresenta una particolare fattispecie delittuosa disciplinata all'art. 584 c.p., che prevede che: <<Chiunque con atti diretti a commettere i delitti preveduti agli articoli 581 e 582 c.p., cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni>>. Ai fini della configurazione di tale delitto, da un punto di vista psicologico, è necessario che la condotta posta in essere dal soggetto agente sia assistita dal dolo della lesione personale o delle percosse.

In via generale risulta difficile immaginare che la condotta di un medico integri il delitto di cui all'art. 584 c.p., dal momento che – tranne per casi eccezionali – essa è finalizzata al benessere del paziente e non alla lesione della sua incolumità individuale psico-fisica. Eppure per un lungo periodo, fino ai primi anni duemila, la condotta del medico consistente nell'esecuzione di un trattamento chirurgico è stata ritenuta integrativa del reato di lesione personale ove, a prescindere dall'esito fausto o infausto, fosse mancato a monte il consenso del paziente a quel tipo di intervento specifico. Una tale interpretazione poneva le proprie basi sul presupposto che la condotta consistente in un'attività chirurgica fosse automaticamente antigiusuridica e che unicamente attraverso il consenso informato o la sussistenza dello stato di necessità essa potesse essere ricondotta alla legittimità, risultando dunque meramente irrilevanti sia gli aspetti psichici che la finalità curativa della condotta dell'esercente sanitario.

In base a tale interpretazione, per lungo tempo condivisa dalla giurisprudenza risalente, la conseguenza giuridica da un punto di vista logico-formalistico era che, attraverso l'inquadramento della condotta del medico-chirurgo nell'ambito del delitto di lesioni, ove dall'intervento ne fosse derivata la morte certamente non voluta del paziente, ad egli potesse essere attribuita la responsabilità penale per omicidio preterintenzionale.

D'altro canto risulta necessario considerare un'ulteriore e differente ipotesi in cui l'attività sanitaria consista in interventi consapevolmente demolitivi e non necessari, ovvero compiuti per meri fini di ricerca scientifica, di affermazione personale o di lucro, in cui risulta evidente la mancanza di finalità curativa, caratterizzante generalmente l'attività medica.

In tali casi, oggetto di pronunce più recenti¹, appare più opportuna la parificazione della condotta del chirurgo al reato di lesione personale.²

In particolare si deve sottolineare che storicamente la fattispecie di omicidio preterintenzionale sia stata applicata all'attività medica in quelle particolari ipotesi in cui l'intervento chirurgico era stato svolto in assenza del consenso informato del paziente. Il vuoto normativo di una disciplina *ad hoc*, che abbia ad oggetto il trattamento sanitario arbitrario, ha dato modo a che dagli ampi dibattiti in dottrina derivassero altresì pronunce giurisprudenziali contrastanti, talvolta non facilmente condivisibili. Pertanto innanzitutto è necessario esaminare in via preliminare la tematica del consenso informato, limitatamente a ciò che si ritiene utile ai fini della trattazione. L'oggetto principale del presente elaborato tuttavia consiste nel ripercorrere le pronunce più significative degli ultimi decenni inerenti alla responsabilità medica per esecuzione di un trattamento chirurgico arbitrario, considerando in particolare le motivazioni che hanno portato i giudici ad applicare o meno in determinate circostanze la fattispecie di cui all'art. 584 c.p.

2. L'evoluzione del rapporto tra medico e paziente: dal paternalismo medico all'affermazione del consenso informato.

In prima battuta si ritiene necessario tratteggiare l'evoluzione caratterizzante il rapporto medico-paziente, che tradizionalmente è sempre stato inquadrato in un'ottica paternalistica fino al raggiungimento dell'autonomia del paziente.

Un risultato di tale portata da un punto di vista sociale è stato possibile in virtù della centralità e dell'affermazione del principio del consenso informato,

¹ Cass., Sez. I, 3 aprile 2018 (ud. 22 giugno 2017), 14776, Brega Massone; C. Ass. App., Sez. II, 15 gennaio 2019 (ud. 19 ottobre 2018) n. 37, Brega Massone

² P. COSENTINI, *Il versante oggettivo e soggettivo della condotta nel trattamento sanitario arbitrario*, in *Consenso informato e responsabilità medica per trattamento sanitario arbitrario* a cura di S. CANESTRARI, Bologna, 2016, pp. 101-102.

in relazione alla problematica della rilevanza penale del trattamento medico arbitrario.

Soffermarsi sull'evoluzione che ha caratterizzato il rapporto tra il medico ed il paziente è importante ai fini della comprensione di come ciò abbia contribuito all'affermarsi dell'autodeterminazione del paziente, fino a far assumere al consenso informato la funzione di presidio della libertà di autodeterminazione terapeutica. La posizione del paziente ha subito alcune modifiche alla luce delle diverse interpretazioni susseguitesi, passando dall'essere considerata solo come oggetto dell'attività medica sino all'addivenire il soggetto di una relazione terapeutica. Nella visione paternalistica del rapporto tra medico e paziente il primo è stato da sempre considerato come una figura che autoritativamente aveva il potere di imporsi sul paziente, dal momento che solo il medico – sulla base delle proprie conoscenze scientifiche e tecniche – poteva effettivamente conoscere cosa fosse più giusto per il malato³. Infatti si affermava che: <<il medico agisce, o omette di agire, per il bene del paziente senza il suo consenso>>, interferendo dunque nella libertà della persona unicamente per il suo benessere e la sua salute.⁴ In tale logica i principi posti alla base di tale concezione erano prettamente due; il primo che prevedeva il dovere del medico di curare adeguatamente il paziente, il secondo che stabiliva l'affidamento passivo di quest'ultimo alle scelte del medico.

La prospettiva di tale rapporto è mutata radicalmente in seguito alla Seconda Guerra Mondiale ed infatti si può notare come il Codice di Norimberga enunciasse un principio fondamentale, ovvero che il consenso del soggetto umano sia assolutamente necessario e che la scienza non debba mai considerare o trasformare l'essere umano in uno strumento utilizzato per raggiungere unicamente scopi scientifici. Pertanto il medico nell'esercizio della propria attività non può operare senza limiti, dovendo rispettare sempre il volere della persona, nonostante il fatto che egli agisca per il suo beneficio insito nella sua condotta.⁵ L'evoluzione a cui si giunge comporta un significativo passaggio ad una vera e propria alleanza terapeutica, in cui il medico ha il dovere di confrontarsi con il malato circa la sua salute e le possibili strategie sanitarie da utilizzare, ispirandosi ad uno schema contrattuale in cui il professionista sanitario - in quanto "parte" - deve fornire

³ B. MILLER, *Encyclopedia of Bioethics*, (a cura di) W.T. REICH, Macmillan Publishing Company, 1995. L'espressione utilizzata in lingua inglese per descrivere nella medicina tradizionale il rapporto paternalistico medico-paziente era: *doctor knows the best*.

⁴ P. DONATELLI, voce *Paternalismo*, in *Dizionario di Bioetica*, a cura di E. LECALDANO, Roma, 2002, p. 212 ss.

⁵ M. PAGLIA, *La rilevanza penale del trattamento medico arbitrario*, 2015, pp. 1-4.

tutte le informazioni necessarie affinché il paziente possa liberamente scegliere quali prestazioni ricevere.

Il principio del consenso informato rivolto alla liceità ed alla legittimazione dell'atto sanitario tende a riflettere dunque il concetto dell'autonomia e della autodeterminazione decisionale della persona che necessita e richiede una prestazione medico-chirurgica.⁶ Gli Stati Uniti sono considerati come il paese d'origine del consenso informato, infatti tale termine rappresenta semplicemente una traduzione letterale dell'espressione in lingua inglese *informed consent*, la quale risale alla decisione della Corte Suprema della California nel caso *Salgo v. Leland Stanford Jr., University, Board of Trustees*, del 1957. L'*informed consent* era stato elaborato quale criterio comprensivo non solo della fondamentale autonomia decisionale del paziente come esplicazione del diritto sulla propria persona, ma altresì dell'informazione intesa come elemento oggettivo essenziale. In Italia l'evoluzione giuridica e dottrinale del consenso informato ha avuto inizio in un momento successivo rispetto alla tradizione statunitense o anglosassone.

Agli inizi degli anni Novanta - come si vedrà nella parte successiva dell'elaborato - si assiste ad un susseguirsi di pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto la responsabilità medica ritenute influenzate dall'esperienza anglosassone, in quanto l'approccio della magistratura si presentò piuttosto rigoroso ed inflessibile rispetto la nostra tradizione. Precedentemente all'entrata in vigore della Costituzione la dottrina considerava in via tradizionale l'attività chirurgica come una pratica di per sé illecita, ma al contempo non punibile se esercitata nel rispetto del consenso del paziente, il quale si riteneva fosse insito nella richiesta di aiuto da parte del soggetto versante in uno stato di bisogno. Si può osservare come quei principi espressi con il Codice di Norimberga, da parte dei giudici statunitensi, possano essersi in qualche modo fatti strada anche tra i padri costituenti arrivando ad essere implicitamente sanciti dall'art. 32 della Costituzione.

Nell'ambito sanitario è stata posta una maggiore attenzione sui principi di responsabilità penale dell'attività medica e sul rilevante confine del *neminem laedere*. Il consenso del paziente si può dunque ritenere che non rappresenti unicamente una garanzia per lo stesso, ma che sia fondamentale per quanto riguarda i limiti sussistenti rispetto l'esercizio dell'attività da parte del sanitario per qualunque intervento, se non in casi di estrema e comprovata necessità.⁷

Negli ultimi anni si può dire che nel nostro Paese si sia affermata una concezione del rapporto tra medico e paziente di stampo "personalistico",

⁶ V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, in *Acta Otorhinolaryngol. Ital*, 2005, pp. 312 ss.

⁷ V. MALLARDI, *op. cit.*, pp. 314-315.

ovvero che considera la tutela dell'integrità fisica personale e più in generale della salute non più in funzione di un prevalente interesse superiore sociale ma, come recita l'art. 32 Cost., un fondamentale diritto dell'individuo.

Il consenso informato comporta altresì un cambiamento per ciò che concerne la prospettiva dei medici stessi, i quali non possono focalizzarsi unicamente sulla malattia ma il centro dell'attenzione deve spostarsi sulla persona che necessita del trattamento sanitario. Pertanto i doveri del medico sono subordinati ai diritti del paziente, tra i quali primeggia per importanza la sua libertà di autodeterminazione terapeutica. Infatti si deve osservare come il diritto all'informazione non sia più per il paziente una semplice concessione, ma un vero e proprio diritto irrinunciabile.⁸

Il principio dell'autodeterminazione terapeutica del paziente si pone come esplicazione del fondamentale ruolo ricoperto dal consenso informato, che ad oggi è considerato un fattore di espressione della libertà del singolo, dovendo dunque essere ricompreso tra i diritti fondamentali riconosciuti nel nostro ordinamento giuridico. Innanzitutto esso trova un proprio fondamento normativo nell'art. 2 della Costituzione, volto a tutelare e promuovere i diritti fondamentali dell'uomo e nell'art. 13 Cost., che sancisce il principio di inviolabilità della libertà personale, ricomprendendo inevitabilmente anche la libertà di tutelare la propria salute ed integrità fisica. Il principio di autodeterminazione terapeutica del paziente trova riferimento normativo nell'art. 32 della Costituzione, che disciplina il diritto alla salute dell'individuo quale principio basilare per lo sviluppo della vita nel rispetto della dignità umana e della propria persona. Tale disposizione stabilisce al primo comma un obbligo per coloro che esercitano la professione sanitaria di prestare le cure a tutti quei soggetti che ne facciano richiesta, sia cittadini italiani che transitori in suolo italiano ed al contempo prevede che gli individui si sottopongano alle cure necessarie a non renderli un pericolo per la collettività da un punto di vista sanitario. Il secondo comma della disposizione costituzionale prevede però che nessuno possa essere obbligato a sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge, che non può a sua volta mai violare quei limiti che sono imposti per il rispetto della persona umana, in linea con il principio di inviolabilità della libertà personale sancito dall'art. 13 della Costituzione.

Dunque lo Stato non può in alcun modo imporre ad un individuo di sottoporsi a delle cure cui egli in modo autonomo decida di rifiutare, dal momento che la legge non può superare i limiti della sfera decisionale della persona, ma può intervenire in casi di necessità o di urgenza. Nel caso in cui un individuo dovesse essere affetto da una patologia dannosa non solo per

⁸ F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 2, pp. 378-379.

se stesso ma altresì per l'intera comunità la sua libertà ed autonomia decisionale non potrà imporsi sulla legge, come previsto altresì dall'art. 13 della Costituzione.⁹

Per quanto concerne invece la legge ordinaria una norma rilevante in tema di consenso informato è l'art. 33 della L. n. 833 del 1978, ove è stata prevista l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale. Tale articolo stabilisce la volontarietà degli accertamenti e trattamenti sanitari e contestualmente prevede che i trattamenti obbligatori, qualora dovessero essere stabiliti legittimamente dalla legge, debbano in ogni caso rispettare la dignità della persona.

3. La rilevanza penale del trattamento chirurgico arbitrario e la configurabilità della preterintenzione nell'attività medica: Il caso Massimo.

La pronuncia che ha ricoperto un ruolo estremamente significativo, in quanto rappresenta il primo caso in Italia di applicazione della fattispecie di omicidio preterintenzionale all'ipotesi di attività medica, è quella conosciuta come "Caso Massimo". Essa ha inoltre contribuito a sensibilizzare la prassi sanitaria sulla necessità di acquisire il consenso informato del paziente, prima di compiere qualsivoglia atto medico.

La sezione V della Corte di Cassazione nel 1992 confermò la sentenza del 1991 della Corte di Assise di Appello di Firenze, con la quale l'imputato Carlo Massimo era stato considerato responsabile del delitto di omicidio preterintenzionale ai sensi dell'art. 584 c.p.¹⁰ La vicenda riguardava un'anziana paziente ed ebbe inizio in data 19 agosto 1983; in tale giorno il primario chirurgo dell'Ospedale Careggi di Firenze aveva sottoposto la stessa signora ad un intervento chirurgico estremamente invasivo e demolitivo di amputazione totale addomino perineale di retto, anziché a quello preventivo e di più lieve invasività di asportazione transanale di un adenoma villosa, a cui la paziente aveva invece prestato il proprio consenso. I giudici di merito ritennero che tale decisione fosse stata presa dal chirurgo in assenza di comprovate ragioni di necessità ed urgenza terapeutiche che giustificassero tale scelta ed in particolare senza darne notizia né alla paziente – in quanto già anestetizzata – né ad i suoi familiari. Pertanto si osservò che il chirurgo avesse agito senza aver ricevuto alcuna forma di consenso circa tale trattamento chirurgico, di un'entità certamente più invasiva e concretamente più rischiosa per un soggetto di un'età avanzata, quale la paziente in

⁹ L' art. 13 della Costituzione sancisce l'invulnerabilità della libertà personale, che comprende la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica. Le restrizioni a questi diritti possono essere compiute soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi, previsti dalla legge.

¹⁰ Cass., sez. V, 21 aprile 1992 n. 5693, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 63 ss.

questione. Successivamente la condotta del medico fu ritenuta idonea a configurare il reato di lesioni personali gravi, dalle quali a seguito di complicanze dopo un periodo di degenza ospedaliera conseguì la morte certamente non voluta della donna, in data 23 ottobre 1983.

Nel corso dei processi che si sono susseguiti i giudici si servirono dello strumento della perizia medica, attraverso la quale fu possibile accertare che la neoplasia avrebbe potuto essere asportata per via endoscopica, così come stabilito originariamente, pur non essendo la procedura agevole. Al contempo fu ritenuto che l'amputazione del retto non fosse necessaria ai fini della sopravvivenza della paziente, anzi rispetto le sue condizioni generali – non di certo positive – apparì una procedura molto rischiosa e non indotta da ragioni di urgenza clinica. La Corte d'assise fu chiamata infatti ad accertare la responsabilità penale del medico il quale, attraverso la propria condotta consistente nell'esecuzione di un intervento non autorizzato dalla paziente, si ritenne avesse posto in essere in modo consapevole e volontario una condotta configurante inevitabilmente ed oggettivamente la fattispecie criminosa della lesione volontaria, disciplinata all'art. 582 c.p. La norma è posta a tutela dell'integrità individuale ed infatti la Corte ha osservato come sussistessero in maniera evidente gli estremi dell'offesa a tale bene giuridico e dell'elemento soggettivo richiesto, quale il dolo generico. Inoltre va ricordato che l'art. 584 c.p. recita: <<Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo, è punito...>>. Pertanto nel caso di specie la condotta del soggetto agente veniva ritenuta integrativa del delitto di cui all'art. 582 c.p. e siccome in un momento successivo era sopraggiunta la morte della paziente, non voluta dal medico e dunque quale evento ulteriore rispetto la sua intenzione, gli venne addebitato il delitto di omicidio preterintenzionale.¹¹

Da un punto di vista oggettivo il chirurgo ha cagionato con la sua condotta una menomazione funzionale grave, che viene fatta rientrare nel concetto di malattia di cui all'art. 582 c.p. La suprema Corte ha accolto in questa sentenza una nozione ampia di malattia, corrispondente a qualunque alterazione anatomica e funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali.

Da un punto di vista soggettivo invece si è ritenuto sussistente un dolo generico in quanto egli ha agito con consapevolezza e volontà, limitatamente all'esecuzione dell'intervento più invasivo rispetto a quello stabilito. Essendo stato accertato che al momento dell'azione non sussistevano cause di giustificazione, la sua condotta non può non essere inquadrata nell'ambito dell'illiceità, rappresentando il fondamento per la responsabilità penale per

¹¹ C. Ass. Firenze 18 ottobre 1990, Massimo, in *Giust. pen.*, 1991, II, pp. 163 ss. con nota di G. IADECOLA, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente.*

omicidio preterintenzionale, in considerazione della verifica dell'evento non voluto, ovvero la morte della paziente.¹² Infatti secondo i giudici della Suprema Corte nella decisione della Corte d'Assise di Firenze correttamente viene configurata nella fattispecie l'antigiuridicità della condotta del chirurgo, che proprio contraddistingue la lesività dolosa. Precisa pertanto che: «Al riguardo, viene rettammente ricordato il carattere generico che connota l'elemento psichico del reato di lesioni volontarie e segnala la sua compatibilità con l'atto medico, al pari di un qualsiasi atto lesivo della integrità fisica, *posto che la legge non esige che il soggetto agisca per uno scopo o un motivo illeciti*. Il fine che l'agente si propone è irrilevante per il dolo generico [...]. Il chirurgo ebbe, sotto il profilo intellettuale, la rappresentazione dell'evento lesioni e, sotto quello volitivo, l'*intenzione diretta* a realizzarlo, ebbe cioè consapevole volontà di ledere l'altrui integrità personale senza averne diritto e senza che ve ne fosse la necessità. Ed aveva cagionato una lesione da cui era derivata la malattia, un processo patologico che aveva determinato una menomazione funzionale (grave). Ciò è sufficiente per realizzare l'elemento psichico e quello materiale del reato in discorso».¹³

Si ritiene opportuno osservare che l'applicabilità dello schema normativo di cui all'art. 584 c.p., affermata sia dai giudici di merito che dalla Suprema Corte, discenda dall'astratta equiparazione tra trattamento medico arbitrario e reato di lesioni personali. È stato però sottolineato come il quadro descritto dalle sentenze in relazione alla sussistenza di quel dolo generico necessario, ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 582 c.p., sia inidoneo in virtù del fatto che non viene presa in considerazione l'esigenza prospettata dalla dottrina, ovvero che il fatto materiale debba essere caratterizzato dall'intenzione di cagionare un danno alla persona. Pertanto si estende l'indagine sul dolo alla sussistenza del c.d. *animus laedendi*, vale a dire ad una dimensione psichica comprensiva della proiezione lesiva della condotta.¹⁴ La sentenza della Corte d'Assise venne confermata dalla Corte d'Assise di appello ed in ultimo dalla Corte di Cassazione. Pertanto la *ratio decidendi* della Corte di Cassazione può essere ricondotta al senso che ogni intervento chirurgico da cui derivi – anche solo in via temporanea – una menomazione funzionale dell'organismo del paziente comporti come conseguenza una «malattia», intesa in senso giuridico sulla base di quanto stabilito dall'art. 582 c.p., indipendentemente dal suo esito positivo o negativo. Di conseguenza anche nell'ipotesi in cui il trattamento dovesse risolversi in un complessivo miglioramento della salute del paziente, la

¹² F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 147-148.

¹³ Cass., sez. V, 21 aprile 1992 n. 5693, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 64.

¹⁴ Cass., sez. V, 21 aprile 1992 n. 5693, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 67.

condotta volta a compiere il trattamento darà sempre vita ad una malattia e dunque il trattamento chirurgico integra sotto il profilo oggettivo un fatto di lesioni personali, che deve essere legittimato dal consenso informato o dalla sussistenza di uno stato di necessità.

In assenza di tali presupposti il soggetto agente risponderà inevitabilmente di lesioni personali dolose, dalle quali a loro volta potrà derivare una responsabilità per omicidio preterintenzionale ove in seguito al trattamento chirurgico arbitrario dovesse conseguire la morte del paziente.¹⁵ Solo sulla base di tale presupposto i giudici poterono giungere ad imputare la sussistenza del dolo diretto di lesioni personali – che ricordiamo essere necessario per la configurazione dell’omicidio preterintenzionale – al chirurgo, che al momento della sua azione aveva voluto il trattamento arbitrario effettuato rappresentandosi un esito certamente fausto, ma che al tempo stesso non poteva non essersi rappresentato come certa la verifica di una malattia, quale conseguenza del trattamento stesso. In precedenza è stato descritto come in merito alla vera natura della preterintenzione sussistano ancora delle controversie, per via del difficile allineamento della fattispecie di omicidio preterintenzionale al principio di colpevolezza. L’ultima decisione relativa al caso Massimo risale al 1992, anno in cui il principio di colpevolezza aveva già avuto la possibilità di affermarsi e di essere costituzionalizzato attraverso le pronunce della Corte Costituzionale nn. 364 e 1085 del 1988. Tuttavia si deve osservare come, nonostante le sentenze della Consulta e nonostante si fossero già manifestate in giurisprudenza decisioni in cui venisse riconosciuta alla natura della preterintenzione la combinazione di dolo misto a colpa, nel caso di specie al chirurgo è stato imputato l’omicidio preterintenzionale sulla base della concezione dell’art. 584 c.p. di dolo misto a responsabilità oggettiva.

Infatti la morte della paziente è stata imputata al medico sulla sola base del nesso di causalità materiale, non essendo stato accertato alcun coefficiente di colpevolezza. La sentenza Massimo è dunque un ulteriore caso in cui è manifesto che la Corte di Cassazione non avesse in materia un orientamento unitario, alternando pronunce in cui veniva adottata un’interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie di omicidio preterintenzionale e pronunce in cui era ancora presente la fattispecie della responsabilità oggettiva.

Si deve altresì considerare che tale sentenza della Cassazione esaminata sia stata determinante nel percorso di riconoscimento giurisprudenziale del principio del consenso informato. Infatti l’intervento del medico chirurgo viene considerato legittimo solo laddove venga prestato validamente da

¹⁵ Per tale ricostruzione si rinvia a: A. VALSECCHI, *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir.Pen.Cont.*, 2010.

parte del paziente il consenso a ricevere un determinato trattamento, che deve essere chiaro, libero, informato, consapevole e personale. Per valutare la legittimità della condotta del medico non sarà sufficiente accertare che egli abbia agito *lege artis*, né che all'intervento sia conseguito un esito positivo. Alla sentenza Massimo va riconosciuto il risultato di aver fatto decadere l'antica tesi paternalistica del rapporto tra medico e paziente, secondo la quale <<spettava al medico decidere, in scienza e coscienza, cosa fosse meglio per il paziente (*doctor knows the best*)>>. ¹⁶ Infatti secondo tale pronuncia il consenso del paziente ricopre il ruolo di presupposto di liceità del trattamento medico, fatta eccezione per le ipotesi in cui sussista uno stato di necessità e di quelle previste dalla legge in specifici casi ai sensi del secondo comma dell'art. 32 della Costituzione.

3.1. Un *revirement* giurisprudenziale: il Caso Volterrani.

Per ciò che concerne l'applicabilità della preterintenzione all'attività medico-chirurgica ha ricoperto un ruolo fondamentale la triste vicenda processuale del caso Volterrani, conclusasi nel 2002 con una sentenza emessa dalla Corte di Cassazione ¹⁷. Si può dire che con tale pronuncia – ed altresì già con quella di secondo grado – dopo aver assistito ad una lunga produzione giurisprudenziale caratterizzata da rigidità nei confronti dell'attività sanitaria ¹⁸, si sia giunti ad una flessibilità e ad una concezione completamente differente della condotta posta in essere dai medici, riconoscendole il rilievo sociale e quella finalità terapeutica che da sempre l'aveva caratterizzata. La ricostruzione del fatto consente innanzitutto di notare come la vicenda in esame sia molto simile a quella verificatasi a Firenze, oggetto della sentenza Massimo. Il caso di specie riguardava infatti un paziente affetto da ernia ombelicale, che in seguito ad una forte crisi dolorosa era stato ricoverato in data 23 ottobre 1995. Dopo aver effettuato tutti gli accertamenti clinici necessari il chirurgo si rese conto della presenza di una lesione sospetta vicino al pancreas, decidendo così di intervenire per la riparazione dell'ernia ombelicale con il consenso del paziente, al quale riferì unicamente che ove

¹⁶ F. FAENZA, *Il consenso informato*, in *Bioetica e biodiritto. Problemi, casi e materiali*, a cura di C. FARALLI, Torino, 2010, p. 94.

¹⁷ Cass., Sez. I, 29 maggio 2002 n. 26466, Volterrani.

¹⁸ Cass., Sez. IV, 11 luglio 2001 n. 35822, Firenzani. La vicenda giudiziaria vide come imputato l'ortopedico Firenzani, la Cassazione incentrò innanzitutto la propria motivazione sulla rilevante assenza del consenso informato. Inoltre così come previsto dalla sentenza Massimo, anche in questa pronuncia venne confermato l'orientamento – successivamente criticato – secondo il quale l'attività medica arbitraria sia idonea ad integrare il reato di lesioni anche ove la condotta sia stata esercitata nel rispetto delle "regole d'arte" o nell'ipotesi di un esito positivo per il paziente.

fosse stata presente una massa tumorale la situazione complessiva sarebbe stata più complicata.

Nel corso dell'intervento il chirurgo si rese conto dell'esistenza di una grave formazione tumorale, decidendo così di effettuare un'ulteriore procedura altamente demolitiva, ovvero una duodenocefalopancreasectomia per asportare integralmente la stessa.

In seguito il paziente, per via di varie complicanze, veniva sottoposto a tre ulteriori operazioni, ma a circa un mese di distanza dal primo intervento morì. Il chirurgo Volterrani venne rinviato a giudizio a titolo di omicidio preterintenzionale, sostenendo che egli avesse eseguito un intervento così invasivo e demolitorio, senza il previo consenso da parte del paziente e che inoltre – non avendo compiuto gli esami necessari per poter comprendere la natura della massa tumorale – egli avesse agito in assenza di una provata urgenza o necessità. In primo grado il Tribunale di Torino riqualificò il reato, condannando infatti l'imputato ai sensi dell'art. 586 c.p. e 610 c.p. (ovvero "morte o lesione come conseguenza di altro delitto" e "violenza privata"). Infatti il giudice di prime cure non riteneva che l'attività del medico potesse integrare la fattispecie di lesioni personali volontarie di cui all'art. 582 c.p., escludendo di conseguenza la possibilità che l'imputato potesse rispondere di omicidio preterintenzionale.

Tale scelta si basava sul fatto che secondo il giudice la condotta del medico aveva comportato unicamente una lesione dell'interesse della libertà morale del paziente, ovvero della sua libertà di autodeterminazione terapeutica, per via del fatto che egli aveva agito senza il consenso dello stesso, indipendentemente dall'esito fausto o infausto dell'operazione, integrando la fattispecie della violenza privata. In virtù di ciò la morte del malato doveva essergli addebitata ai sensi dell'art. 586 c.p., che disciplina l'ipotesi di morte come conseguenza di un delitto doloso diverso dalle percosse o lesioni. In secondo grado il fatto venne riqualificato come omicidio preterintenzionale, criticando la posizione assunta dal giudice in primo grado, poiché non si riteneva fosse ravvisabile nel mero silenzio del medico - rispetto l'intervento più invasivo - una condotta configurante il reato di violenza, che invece deve consistere nell'esplicazione di energia fisica. I giudici della Corte d'Appello ritennero che la condotta del Volterrani non fosse legittima per via della mancanza del consenso informato e che fosse idonea ad integrare il reato di lesioni personali. Infatti affermarono che: << ha compiuto una grave aggressione fisica sul paziente, ha voluto le lesioni inferte. L'intervento medico arbitrario infatti non è privo della tipicità dei reati posti a tutela dell'integrità fisica e personale dell'uomo [...]. Chi agisce senza consenso e necessariamente cagiona lesioni, lesioni non accettate dal paziente, agisce con il dolo di lesioni personali>>.¹⁹ La corte d'Appello accolse dunque

¹⁹ App. Torino, 20 maggio 2000.

l'orientamento della sentenza Massimo, ritenendo che il medico che agisca in assenza di consenso commetta sempre il reato di lesione personale volontaria e che nel caso in cui successivamente dovesse conseguire l'evento morte, quale evento ulteriore, si configura l'ipotesi delittuosa di omicidio preterintenzionale.

Bisogna sottolineare che la Corte d'Appello di Torino era incompetente per materia e dunque la Corte di Cassazione annullò la sentenza rinviandola alla Corte d'Assise di Appello affinché si pronunciasse.²⁰

La Corte in fase di rinvio ribaltò completamente i giudizi precedenti, giungendo ad una conclusione assolutoria, in quanto riteneva che il fatto non costituisse reato, sussistendo tutti i presupposti per l'applicazione dell'art. 54 c.p., che disciplina lo stato di necessità quale causa di giustificazione. L'assoluzione era basata su molteplici argomentazioni, tra cui il fatto che l'intervento chirurgico eseguito risultava necessario e adeguato rispetto la condizione di salute del paziente. Inoltre il decesso dello stesso non si era verificato per errori imputabili al Volterrani ed infine non poteva ritenersi integrato il delitto di omicidio preterintenzionale. Infatti da un punto di vista soggettivo non sussiste il dolo, considerando il fatto che il chirurgo ha agito con unicamente uno scopo terapeutico di portare un beneficio al paziente rispettando altresì le *leges artis*²¹. In particolare si ritiene opportuno precisare che con tale pronuncia i giudici abbiano deciso di prendere una posizione nei confronti dell'orientamento consolidatosi precedentemente con la sentenza Massimo, affermando di non dividerne le argomentazioni e l'impostazione che individuò – come è noto – *in primis* nella mancanza del consenso informato da parte del paziente il presupposto sufficiente affinché la condotta del medico venisse considerata integrante il delitto di lesioni personali. In secondo luogo che fosse ritenuto sussistente l'elemento soggettivo del dolo diretto, potendo poi confluire nel più grave reato di omicidio preterintenzionale.

Il punto di svolta più rilevante della sentenza consiste dunque nel fatto che la Corte affermò l'intrinseca legittimità del trattamento medico-chirurgico necessario per il paziente, che non poteva essere considerato idoneo ad integrare la fattispecie di lesioni personali solo per l'assenza del consenso informato del malato. Infatti la condotta del medico non poteva – secondo quanto affermato dai giudici – considerarsi offensiva dell'incolumità individuale del paziente, indipendentemente dall'esito dell'intervento.

²⁰ La competenza per materia del delitto di omicidio preterintenzionale appartiene alla Corte d'Assise ai sensi dell'art. 5 c.p.p.

²¹ Cass., Sez. I, 29 maggio 2001, n. 26446, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 605 per la ricostruzione della decisione in fase di rinvio della Corte di Appello di Assise, con nota di G. LOZZI, *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza del consenso*.

3.2. La decisione della Corte di Cassazione: l'esclusione definitiva della responsabilità per omicidio preterintenzionale nel caso di esito infausto di un trattamento chirurgico eseguito in conformità delle "regole d'arte".

Avverso tale sentenza venne proposto ricorso in Cassazione da parte del Procuratore generale, che sosteneva nuovamente la configurazione dell'omicidio preterintenzionale, facendo leva sul consolidato orientamento secondo cui la condotta del medico nell'esercizio dell'attività chirurgica integrasse il delitto di lesione personale, indipendentemente dallo scopo terapeutico caratterizzante il suo agire. inoltre respingeva la sussistenza effettiva dello stato di necessità ex art. 54 c.p.

La vicenda processuale del caso Volterrani ricopre un ruolo fondamentale perché ha permesso che si giungesse al consolidamento di un nuovo orientamento della Corte di Cassazione in merito alle questioni più dibattute e complesse in materia di trattamento chirurgico arbitrario con esito infausto. Innanzitutto si deve osservare che la sentenza della Corte di Cassazione da un punto di vista sostanziale confermi quella precedente, proponendo però una diversa formula assolutoria basata sul radicale principio dell'intrinseca liceità dell'attività del medico in generale e quindi dell'imputato, rendendo superfluo il richiamo alla causa di giustificazione dello stato di necessità. Il punto nevralgico della pronuncia è certamente quello in cui la Corte esprime il proprio parere in merito alla rilevanza penale della volontà del paziente, prendendo una posizione completamente contrapposta rispetto alla sentenza Massimo. La Corte infatti affermò che: << (la volontà) svolge un ruolo decisivo solamente quando sia espressa in forma negativa [ossia, in presenza di un esplicito dissenso del paziente]>>. Inoltre in maniera decisa veniva esclusa completamente la possibilità che la condotta del chirurgo potesse essere considerata illecita ed arbitraria solo per il fatto che fosse andata oltre i confini previsti dal consenso dato dal paziente per l'intervento minore. Dunque si evince che un chirurgo che effettui un trattamento sanitario, ritenuto necessario per la salute del paziente, seppure senza consenso ma secondo *lege artis*, non può essere chiamato a rispondere << dei presunti danni cagionati alla vita o all'integrità fisica e psichica del soggetto sul quale ha operato a regola d'arte>>. Infatti – secondo quanto disposto dalla Corte – deve ritenersi penalmente rilevante solo ed esclusivamente il dissenso esplicito del paziente. In merito alla rilevanza del consenso veniva specificato che: <<il medico è legittimato a sottoporre il paziente affidato alle sue cure al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso, anche in assenza di un esplicito consenso>>²². L'obiettivo della Corte era di ridimensionare l'eccessivo valore che era stato attribuito al consenso con le precedenti

²² Cass., Sez. I, 29 maggio 2001, n. 26446, Volterrani.

pronunce giurisprudenziali, che non poteva costituire il requisito in base al quale valutare l'illegittimità o meno della condotta di un medico, in virtù della precisazione che in quell'arco temporale non era stata data attuazione alla delega di cui alla L. n. 145 del 28 marzo 2001, che aveva avuto il compito di ratificare la Convenzione di Oviedo.²³

Tale conclusione non trova la propria ragione solo nella irrilevanza dell'adesione del paziente al trattamento eseguito dal sanitario, ma in particolare nella intrinseca natura lecita dell'attività del medico e nella sua rilevanza riconosciuta dal nostro ordinamento. Pertanto solo un dissenso autentico, non condizionato, potrebbe comportare la sussistenza di un conseguente obbligo di astensione per il medico dall'eseguire un trattamento sanitario, in violazione del quale ne discenderebbe una responsabilità per il reato di violenza privata ai sensi dell'art. 610 c.p., in quanto il libero e consapevole rifiuto manifestato dal paziente deve ritenersi insuperabile. Il valore del dissenso trova il proprio fondamento nel fatto che il medico se agisse in modo coattivo violerebbe la libertà di autodeterminazione del paziente e giungerebbe a quel punto ad offendere la sua integrità fisica. La sentenza Volterrani ricopre un ruolo veramente importante per ciò che concerne l'inquadramento della condotta del medico, considerando innanzitutto che con tale pronuncia si assiste alla formulazione del principio della intrinseca liceità del trattamento medico-chirurgico a prescindere dall'esito fausto o infausto, che dunque non deve a priori essere ricondotto astrattamente all'interno di categorie di reato, non risultando altresì rilevante l'eventuale sussistenza o insussistenza di cause di giustificazione.²⁴ L'azione del medico anche qualora comportasse un esito infausto, se è posta in essere in modo corretto ed in virtù dello scopo terapeutico che la caratterizza, non potrà mai essere considerata nell'ambito dell'antigiuridicità. Risulta certamente esplicativo di tali concetti un passaggio della sentenza in cui il Supremo Collegio considerava l'ipotesi dell'esecuzione di un'appendicectomia, osservando che per poter assicurare un esito positivo al paziente è indispensabile effettuare l'incisione dell'addome dello stesso, provocando una lesione in senso astratto, con lo scopo e l'intenzione di eliminare la malattia e non di cagionarne una. Veniva a tal punto precisato che la condotta posta in essere doveva essere considerata estranea rispetto lo schema legale di cui all'art. 582 c.p., in quanto la lacerazione del tessuto cutaneo e sottocutaneo sarebbe un'attività strumentale al raggiungimento dell'obiettivo dell'intervento, ovvero eliminare la patologia che affligge il paziente. Riguardo la condotta del

²³ F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 158-159.

²⁴ L. PIANIGIANI, *Attività medica arbitraria: i profili problematici del consenso*, 2016, p. 84.

medico infine la Corte precisava che: «Anch'essa si inserisce, dunque, a pieno titolo, nell'esercizio dell'azione terapeutica, che corrisponde all'alto interesse sociale di cui si è detto, interesse che lo Stato tutela in quanto attuazione concreta del diritto alla salute riconosciuto ad ogni individuo, per il bene di tutti, dall'art. 32 dalla Costituzione della Repubblica e lo fa, autorizzando, disciplinando e favorendo la creazione, lo sviluppo e il perfezionamento degli organismi, delle strutture e del personale occorrente»²⁵.

In conclusione si può parlare di principio di atipicità della condotta del medico che esegua un trattamento sanitario arbitrario nel rispetto delle regole d'arte, escludendo che il fatto base consistente nell'intervento non autorizzato possa integrare il reato di lesioni personali dolose, dal momento che si ritiene non sia idonea a cagionare una malattia ex art. 582. Da tale considerazione ne deriva una totale e decisa esclusione, in caso di esito infausto e morte del paziente, della fattispecie di omicidio preterintenzionale.

4. Il Caso Brega Massone: l'attività medico-chirurgica priva di finalità terapeutiche.

In precedenza è stato sottolineato come l'attività medica fosse da sempre caratterizzata da una finalità terapeutica, un aspetto che ha assunto un ruolo fondamentale soprattutto con la sentenza Volterrani, che ha sancito l'intrinseca liceità dell'attività medico-chirurgica.

Tuttavia si ritiene opportuno, per ragioni di completezza, introdurre il tema peculiare del presente paragrafo, ossia del trattamento chirurgico privo di finalità terapeutiche. Il rapporto intercorrente tra la preterintenzione e l'attività medico-chirurgica risulta essere ancora oggi attuale, in quanto è stato ed è al centro di una delle vicende giudiziarie che ha destato più scalpore negli ultimi anni ed è tristemente nota ai media con l'etichetta di "Clinica degli orrori". La vicenda a cui si fa riferimento è quella che riguarda la Casa di cura Santa Rita a Milano, in particolare il comportamento tenuto dal dirigente medico responsabile dell'unità operativa di chirurgia toracica Pierpaolo Brega Massone ed alcuni membri dell'equipe, tra cui Pietro Fabio Presticci e Marco Pansera. Infatti questi ultimi avevano eseguito numerosi interventi chirurgici estremamente invasivi ma giudicati non necessari e dunque privi di finalità terapeutica.²⁶ Quattro di questi trattamenti si erano conclusi con la morte dei pazienti, altre decine invece con esiti infausti e conseguenti lesioni personali. Per poter comprendere al meglio l'intricata

²⁵ Cass., Sez. I, 29 maggio 2001, n. 26446, Volterrani.

²⁶ A. CAPPELLINI, *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Riv. It. di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2016, fasc. 3, pp. 962-963.

vicenda processuale ed il ruolo svolto dalla preterintenzione nell'ambito di tale processo è necessario ricostruire lo svolgimento dei fatti verificatisi in precedenza, che hanno dato inizio a tutta la serie di lunghissimi dibattimenti nei palazzi di giustizia.

Alcuni anni prima rispetto l'inizio del processo di primo grado la Guardia di Finanza, in particolare il gruppo tutela della salute pubblica nel settore sanità, diede inizio ad una serie di indagini con riferimento alla correttezza e regolarità delle richieste di rimborso presentate alla Regione Lombardia da parte di alcuni istituti di cura, tra i quali proprio la Casa di cura Santa Rita. Dalle indagini effettuate emerse che nei due anni precedenti si era verificato un esponenziale aumento del numero di interventi eseguiti ogni anno, dei ricoveri effettuati ed anche del tasso di decessi presso il reparto riabilitativo. Tali percentuali portarono la Guardia di Finanza verso l'esecuzione di indagini ancora più approfondite, dal momento che si riteneva opportuno accertare se la Clinica Santa Rita avesse tenuto una condotta truffaldina in danno della Regione Lombardia, attraverso la presentazione di quadri clinici aggravati rispetto la realtà e l'esecuzione di un numero di interventi maggiore con la finalità di ricevere un rimborso più consistente. Le indagini proseguirono in particolare verso il reparto di chirurgia toracica con intercettazioni, ispezioni, sequestri di computer, fino a quando il PM non si sentì in dovere di richiedere una misura cautelare nei confronti di Brega Massone, Presicci e Pansera, in quanto secondo l'accusa effettivamente tali attività erano state poste in essere con lo scopo di far ottenere alla Clinica l'erogazione di rimborsi da parte della Regione, anche attraverso richieste ideologicamente false. Nel processo di primo grado, svoltosi dinanzi la Corte di Assise di Milano, gli imputati vennero condannati per i reati di: falso, truffa, lesioni personali dolose e per la prima volta nella storia giurisprudenziale è stata riconosciuta a dei medici nell'esercizio di un'attività chirurgica la responsabilità per omicidio volontario.²⁷ Si ritiene che in relazione a questa disamina sia sicuramente molto rilevante il passaggio della sentenza in cui la Corte spiega per quali motivi non abbia ritenuto sussistenti gli estremi per poter inquadrare la condotta degli imputati nella fattispecie di omicidio preterintenzionale, ritenendo invece sussistente da un punto di vista soggettivo il dolo e dunque la fattispecie di omicidio volontario.

Innanzitutto la Corte sottolinea che gli interventi eseguiti dagli imputati fossero totalmente privi di indicazioni terapeutiche nonché del consenso informato da parte del paziente, motivo per cui gli interventi conclusi con un esito negativo per i pazienti sono stati ritenuti configuranti il reato di lesioni personali volontarie. Per ciò che concerne le operazioni chirurgiche, alle quali è conseguita la morte di quattro pazienti, la Corte precisa che la responsabilità per omicidio volontario piuttosto che preterintenzionale derivi

²⁷ C. Ass., 9 aprile 2014 (dep. 2 luglio 2014) n.6, Brega Massone e altri.

dalla ricostruzione dell'elemento psicologico dell'imputato rispetto all'evento morte. La Corte sostiene infatti che: <<Ricorrerà la fattispecie di omicidio preterintenzionale allorquando il chirurgo poteva vantare un'errata, ma pur sempre ragionevole, convinzione di poter evitare la morte del paziente. Ricorrerà invece omicidio volontario nel caso in cui il medico non possa addurre alcun logico motivo per sostenere che contava di evitare l'evento morte, cosicché si potrà affermare che aveva accantonato la considerazione del rischio estremo cui sottoponeva il paziente, pur di raggiungere il proprio diverso scopo, ovvero che aveva consapevolmente accettato il rischio>>. I giudici evidenziano che in capo agli imputati sia ravvisabile la particolare forma di dolo eventuale, per il fatto che la loro condotta non è stata comunque posta in essere con lo scopo di provocare in modo diretto ed intenzionale la morte dei pazienti. La preterintenzione viene esclusa per il fatto che essa non può mai consistere nel dolo dell'evento ulteriore e più grave, neanche nella forma di dolo eventuale, ma solo nel dolo dell'evento minore consistente nelle percosse o nelle lesioni. L'evento morte – nonostante non fosse voluto direttamente dai soggetti agenti – era stato da loro previsto, ma decidendo di proseguire con l'attività chirurgica era stato altresì accettato dagli stessi, i quali effettivamente pur di conseguire il proprio scopo originario – ovvero il rimborso dalla Regione – si rappresentavano la conseguenza, quale altamente probabile per il tipo di intervento chirurgico, accettandola quale "prezzo da pagare".²⁸ Per poter ricostruire nel modo più adeguato il processo mentale dei soggetti agenti in relazione all'attività medica la Corte ha ritenuto necessario enucleare diversi indicatori fattuali individuati in varie pronunce del Supremo Collegio, in quanto all'accertamento della presenza di questi ultimi consegue la sussistenza altresì del dolo eventuale.

A) Il primo indicatore a cui si deve fare riferimento per definire i casi di dolo eventuale è la rappresentazione dell'evento, ovvero l'affrontare il rischio di un evento che seppur non sia voluto direttamente dall'agente è stato previsto dallo stesso nella sua interezza e specificità. Per la ricostruzione dell'elemento soggettivo è dunque necessario indagare la prevedibilità dell'evento ed in particolare il grado del rischio prospettabile, valutando sia gli elementi di fatto che rendevano evidente all'agente il rischio, sia le probabilità del verificarsi dell'evento non voluto.

B) La Corte ritiene indispensabile un accertamento in merito all'urgenza della condotta adottata dal chirurgo ed altamente rischiosa. Infatti tanto minore è il grado di urgenza, tanto più devono ritenersi sussistenti elementi sintomatici del dolo, in quanto certamente era più alto il grado di consapevolezza in relazione al rischio della condotta.

²⁸ M. MONTANARI, *La sentenza della Corte d'Assise di Milano sul caso Santa Rita (c.d. "Clinica degli orrori")*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>, 2014.

C) Il terzo indicatore consiste nel verificare, nel singolo caso di specie, se la condotta posta in essere e giudicata pericolosa sia stata protratta nel tempo, ovvero se si ponga quale reiterazione di altri comportamenti a rischio. Infatti tali condotte sono fattori da cui può desumersi che nell'agente si fosse originata e rafforzata la consapevolezza del danno che poteva conseguire alla sua azione e che avesse accettato tale rischio.

D) La Corte propone un tipo di accertamento "*a contrariis*" volto a verificare che nella condotta dell'agente non siano presenti elementi di fatto, cautele o contromisure finalizzate ad evitare la verifica dell'evento che era stato previsto.

E) Il dolo eventuale è ravvisabile in particole quando il soggetto agente pone in essere la propria condotta in un contesto già illecito. Se si accerta dunque che un intervento eseguito, dal quale ne sia derivata la morte del paziente, fosse in realtà inutile ed illegittimo da un punto di vista terapeutico, la condotta del medico deve essere valutata con grande rigore. Infatti egli ha agito con la consapevolezza che non sussistevano i presupposti per potere scegliere quella procedura chirurgica, dimostrando dunque di non aver agito con finalità terapeutiche ma unicamente per il conseguimento di scopi personali.

F) Ulteriore e rilevante indicatore è quello che consiste nella valutazione di se il soggetto agente nell'esplicazione della propria condotta si sia servito di artifici o raggiri. L'utilizzo di questi ultimi, infatti, è indice di un'intensa volontà dell'agente circa il raggiungimento della propria finalità.

Infine viene posto in evidenza dalla Corte che affermare la sussistenza da un punto di vista soggettivo del dolo eventuale non equivalga a ritenere che nella condotta dei medici – al momento dell'esecuzione degli interventi – siano ravvisabili segni di malanimo nei confronti dei pazienti.

La rigida sentenza della Corte d'Assise di Milano si concluse con la condanna alla pena dell'ergastolo per il chirurgo Brega Massone, anni trenta di reclusione per Presicci ed infine anni ventisei per Pansera.

La decisione venne successivamente confermata dalla Corte d'Assise di Appello di Milano, che si pose in linea con le scelte e l'iter logico-argomentativo della Corte di primo grado, in particolare per ciò che concerne la qualificazione dell'imputazione più grave di omicidio volontario.

4.1. La riemersione della preterintenzione nell'attività medico-chirurgica.

Gli imputati decisero di presentare ricorso in Cassazione avverso alla sentenza della Corte d'Assise di Appello di Milano, adducendo ciascuno di loro molteplici motivi. Si ritiene opportuno però esaminare unicamente quelli riguardanti la contestazione dell'affermata esistenza del dolo di omicidio, la ritenuta assenza di giustificazione degli interventi chirurgici incriminati e la conseguente natura dolosa dell'attività del medico-chirurgo, sostanziatasi in

una mera condotta lesiva dell'integrità fisica del paziente riconducibile al paradigma legale dell'art. 582 c.p.

Innanzitutto bisogna precisare che la Cassazione in fase di giudizio rescindente di legittimità abbia concluso la propria sentenza annullando la decisione di secondo grado limitatamente al dolo di omicidio e alla qualificazione giuridica dei reati, rinviando il giudizio ad una diversa sezione della Corte d'Assise di Appello di Milano.

La Sezione prima della Corte di Cassazione con sentenza del 22 giugno 2017 non ha contestato la valutazione effettuata dai giudici di merito riguardo l'assenza della finalità terapeutica degli interventi eseguiti, nonché la loro inutilità da un punto di vista clinico, riconoscendo che gli esecutori fossero animati da un mero fine di lucro o di affermazione professionale. Pertanto i giudici di legittimità hanno affermato l'infondatezza del motivo di ricorso presentato dagli imputati che avevano contestato l'applicazione dell'art. 582 c.p., in riferimento ad una numerosa serie di interventi ritenendo insussistente il dolo di lesioni. Infatti a tal proposito la Suprema Corte ha precisato che: <<L'intervento chirurgico, se non è posto in essere con finalità terapeutica, non costituisce più un atto medico, e la condotta operatoria non si differenzia, perciò, in tal caso da quella di chiunque leda in modo consapevole e volontario l'integrità fisica di una persona, così che l'atto operatorio – il quale non si inserisca quale segmento di una più ampia condotta terapeutica idonea di per sé a legittimarlo ex art. 32 Cost. – riprende la sua autonomia al fine della valutazione della capacità di cagionare una lesione personale rilevante ex art. 582 cod. pen.>>.

La finalità terapeutica va intesa infatti quale caratteristica imprescindibile dell'attività medico-chirurgica, poiché è solo quella che – rendendo l'atto orientato alla realizzazione di un beneficio per il paziente – legittima l'intervento stesso. Nel momento in cui un atto medico sia estraneo a qualsivoglia scelta terapeutica non può che tradursi in un'alterazione funzionale dell'organismo del paziente, a prescindere da quale fosse la finalità perseguita dall'agente nell'esecuzione della propria condotta.

Secondo il giudizio della Suprema Corte doveva ritenersi fondato il motivo dedotto da tutti i ricorrenti, che aveva ad oggetto la censura della sussistenza – affermata nei precedenti giudizi – del dolo omicidiario.

In punto di diritto la Cassazione fonda le proprie argomentazione sull'analisi del rapporto tra il dolo di omicidio, da cui deriva l'applicazione della disciplina di cui all'art. 575 c.p. e l'omicidio preterintenzionale, la cui disciplina è contenuta all'interno dell'art. 584 c.p. Il titolo di reato al quale deve essere ricondotta la responsabilità degli imputati per la morte dei quattro pazienti è rappresentato alternativamente da tali fattispecie di omicidio, in quanto la stessa Corte di Cassazione ha osservato come in modo motivato e corretto i giudici di merito abbiano escluso la configurabilità dell'omicidio colposo ex art. 589 c.p.

Infatti tale tipologia di omicidio non aveva alcuno spazio applicativo, dal momento che essendo stata accertata la mancata finalità terapeutica degli interventi eseguiti non avrebbe potuto essere mai riconosciuta alla condotta degli agenti una natura colposa. Tra i principi espressi dal Supremo Collegio nella sua diversa valutazione di alcuni profili di tale vicenda risulta evidente che il tema della prova del dolo nell'ambito dell'attività medica si muova all'interno di un ambito estremamente complesso, che concerne la valutazione della condotta del medico ed il conseguente procedimento volto alla comprensione della sua reale intenzione.²⁹

In via preliminare la Cassazione ha sottolineato che costituisce *ius receptum* l'orientamento secondo cui: <<l'elemento psicologico dell'omicidio preterintenzionale consiste nell'aver voluto, con dolo, l'evento minore rappresentato dalle lesioni cagionate alla persona offesa, e non anche l'evento più grave (la morte della vittima), che costituisce solo la conseguenza diretta, sul piano causale, della condotta dell'agente; l'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 584 cod. pen. non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva, né da dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di lesioni (o percosse), in quanto la disposizione dell'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato>>.³⁰ I giudici della Corte di Cassazione hanno osservato che nel giudizio di merito era stato riconosciuto il dolo di lesioni personali – applicando la disciplina ex art. 582 c.p. alla condotta dei medici – e che gli eventi morte verificatisi in seguito ad alcuni degli interventi eseguiti senza finalità terapeutica non fossero voluti direttamente dagli operatori sanitari. Sulla base di tali presupposti i giudici avrebbero dovuto qualificare i fatti commessi a titolo di omicidio preterintenzionale. In alternativa hanno affermato la sussistenza del dolo omicidiario, che esige una rigorosa dimostrazione circa il fatto che in ogni singolo caso il medico-chirurgo, nell'esplicazione della propria condotta, si sia rappresentato ed abbia voluto la morte o che quantomeno abbia accettato l'evento come conseguenza della propria azione a titolo di dolo eventuale. La Cassazione ha contestato la scelta dei giudici di merito di aver ritenuto sussistente il dolo eventuale quale elemento psicologico degli imputati, muovendo sostanzialmente due critiche. Innanzitutto la Corte d'Assise di Appello si è limitata, in modo illogico, ad enumerare una serie di possibili indicatori in base ai quali hanno sostenuto l'esistenza dell'*animus necandi* nella forma del dolo eventuale. I giudici di legittimità, attraverso un richiamo alla sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp, hanno evidenziato come tali indicatori non fossero idonei a dimostrare la

²⁹ P. ASTORINA MARINO, *La prova del dolo eventuale di omicidio nell'attività medica: La Cassazione rilegge il caso Brega Massone (nota a Sez. I, 22 giugno 2017, n. 14776)*, in *Riv., It. Med. Leg.*, 2018, 3, pp. 1010-1018.

³⁰ Cass., Sez. I, 3 aprile 2018 (ud. 22 giugno 2017), 14776, Brega Massone e altri.

sussistenza del dolo eventuale nella sua vera nozione consistente nella concreta, chiara, presa di coscienza da parte dell'agente del rischio di verificazione dell'evento e nella scelta consapevole di agire ugualmente.³¹ A dover essere dimostrata è pertanto la <<concreta adesione psichica all'accadimento evento-morte>>.

In secondo luogo la Corte di Cassazione ha osservato come i giudici di secondo grado si siano espressi sulla base di una valutazione solo parziale del caso di specie, non avendo dato rilievo ad alcuni <<elementi indicatori, portatori di potenziale segno contrario ed emersi dalle risultanze istruttorie>> che – se adeguatamente considerati – avrebbero potuto condurre verso la scelta alternativa e più ragionevole dell'omicidio preterintenzionale.³² Alla luce di tale iter logico-argomentativo e di tali principi la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza impugnata – come precedentemente indicato – ed ha rinviato il giudizio ad un'altra sezione della Corte d'Assise di Appello di Milano.

In linea con quanto previsto dalla sentenza rescindente di legittimità la Corte d'Assise di Appello, Sezione seconda, in data 15 gennaio 2019 ha emesso una sentenza con la quale ha derubricato i quattro omicidi volontari in omicidi preterintenzionali. In tale pronuncia viene messo in evidenza che non è intenzione dei giudici di merito rimettere in discussione nè la condotta materiale, già oggetto di valutazioni precedenti, nè il nesso di causalità sussistente tra la stessa e gli eventi lesivi ed il decesso verificatosi in seguito ai quattro interventi del caso di specie.

L'obiettivo della Corte in questo terzo giudizio di merito consiste nell'effettuare una nuova valutazione dell'elemento psicologico degli imputati per accertare, in modo completo e servendosi di tutti gli elementi probatori, se effettivamente sussista il dolo in forma eventuale – così come affermato precedentemente – o se in realtà sia ravvisabile unicamente un dolo dell'evento lesivo minore. La Corte d'Assise d'Appello, che ha accolto la medesima concezione di dolo eventuale affermata dalla Corte di Cassazione nella precedente sentenza e dalle SS.UU. nel caso ThyssenKrupp, ha a tal riguardo affermato che: << il profilo psichico del *dolus eventualis* non è sostenibile, perché non adeguatamente provato da nessuna delle risultanze istruttorie e dibattimentali disponibili: non dalle (molto evocate ma poco

³¹ C. PAGELLA, *Si chiude il "Caso Santa Rita": La Corte d'Assise d'Appello di Milano esclude il dolo d'omicidio.*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>, 2019.

³² È stata omessa infatti la valutazione di elementi quali: a) le pregresse esperienze professionali dei chirurghi imputati, in base alle quali poteva essere valutata la possibile convinzione degli stessi di essere in grado a controllare il rischio degli interventi; b) il comportamento degli stessi contestuale o successivo al trattamento chirurgico; c) le conseguenze negative, prevedibili *ex ante*, che i chirurghi avrebbero potuto subire da un punto di vista professionale in seguito agli interventi.

scrutinate) intercettazioni telefoniche, del resto intervenute anni dopo, dove l'indicazione chirurgica (in generale e non di questi casi in particolare) viene anzi rivendicata con forza; non dal raffronto delle consulenze tecniche o dal contraddittorio dichiarativo dei consulenti di parte e, men che meno, dalle dichiarazioni rese (da medici e, dunque, tecnici) dagli stessi imputati>>.³³ Per poter esprimere un giudizio in merito allo stato psichico degli imputati al momento dell'esplicazione della condotta, il giudice deve necessariamente prendere in considerazione i fatti, di cui viene data una nuova interpretazione per certi versi completamente contrapposta rispetto a quella del primo giudice di merito.

Ad esempio i giudici di secondo grado hanno deciso di non dare un'importanza spropositata alle intercettazioni telefoniche, ritenendo anzi che proprio attraverso alcune conversazioni si potesse dedurre che gli imputati non ritenessero – dal loro punto di vista – di eseguire interventi inutili e che non fossero consapevoli di procedere in assenza di indicazione chirurgica nei quattro interventi considerati. Da alcune conversazioni è risultato altresì evidente che l'imputato principale Brega Massone fosse un uomo caratterizzato da una spropositata ed inopportuna espressa fiducia nelle proprie capacità, da cui si può ritenere che ne fosse conseguita, al contrario di quanto affermato nei previ giudizi, una mancata previsione ex ante della morte dei pazienti per via degli interventi eseguiti. Sulla base dunque di un'attenta analisi la Corte d'Assise d'Appello è giunta ad escludere il dolo omicidiario in generale e più nello specifico nella forma di dolo eventuale. In merito all'attività posta in essere da un medico la Corte ha affermato che: <<Se da un lato, anche il più cinicamente egoista è sempre in grado in linea di principio di rappresentarsi come evenienza possibile il verificarsi di un evento clinicamente infausto [...] dall'altro il suo operare – nel caso in cui l'esito infausto coincida con il decesso del paziente – manca, pressoché sempre, di una "concreta adesione psichica all'accadimento dell'evento-morte". Difetta cioè, pressoché sempre, quell'imprescindibile elemento volontaristico, vale a dire quello che secolare semantica definisce l'animus necandi, anche avendo riferimento al coefficiente soggettivo più attenuato del dolo eventuale. E ciò a ben riflettere per ragione di intuitiva evidenza: manca la convenienza perché gli interessi in bilanciamento non sono conflittuali>>. Tale passaggio della Corte è il risultato di un ipotetico giudizio di bilanciamento tra i vantaggi economici perseguibili dagli interventi ed il "prevedibile" evento morte dei pazienti, che è stato ritenuto necessario per poter effettuare un'analisi completa della reale intenzione dei soggetti agenti. Bisognava infatti considerare che compiere degli interventi che consapevolmente o addirittura intenzionalmente avrebbero comportato il decesso dei pazienti avrebbe

³³ C. Ass. App., Sez. II, 15 gennaio 2019 (ud. 19 ottobre 2018) n. 37, Brega Massone e altri.

arretrato un danno molto rilevante sia da un punto di vista professionale sia economico. Infatti la Corte ha altresì evidenziato che: <<Persino quando, in via d'ipotesi, l'esercizio dell'attività sanitaria sia sorretto solo da narcisismo e/o protagonismo esibizionista ovvero spregiudicatezza nella sperimentazione scientifica, oppure sete di guadagno o altre spinte emotive ancora, tutte estranee all'esclusivo interesse del malato, comunque e in ogni caso la morte del paziente è sempre, per il medico, un fallimento professionale prima che umano, destinato – soprattutto se sfrontatamente ripetuto – a soverchiare, vanificandolo, l'obiettivo egoistico perseguito>>. Seguendo tale argomentazione non può non mettersi in dubbio il requisito della rappresentazione, ma soprattutto quello della volizione. In conclusione la decisione della Corte è stata di riqualificare il reato a titolo di omicidio preterintenzionale, giungendo dunque ad escludere definitivamente il dolo di omicidio, incompatibile con la fattispecie di cui all'art. 584 c.p. La pena dell'imputato principale è stata rideterminata sulla base della nuova qualificazione del reato in anni quindici di reclusione.

5. Considerazioni conclusive.

A tal punto, attraverso il quadro completo della casistica giurisprudenziale in tema di omicidio preterintenzionale e attività medico-chirurgica, è possibile effettuare delle osservazioni conclusive. Il motivo per cui è stato reso possibile applicare la norma di cui all'art. 584 c.p. alla condotta del medico è ravvisabile nel fatto che, in modo estremamente rigoroso, non si riusciva a superare l'idea che da un trattamento chirurgico derivasse oggettivamente una lesione personale per il paziente (intesa in senso giuridico), indipendentemente dall'esito fausto o infausto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 582 c.p.

Al contempo si ritiene inevitabile evidenziare alcune incongruenze di tale ragionamento, considerando innanzitutto quanto sia difficile immaginare che la condotta di un medico, animato da finalità terapeutiche, possa essere considerata offensiva alla stregua della condotta di un soggetto mosso unicamente dalla volontà di percuotere o cagionare una lesione ad un altro essere umano. Infatti un presupposto che talvolta viene trascurato è che un medico svolge un'attività volta a salvaguardare ed assistere coloro i quali presentano delle problematiche inerenti alla salute, diritto costituzionalmente garantito. Pertanto scegliere di applicare la medesima norma – posta all'interno del Libro secondo del codice penale, Titolo dodicesimo, per tutelare il bene primario vita ed il bene dell'incolumità individuale – a due comportamenti sorretti da un atteggiamento psicologico completamente diverso, risulta non completamente condivisibile. In seguito infatti alle prime pronunce in cui si affermava tale visione, con la sentenza Volterrani si è giunti all'affermazione di un principio fondamentale, ossia dell'intrinseca liceità dell'attività medico-chirurgica caratterizzata dallo scopo

terapeutico. In questo modo non era più possibile applicare la fattispecie di omicidio preterintenzionale al trattamento chirurgico eseguito dal medico, anche in assenza di consenso informato da parte del paziente, eccetto che per i casi in cui quest'ultimo avesse manifestato in modo chiaro e valido il proprio dissenso al trattamento eseguito.

Il caso Brega Massone ricopre un ruolo fondamentale in tale analisi poiché dimostra come l'attività di un chirurgo, ove non sia sorretta dall'intenzione di tentare di assicurare un beneficio per la salute del paziente, possa per converso provocare una lesione personale e nel caso in cui da essa ne derivi la morte configurare il reato di omicidio preterintenzionale. Un'attività chirurgica sorretta da scopi personali, di lucro e mere aspirazioni di incrementare la propria fama professionale, è incompatibile con la finalità terapeutica che caratterizza da sempre l'attività del medico, ma allo stesso tempo non può ritenersi una manifestazione della chiara adesione psicologica alla verifica dell'evento infausto dell'intervento stesso, ovvero della volizione dell'evento sotto la forma del dolo eventuale. Pertanto ad oggi si può statuire che la fattispecie di omicidio preterintenzionale, caratterizzata dal dolo di lesioni personali o percosse – che tuttavia non consideriamo nel caso della condotta di un medico – sia incompatibile e sempre da escludere nel caso in cui si tratti di un trattamento sanitario, seppur arbitrario, ma caratterizzato da finalità terapeutiche.

Nel caso in cui tale scopo manchi e sia dimostrata la sussistenza del dolo di lesioni personali, ovvero che si volevano gli esiti fausti o infausti dell'intervento eseguito ma non la morte, sarà applicabile la fattispecie di omicidio preterintenzionale.