

L'evoluzione del concetto di malattia e l'art. 582 del codice penale italiano

Michele Ubertone*

THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF ILLNESS AND ART. 582 OF THE ITALIAN CRIMINAL CODE

ABSTRACT: The fact-law dichotomy rule in legal systems has both an epistemological and a moral value. However, its meaning can be highly ambiguous. What, in the construction of key concepts guiding our lives is a matter of legislative discretion, and therefore of legal interpretation, and what is a matter of brute fact, and therefore of scientific investigation? In particular, how does the dichotomy work in the domain of health? How should we interpret laws and statutes when they use terms like “disease”, “pathological”, “healthy environment”, “risk for public health” etc.? There is obviously a social and teleological element within the notion of health, but the legal acceptance of an excessively individualistic reading of it, instead of fostering the right to therapeutic autonomy, might result in a dangerous form of medical and pharmaceutical *laissez-faire* and in a clash with widely accepted values, such as consumer protection and the conception of the right to health as an inalienable right. On the other hand, if the inherent teleology of the concept is not filled with meaning, even the option for State paternalism is left without a precise content. This has emerged as a central issue in contemporary society. In the last decades, there has been a substantial expansion in industry-sponsored biomedical research, which has helped the diagnosis and treatment of a great number of human diseases, but at the same time has caused concerns about the independence of researches. Industry’s potential steering effects on the clinical literature have been denounced, while medical progress has blurred the line between “cure” and “human enhancement”. This poses the problem of how different conceptual frameworks in medical research should be evaluated from a legal point of view. This article attempts to analyse this problem in relation to Italian criminal law, and in particular Article 582 of the Italian Criminal Code.

KEYWORDS: physical integrity; right to health; legal paternalism; definition of illness; criminal law

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L’anima positivista dell’art. 582 c.p. – 3. La malattia come alterazione – 4. Lesioni e consenso dell’avente diritto – 5. Esiste una funzione “naturale” dell’essere umano? – 6. Conclusioni.

* *Dottore in Giurisprudenza, Università di Bologna.*

1. Introduzione

In questo articolo, si vogliono brevemente mettere in luce le difficoltà interpretative relative alla tutela penale della salute e dell'integrità fisica in considerazione della dimensione relativa e soggettiva del concetto di malattia. I confini concettuali della nozione di malattia sono sfumati, specie nel tempo presente in cui, come è stato da più parti notato¹, si assiste a una medicalizzazione di condizioni non tradizionalmente considerate patologiche. Questo fenomeno non può non interessare anche l'interprete del diritto penale. La nozione di malattia infatti trova applicazione in ambito penale in molti settori diversi: dalla disciplina dei farmaci e stupefacenti a quella della fecondazione assistita, dalle norme in tema di aborto a quelle relative al trattamento sanitario obbligatorio, per non parlare del tema della malattia intesa come causa di non imputabilità. Si tratta dunque di un tema potenzialmente molto vasto. Questo breve lavoro prenderà in esame soltanto le elaborazioni compiute da dottrina e giurisprudenza italiane sulla nozione di malattia quale evento naturalistico nel reato di lesioni di cui all'art. 582 c.p. e quella, correlata, di integrità fisica quale limite alla disponibilità del proprio corpo ai sensi dell'art. 5 del c.c.

Il combinato disposto di queste due norme costituisce uno dei più espliciti limiti all'autodeterminazione individuale contenuti nel nostro ordinamento. Da esse è desumibile una chiara intenzione del legislatore di proteggere la salute del cittadino, se necessario, anche contro la volontà del cittadino stesso.

Si evidenzierà come i concetti di fisiologico e patologico, pur potendo apparire dati scientifici oggettivi ed empiricamente individuabili, si prestino in realtà a molteplici interpretazioni culturali, etiche e politiche, come testimoniano la storia e la filosofia della medicina. L'accertamento della presenza o meno di una malattia nel corpo o nella mente di un individuo, secondo la dizione dell'art. 582 c.p., postula infatti la soluzione di un previo giudizio circa che cosa debba o no considerarsi una condizione corporale o mentale desiderabile. Tale giudizio a sua volta non può essere risolto se non si chiarisce secondo *chi* e secondo quali *criteri* una condizione corporale deve essere non desiderabile per considerarla malattia e lesione agli effetti penali.

¹ Interessanti riflessioni su questo fenomeno sociale, il tema del cosiddetto "disease mongering", (sul quale v. R. MOYNIHAN, H. IONA, H. DAVID, *Selling sickness: the pharmaceutical industry and disease mongering*, in *British Medical Journal*, 324, 2002, 886-890) si ritrovano nel *report* del Parlamento britannico sull'influenza dell'industria farmaceutica sulla società inglese: «The belief that every problem may be solved with medication seems particularly relevant in the context of antidepressants. While we readily accept that antidepressants can be effective medicines and have been successfully used by many patients, it is also clear that SSRIs, in particular, have been over-prescribed to individuals, often with mild forms of depression, who may be distressed by difficult life circumstances. Unhappiness is part of the spectrum of human experience, not a medical condition» (House of Commons Health Committee, 2005, p. 100). Per un contributo molto influente ed estremamente polemico in materia di "medicalizzazione" v. I. ILLICH, *Medical Nemesis. The Expropriation of Health*, New York: Pantheon, 1976.

2. L'anima positivista dell'art. 582 c.p.

Si riteneva all'epoca della promulgazione del codice Rocco che il bene protetto dall'art. 582 fosse l'interesse dello Stato alla sicurezza e integrità fisica e fisiopsichica della persona². Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il bene protetto è stato riletto come un diritto dell'individuo (anche se, almeno in una certa misura, indisponibile da parte del suo titolare) e non più come mera pretesa dello Stato. Da sempre, ad ogni modo si ritiene che l'interesse all'integrità fisica protetto dalla norma, sia esso del singolo o della collettività, consista nella protezione dell'individuo da aggressioni esterne e non da atti propri³ e nella protezione dell'individuo singolo piuttosto che dell'incolumità collettiva, che è invece tutelata dagli artt. 422 ss. c.p.⁴.

Il reato si perfeziona laddove il soggetto attivo cagioni nel soggetto passivo una lesione da cui derivi una malattia del corpo o della mente. Si tratta di un illecito di danno, a forma libera, e caratterizzato dall'evento naturalistico da cui prende il nome, ossia l'evento lesione, ridefinito o comunque ambigualmente qualificato dalla nozione di malattia.

L'espressione «*cagionare una lesione da cui deriva una malattia del corpo e della mente*» sembrerebbe in realtà indicare l'esistenza di due eventi naturalistici collegati, la lesione e la malattia, ma la tesi più accreditata è che il legislatore si serva di una sorta di endiadi. Secondo l'opinione di Mantovani⁵ si tratterebbe di un infelice compromesso tra la conservazione del tradizionale *nomen iuris* all'interno della fattispecie e il tentativo di fornirne una definizione più precisa, qualificando la lesione appunto in termini di malattia⁶.

Pertanto sembra legittimo parafrasare la norma dicendo che la condotta incriminata consiste nel *cagionare*, al soggetto passivo, *una malattia del corpo o della mente*⁷. Questa parafrasi consente di individuare nella nozione di malattia il nucleo fondante della fattispecie: comprendere che cosa distingue il reato di lesioni da condotte lecite o da altri reati come le percosse o l'omicidio, dunque, significa essenzialmente comprendere che cosa debba intendersi per malattia.

² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. VIII, Torino, 1937, 160.

³ *Ibidem*

⁴ L. MAIELLO, voce *Vita e incolumità individuale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, 982.

⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 1: Delitti contro la persona*, 2° ed., Padova, 2005, 220 ss., ma essenzialmente nello stesso senso v. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale I*, 15° ed. (a cura di C.F. GROSSO), Milano, 2008, 77 e G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale, Vol. II, tomo primo. I delitti contro la persona*, 2° ed., Bologna, 2007, 54.

⁶ Di diverso avviso sono Baima Bollone e Zagrebelsky (P. BAIMA BOLLONE, V. ZAGREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975, 15) secondo i quali l'articolo andrebbe interpretato letteralmente: la lesione andrebbe intesa come l'alterazione di carattere morfologico, eventualmente non percepibile visivamente, che precede causalmente la malattia. L'accertamento del reato pertanto consisterebbe nell'accertamento di una condotta, due eventi (la lesione e la malattia) e due nessi causali (quello tra condotta e lesione, e quello tra lesione e malattia).

⁷ L'art. 59, primo comma, lett. f) del progetto Pagliaro di riforma al codice penale prevede appunto che siano riformulati i reati di lesioni colpose e dolose «incentrando le relative fattispecie sulla condotta del cagionare una malattia nel corpo o nella mente», eliminando cioè l'attuale sdoppiamento, apparente o effettivo che sia, dell'evento naturalistico.

È escluso dunque che la lesione in senso giuridico possa essere fatta coincidere con ciò che la parola evoca nel linguaggio comune, ossia solo una rottura di tessuti. È assodato per esempio che il reato possa essere anche integrato da ipotesi di contagio⁸.

La scelta legislativa di porre alla base della fattispecie non una nozione tradizionalmente giuridica come quella di *danno*, come invece faceva il codice Zanardelli, bensì una parola tratta dal campo lessicale della medicina, sembra tradire una precisa impostazione ideologica di stampo positivista. Rispetto alla formulazione del vecchio codice, nel codice Rocco emerge la volontà del legislatore di selezionare un tipo specifico di manomissione del corpo, la cui specialità deve essere colta alla luce della scienza medica o della biologia⁹. In definitiva, infatti, è alla scienza che fiduciosamente si assegna il compito di definire in modo chiaro e obiettivo i confini concettuali della condotta incriminata. Questa ipotesi è avvalorata dalla lettura dei lavori preparatori al codice. Nella Relazione al progetto definitivo del codice penale (II, 379) si legge: «malattia è indistintamente qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali». È evidente in questa definizione che l'accento è posto non sulla protezione di un determinato valore, interesse o principio giuridico, ma piuttosto sull'accertamento scientifico di una serie di dati clinici. Lo spazio per l'interpretazione giuridica risulta estremamente ridotto dalla centralità del dato scientifico nella descrizione del fatto tipico: pare ovvio infatti che spetti al medico accertare l'evento, se *accertare l'evento* significa *diagnosticare* uno stato patologico del soggetto passivo; e il giudice, parrebbe doversi desumere, non potrà fare altro che inchinarsi al cospetto della verità scientifica.

Questa scelta del legislatore, o comunque questa interpretazione dell'intento legislativo, appare positivista sia nel senso del positivismo scientifico ottocentesco sia nel senso del positivismo giuridico¹⁰. Da un lato infatti, si manifesta fiducia nei confronti della scienza medica, sottintendendo, con l'uso di una parola, il ruolo centrale che avrà lo scienziato nel processo; dall'altro, sembra che si vo-

⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 54; L. CORNACCHIA, *Delitti contro l'incolumità individuale* in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, 382.

⁹ Nel senso che quella del nuovo codice sia essenzialmente un'innovazione nel senso della limitazione del penalmente rilevante v. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p.79, il quale osserva: «[d]al fatto che il nostro codice ravvisa l'elemento caratteristico della lesione personale nel cagionare una malattia, discende che non rientrano nella figura criminosa alcune forme di maltrattamento corporeo, come, ad es., il taglio della barba e dei capelli, il procurare una grave ubriacatura, ecc.». E aggiunge poi in nota (nota n. 66): «[è] questo un difetto del codice attuale, difetto che non si riscontrava nel codice Zanardelli, il quale non parlava di malattia, ma genericamente di "danno nel corpo e nella salute" e di "perturbazione di mente». Attualmente la rapatura di una giovane donna – rapatura che costituisce un danno molto più grave di una percossa e di varie lesioni personali – non rientra nello schema del reato di cui ci stiamo occupando. Pertanto, quando non sia ravvisabile il delitto di violenza privata (art. 610), bisogna fare delle acrobazie logiche e scorgervi... una ingiuria!».

¹⁰ In realtà, a rigore, secondo l'accezione più comune dell'espressione, le scelte del legislatore non possono essere definite giuspositivistiche, essendo il giuspositivismo un orientamento che si assume in relazione al problema dell'interpretazione della norma, non in relazione quello relativo alle possibili tecniche di scrittura delle disposizioni. L'espressione viene però qui utilizzata per indicare che il legislatore presumibilmente formula la fattispecie riferendosi al concetto di malattia sul presupposto di dover consentire all'interprete di decidere fondandosi su un accertamento oggettivo non discrezionale, e quindi sull'ulteriore presupposto della validità della cd. *separability thesis* (sulla *separability thesis* come postulato base del giuspositivismo v. H. L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 71, 4, 1958, 601, il quale la definisce come «the contention that there is no necessary connection between law and morals or law as it is and ought to be»).

glia incentivare un approccio formale, meccanico e non teleologico nei confronti della norma, che riduca al minimo il ruolo ermeneutico degli avvocati e dei giudici.

Se è corretto leggere nella formulazione del reato la volontà di portare, per così dire, la diagnosi medica in tribunale, ci si potrà interrogare sull'origine storica e il fine ultimo di questa opzione normativa. Dal punto di vista storico, il perché della scelta può essere spiegato con l'influsso che ebbero gli esponenti della Scuola Positiva nella stesura del codice Rocco¹¹; dal punto di vista razionale, il fine ultimo è a ben vedere quello, estremamente meritorio, di rispettare al meglio alcuni valori fondanti del garantismo penale. Da un lato, infatti il principio di materialità esige che sia oggetto di criminalizzazione una condotta obiettivamente accertabile, con conseguenze fisiche sul mondo esterno. In quest'ottica, è quindi altamente desiderabile che il legislatore formuli le fattispecie incriminatrici servendosi di parole che si riferiscono a fatti suscettibili di accertamento scientifico. Dall'altro, i principi di stretta legalità e non retroattività impongono che il fatto tipico sia predefinito dal legislatore in modo chiaro e comprensibile, affinché il ruolo del giudice interprete non trasmodi in quello di un legislatore retroattivo. Perché questo sia possibile, è necessario l'uso di un linguaggio preciso e tendenzialmente valutativo, e si ritiene che il linguaggio scientifico possieda entrambe queste caratteristiche.

Come vedremo, la scelta del legislatore di astenersi dal fornire una definizione giuspenalistica autonoma del concetto di lesione ha avuto conseguenze molto diverse da quelle presumibilmente sperate. Invece di limitare la discrezionalità giudiziale attraverso un riferimento sicuro e saldo al dato scientifico, il riferimento alla "malattia" sembra aver incentivato l'estro interpretativo dei giudici.

3. La malattia come alterazione

Sulla natura dell'evento malattia, in giurisprudenza e in dottrina si sono delineate due diverse posizioni.

¹¹ La Scuola Positiva, come è noto tra i penalisti, è un movimento di pensiero sviluppatosi in Italia negli ultimi trent'anni dell'Ottocento, fortemente ispirato agli ideali della filosofia positivista, e caratterizzato da una particolare fiducia nei confronti del metodo scientifico e della sua applicabilità alle scienze giuridiche. In particolare, gli esponenti della Scuola credevano che il progresso del diritto penale dovesse necessariamente passare per una sua riscrittura alla luce della scienza, in particolare, appunto, della scienza medica. Secondo costoro, oggetto di accertamento medico avrebbe dovuto essere ancor prima della vittima di reato contro la persona, l'autore del reato (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Bologna, 2008, XXIV). Essi partivano infatti dal postulato della inesistenza del libero arbitrio e conseguentemente della colpa morale per pervenire a una sorta di medicalizzazione dell'intero sistema penale, ove il reato stesso veniva considerato una malattia sociale e la pena come una sorta di terapia nei confronti del malato-delinquente. Scrive uno dei principali esponenti della Scuola, Enrico Ferri (in E. FERRI, *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *Scuola Positiva*, Milano, 1929, 12) illustrando il suo progetto di codice penale: «Il progetto elimina qualsiasi differenza tra le pene e quelle così dette misure di sicurezza, che negli ultimi anni furono disciplinate o in leggi speciali (contro i delinquenti abituali, i pazzi, etc.), o nei più recenti progetti del Codice Penale. Evidentemente, come già fu sostenuto dalla dottrina positivista, esclusa ogni pretesa di retribuzione della colpa morale del delitto, le misure di sicurezza hanno la stessa funzione e natura delle pene. Ed anzi con la loro assimilazione al novero delle sanzioni repressive, non solo si toglie l'empirico ed illogico espediente di far scontare al delinquente pericoloso una quantità fissa di pena, per poi trattenerlo a tempo indeterminato per misura di sicurezza, ma si sottraggono poi le così dette misure di sicurezza all'arbitrio del potere amministrativo per sottoporle alle garanzie giurisdizionali come qualsiasi altra forma di sanzione».

La giurisprudenza di Cassazione ha tradizionalmente accettato la definizione sopra citata fornita dai lavori preparatori, ma l'ha solitamente qualificata affermando che, ai fini della sussistenza del delitto di lesioni personali, costituisce malattia soltanto un'alterazione, *anatomica o funzionale, che importi un processo di reintegrazione sia pure di breve durata* (Cass. sez. I, 11 giugno 1985, n. 7388; sez. V, 2 febbraio 1984, n. 5258; sez. I, 11 ottobre 1976, n. 29004)¹², un'espressione che sembra quasi paradossalmente negare lo *status* di patologia ad alterazioni irreversibili o in progressivo peggioramento: la tendenza del corpo alla guarigione viene assunta come parametro oggettivo di massima per l'individuazione di ciò che deve intendersi per malattia.

Una seconda posizione prevale invece nella dottrina e fa riferimento ad una nozione di malattia che si suppone accreditata dalla scienza medica ossia quella di «processo patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso, che determina una apprezzabile menomazione funzionale»¹³. Questa seconda definizione è diversa dalla precedente sotto due profili. Il primo profilo è il fatto che la malattia non debba intendersi come condizione statica suscettibile di guarigione ma piuttosto essa stessa come processo dinamico. Di questo avviso era anche Manzini¹⁴, che definiva malattia agli effetti penali «ogni processo patologico che richiede cura, riguardo o custodia». Il secondo profilo attiene al tipo di menomazione, che deve necessariamente riguardare anche le *funzioni* del corpo, non unicamente la sua conformazione anatomica: le ecchimosi, secondo questa definizione, non possono essere considerate malattia, in quanto, pur costituendo una forma di alterazione anatomica (benché transitoria e circoscritta), non si ritiene comportino una menomazione funzionale.

A questa seconda definizione, negli ultimi anni ha cominciato ad aderire anche la Cassazione. Una recente pronuncia¹⁵ così descrive l'attuale orientamento: «Nonostante non infrequenti oscillazioni (Sez. V, 19/1/2010, in CED Cass. Rv. 46158, la quale ha preso in considerazione l'alterazione cutanea da contatto con sostanza urticante; si veda pure, sempre della stessa sezione, la sentenza n. 43763 del 29/9/2010, a proposito di escoriazioni), l'orientamento giurisprudenziale che prevale da ultimo, più in sintonia con la dominante dottrina, richiede, perché si configuri stato di malattia, una perturbazione funzionale di tipo dinamico che, quindi, dopo un certo tempo, conduca alla guarigione, alla stabilizzazione in una nuova situazione di benessere fisico degradato o alla morte, con la conseguen-

¹² È stata dunque considerata malattia la lesione cutanea consistente in un taglio all'avambraccio guaribile in tre giorni, in quanto anche una modesta soluzione di continuo dell'epidermide, con soffiatura ematica, non può non comportare una sia pur minima, ma comunque apprezzabile compromissione locale della funzione propria dell'epidermide che non è solo quella di carattere estetico sensoriale ma anche e soprattutto quella di protezione dell'intero organismo, in ogni sua parte, da contatti potenzialmente nocivi con agenti esterni di qualsivoglia natura (Cass., sez. V, 16 marzo 2010, n. 16271), gli ematomi (Cass., sez. V, 5 dicembre 2008, n. 2081) e le ecchimosi (Cass., sez. IV, 19 dicembre 2005, n. 2433), il trauma contusivo che determina una sia pure limitata alterazione funzionale dell'organismo (Cass., sez. VI, 13 gennaio 2010, n. 10986), le lesioni provocate da sostanza urticante (Cass., sez. V, 19 gennaio 2010, n. 6371), la contusione escoriata (Cass., sez. I, 31 gennaio 1972; Cass., sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7422), la cervicoalgia purché provochi una alterazione funzionale (Cass., sez. II, 12 marzo 2008, n. 15420).

¹³ F. ANTOLISEI, *op.cit.*, 79; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 55.

¹⁴ V. MANZINI, *op. cit.*, 194.

¹⁵ Cass. sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 47265.

za che alterazioni anatomiche alle quali non si associ un'apprezzabile riduzione della funzionalità non possono considerarsi malattia»¹⁶.

È dunque richiesto il concorso di due elementi:

- 1) «una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica»;
- 2) «un fatto morboso in evoluzione a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte»¹⁷.

Anche in questa seconda definizione resta comunque il riferimento ad uno stato normale del corpo umano, e una concezione della malattia che come nella definizione precedente coincide con la mera alterazione di questo stato iniziale.

Il fatto che la lesione sia, nella definizione accettata dalla Cassazione, insita in qualsiasi *alterazione* dello *status quo* corporale pare presupporre che l'uomo sia una sorta di somma perfetta e statica di attributi anatomici e funzioni sempre naturalmente immutati la cui modificazione non può che tradursi in una diminuzione di salute.

Il dato problematico di questo assunto è che sembra far coincidere la malattia con qualsiasi *manomissione artificiale* di un ipotetico stato *naturale* di partenza del corpo umano, ma ciò è estremamente discutibile per una serie di ragioni. Anzitutto, perché il confine tra natura umana e artificio umano è sempre labile (quando mangiamo stiamo alterando artificialmente la nostra natura o forse la alteriamo digiunando?), inoltre perché la malattia è cosa di per sé naturale tanto quanto la salute, mentre si ritiene che la salute possa essere notevolmente incrementata da interventi artificiali, come l'esistenza e l'utilità della medicina dimostrano.

Come si è visto, si è passati in giurisprudenza da una concezione statica della malattia a una concezione dinamica, e da una concezione anatomico-funzionale a una concezione unicamente funzionale della malattia. Nonostante questa evoluzione, sia nell'impostazione tradizionale sia a ben vedere in quella più recente, non si è mai abbandonata l'idea di lesione come mera alterazione dello stato normale, e con essa, come vedremo, quella che la storia della medicina ha chiamato una concezione *naturalista* della malattia, che, applicata al diritto penale, finisce per criminalizzare paradossalmente anche l'intervento teso alla cura del corpo umano.

La Cassazione, continuando a considerare *malattia* agli effetti dell'art. 582 c.p. ogni alterazione corporale compiuta da un medico sul paziente, ritiene molti aspetti delle professioni sanitarie astratta-

¹⁶ Sez. IV, 14/11/1996, in Cass. Pen., 1998, 481; Sez. V, 15/10/1998, Cass. Pen., 2000, 384.

¹⁷ Su tale aspetto insiste anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 78), secondo il quale «la malattia per sua natura non è uno stato, bensì un processo patologico cioè una successione di fenomeni, che importa, a breve o lunga scadenza, un esito, il quale può essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita, oppure la morte. Ne deriva che esistono alterazioni anatomiche che non possono considerarsi malattie in quanto non consistono in processi, ma in stati morbosi, come l'anchilosi, l'accorciamento di un arto, la diminuzione del potere visivo o volitivo, ecc.». C'è da dubitare però che davvero l'Autore intenda dire con ciò che l'induzione di uno stato patologico quale per esempio la permanente diminuzione della vista possa considerarsi condotta penalmente lecita (d'altro canto, il codice definisce le lesioni gravissime appunto come quelle che determinano una malattia permanente). Presumibilmente, si vuole solo mettere in luce che sotto il profilo dogmatico l'evento del reato di lesioni non deve considerarsi istantaneo, ma dinamico e il suo accertamento dovrà evidenziare l'evoluzione della patologia, non semplicemente la condizione statica che ne costituisce l'esito finale.

mente sussumibili nel reato di lesioni. Il fondamento della liceità viene di volta in volta riconosciuto in varie scriminanti: il consenso dell'avente diritto, o più raramente lo stato di necessità o l'esercizio di un dovere, mentre, tra varie teorie, assolutamente minoritaria è la tesi della atipicità del fatto, ossia la tesi che nega che la cura efficace possa considerarsi lesione, sia pure in termini astratti.

La definizione più recente tenta di limitare la punibilità a titolo di lesione restringendo il concetto di malattia alle sole menomazioni funzionali, ma il concetto di funzione invocato è ancora di tipo naturalistico. Viene ancora implicitamente accettato che esista un novero di *funzioni naturali* dell'uomo sano riconoscibili sul piano oggettivo, indipendentemente cioè dalle aspettative umane su che cosa un corpo e una mente dovrebbero essere e su come dovrebbero funzionare.

4. Lesioni e consenso dell'avente diritto

Secondo un costante orientamento della Corte di Cassazione, le lesioni volontarie possono essere scriminate ex art. 50 c.p. dal consenso dell'avente diritto¹⁸. Ciò non significa però che il consenso abbia sempre effetto scriminante. Questo perché l'art. 50 c.p. prevede che tale effetto si produca solo qualora il diritto del soggetto passivo consenziente sia disponibile, e il grado di disponibilità del diritto all'integrità fisica è notoriamente controverso.

Certamente, un legittimo atto di disposizione di tale diritto è individuato direttamente dall'art. 32 Cost. e consiste nel rifiuto di trattamenti sanitari indesiderati (e non obbligatori per legge): pertanto la condotta omissiva del medico in posizione di garanzia che arrechi lesioni astenendosi dal compiere un trattamento sanitario rifiutato dal paziente è senz'altro scriminata. Ciò è previsto, oltre che nella Costituzione, esplicitamente dall'art. 32 e implicitamente dall'art. 13, anche dal codice di deontologia medica (art. 31), dalla legge ordinaria (art. 33, l. 833/1978) e da norme di diritto internazionale pattizio (in particolare, artt. 2 e 5 Convenzione di Oviedo), ed è quindi universalmente concepito come un principio di civiltà giuridica.

Perché tale principio sia applicabile sono però necessarie due condizioni: 1) la natura omissiva dell'illecito scriminato, 2) che il trattamento giuridicamente dovuto su cui si fonda la posizione di garanzia (e quindi la configurabilità astratta del reato omissivo) possa considerarsi un trattamento medico¹⁹.

Il principio di cui all'art. 32, secondo comma Cost., nell'interpretazione dominante, non coincide pertanto con un pieno diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma solo con una sorta di *habeas corpus* clinico. La norma infatti fonda un diritto di *vietare* prestazioni terapeutiche ai medici curanti, ma non un diritto di *pretendere* né tantomeno un diritto di *legittimare o consentire su di sé* trattamenti eventualmente vietati perché considerati lesivi della salute. In sostanza, ancora una volta la tutela della salute sembra intesa più come preservazione dello *status quo* corporale piuttosto che come tutela anche positiva del benessere fisico della persona.

¹⁸ È invece dibattuta in dottrina, e generalmente negata dalla giurisprudenza, la compatibilità della scriminante del consenso con la fattispecie colposa.

¹⁹ A lungo si è dibattuto, in relazione al celebre caso Englaro, sulla natura di trattamento medico delle tecniche di alimentazione delle persone in coma: rientra nel diritto di rifiuto trattamenti medici previsto dall'art. 32 Cost. un diritto di rifiutare, con direttive anticipate, un'alimentazione forzata per il caso in cui si entri in coma?

Il diritto alla salute non viene concepito come diritto del cittadino ad avere cura del proprio corpo come meglio crede, non come un'espressione dell'autodeterminazione soggettiva; l'autodeterminazione viene tutelata ma solo come valore concorrente e potenzialmente antagonista rispetto a quello, ritenuto oggettivo e naturale, della salute stessa²⁰.

A conferma di questa interpretazione oggettiva è comunque ammesso, inoltre, che la legge preveda espressamente trattamenti sanitari che devono essere prestati indipendentemente dal consenso del paziente, purché, specifica l'ultimo periodo dell'art. 32 Cost., non siano violati «i limiti imposti dal rispetto della persona umana». L'espressione può apparire paradossale: quale limite più incisivo può essere imposto dal rispetto della persona se non il dissenso espresso della persona al trattamento sanitario? Ma il paradosso è sciolto se si assume che la salute sia nel lessico del Costituente appunto un valore oggettivo e naturale indipendente dalla volontà della persona, e che il «rispetto della persona» vada inteso come rispetto di questo valore, ancor prima che come rispetto della volontà dell'individuo.

Questa concezione della salute è tipica anche di un'altra norma del nostro ordinamento anch'essa rilevante in tema di lesioni e consenso dell'avente diritto: l'art. 5 c.c.. Tale articolo costituisce un fondamentale limite all'operatività del consenso scriminante qualora il fatto tipico della condotta di lesioni sia stato compiuto con una condotta commissiva. L'art. 5 vieta infatti che si possa validamente consentire a una lesione della propria integrità fisica qualora questa si traduca in una «diminuzione permanente» della stessa²¹ (oppure in una violazione di principi di buon costume o ordine co²²).

Ancora una volta emerge l'idea della salute come integrità, ossia come completezza naturale dell'uomo scientificamente accertabile, e conseguentemente della malattia come qualsiasi alterazione o rottura di questa originaria perfezione.

Sull'art. 5 c.c., esiste una vastissima letteratura²³ e ha conosciuto una travagliata storia interpretativa²⁴. Esso ha suscitato e suscita l'interesse di giuristi di ogni settore (costituzionalisti, civilisti, penali-

²⁰ Un'indicazione di segno parzialmente diverso viene dall'art. 34 del codice deontologico dei medici (rubricato "Autonomia del cittadino"), secondo il quale: «Il medico deve *attenersi*, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, *alla volontà di curarsi*, liberamente espressa dalla persona». In questo caso, la norma fonda un obbligo di attenersi alla volontà del paziente non solo intesa come rifiuto, ma anche come pretesa di determinate cure, obbligo che sembra dover implicare, come contraltare, un pieno diritto all'autodeterminazione terapeutica, non solo negativa ma anche positiva. D'altro canto, sia il riferimento all'indipendenza professionale, sia una lettura restrittiva del concetto di cura potrebbero indurre a considerare questo articolo comunque compatibile con una concezione paternalistica del rapporto medico-paziente.

²¹ La Cassazione inoltre esige, perché l'effetto scriminante si produca, che il consenso sia prestato nella piena consapevolezza delle conseguenze sull'integrità personale dell'atto lesivo e perduri nel corso dell'intera consumazione della condotta (Cass., sez. I, 16 giugno 1998, n. 9326); si ritiene pertanto che la volontà iniziale non possa scriminare la condotta qualora le conseguenze di questa non fossero preventivamente determinabili (Cass., sez. V, 6 novembre 1980, n. 57).

²² È quantomeno discutibile però che considerazioni di buon costume o ordine pubblico possano essere invocate quali unici fondamenti della punibilità a titolo di lesioni, in quanto l'intervento sanzionatorio interverrebbe a protezione di un bene giuridico diverso rispetto a quello specificamente protetto dalla norma penale.

²³ V. per un primo orientamento bibliografico aggiornato, S. Rossi, voce *Corpo (Atto di disposizione sul)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Appendice di aggiornamento VII*, Torino, 2012, 212 ss.; per una trattazione analitica e completa del cd. "governo del corpo" v. inoltre S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI,

sti, filosofi del diritto...) e ad esso si legano molte interessanti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. Il presente scritto non riguarda questa vasta letteratura (né il tema, altrettanto interessante e battuto, del paternalismo penale²⁵) se non per un singolo aspetto. Al di là della questione se sia lecito o no per lo Stato comportarsi in modo paternalistico, in ambito sanitario, e con quali limiti, e se la risposta a questa domanda cambi ove in gioco vi siano anche conseguenze penali, andrebbe approfondito il tema del contenuto di una qualsiasi protezione paternalistica della salute. La parola “salute” rinvia infatti a una teleologia biologica che si presuppone la scienza sia in grado di dipanare, quasi che nel corpo sia scientificamente accertabile un novero di fini naturali suscettibili di essere accertati in sede medica. Questa presupposizione però non è fondata, come si tenterà di evidenziare.

5. Esiste una funzione “naturale” dell’essere umano?

Nei paragrafi precedenti, si è tentato di mettere in luce come il diritto italiano vigente in materia di lesioni (o quantomeno buona parte del diritto vivente) faccia normalmente riferimento a una concezione dell’integrità fisica che ritiene di poter prescindere dai desideri o dalle aspirazioni soggettive dell’individuo, e che anzi viene presentata come un dato naturale scientificamente accertabile. Lo stesso uso della parola *integrità* è sintomatica di questo orientamento ideologico.

Quella che gli storici e i filosofi della medicina chiamano concezione naturalista, contrapposta alla concezione normativista, è la teoria che ritiene che «i concetti di salute e malattia s[ia]no privi di una intrinseca connotazione di valore»²⁶. Questa tesi non si limita a sostenere che diagnosticare una specifica malattia, supponiamo, il diabete, sia possibile indipendentemente da valutazioni di valore, ma afferma che la natura patologica del diabete sul piano concettuale possa essere determinata indipendentemente da tali valutazioni.

S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del Corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2012.

²⁴ L’interpretazione della norma è peraltro complicata dall’esistenza di molte normative speciali che sembrano derogare in vari modi al principio sancito nell’art. 5. Si pensi agli interventi di rettificazione sesso, ai trapianti di organi *inter vivos* e alla sterilizzazione volontaria. Nel caso dei trapianti d’organo fra viventi, per esempio, il limite all’autodisposizione viene ravvisato non tanto nell’integrità, quanto, verrebbe da dire, nello schema causale sottostante all’atto di disposizione sotto il profilo negoziale: la disposizione è lecita infatti solo se avviene a titolo gratuito e mai se avviene a titolo oneroso.

²⁵ Sul punto va ricordata l’opera di J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, in particolare il vol. II, *Harm to Self*, Oxford, 1986, che rappresenta il punto di riferimento fondamentale per una ricostruzione teorica del “legal paternalism” in prospettiva penalistica. Sul punto, v. anche D.N. HUSAK, 2005, *Legal Paternalism*, in H. LA-FOLLETTE, *Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford, 2005, nonché J.L. COLEMAN A. BUCHANAN (a cura di), *In Harm’s Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge, 1994; in ambito italiano, S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010 nonché i saggi su “paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario” pubblicati su *Criminalia* nel 2011, in particolare per una introduzione al tema A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223.

²⁶ Si veda G. FEDERSPIL, P. GIARRETTA, N. OPRANDI, *Salute e Malattia*, in A. PAGNINI (a cura di), *Filosofia della medicina. Epistemologia, ontologia, etica, diritto*, Roma, 2010, 53.

Secondo una tra le più recenti e più considerate formulazioni della tesi naturalista, quella di Boorse²⁷, la nozione di malattia può essere individuata in modo statistico facendo riferimento al concetto di *funzione normale* dell'organismo. Quest'ultimo non è secondo Boorse²⁸ un concetto valutativo, ma è un carattere, tipico della specie di appartenenza e selezionato dall'evoluzione, che contribuisce all'idoneità della specie stessa a riprodursi e sopravvivere. La tesi è stata aspramente criticata in ambito filosofico. Non è questa la sede per approfondire tali critiche²⁹, ma è sufficiente notare che, mentre il concetto di funzione adottato dalla teoria naturalista può essere in sé considerato avalutativo, la teoria naturalista una volta adottata in un contesto sociale normativo, specie se applicata al diritto, ha chiare conseguenze etiche e politiche³⁰. Se per lo scienziato considerare "malattia" qualsiasi ostacolo all'evoluzione può non comportare o presupporre alcuna presa di posizione etica, l'accettazione di una definizione di questo tipo nell'ambito del diritto coincide con una presa di posizione a favore dell'etica della sopravvivenza piuttosto che dell'etica del benessere.

Oggi le nuove tecnologie ci consentono di manipolare il corpo sia per incrementare la qualità della vita sia per aumentare le prospettive di sopravvivenza e riproduzione. La bioetica e il biodiritto sono discipline nate per affrontare i dilemmi posti da queste nuove potenzialità e inedite possibilità di scelta, che richiedono di ridefinire in modo più chiaro valori che tradizionalmente ricevono protezione giuridica, come la vita e la salute. Ora, è del tutto irragionevole pretendere di sottrarre al dibattito pubblico, etico, politico e giuridico, alcuni aspetti di questi problemi dicendo che la scienza ci impone di ritenere che la *funzione* dell'uomo sia quella di sopravvivere e riprodursi.

²⁷ Sul punto C. BOORSE, *On the Distinction between Disease and Illness*, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 5, No. 1, 1975, 57.

²⁸ C. BOORSE, *Health as a Theoretical Concept*, in *Philosophy of Science*, Vol. 44, No. 4, 1977, 542.

²⁹ Sulle quali v. per un primo orientamento D. MURPHY, voce *Concepts of Disease and Health*, in E.N. ZALTA (ed), *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2009 Edition, disponibile all'indirizzo internet <http://plato.stanford.edu/archives/sum2009/entries/health-disease> (ultima consultazione 01.05.2014).

³⁰ Sulle conseguenze normative di inquadramenti concettuali, nell'ambito della filosofia del diritto recente, v. ad esempio D. MURPHY, *Better See The Law This Way*, in *New York University Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2008, 1088. Si chiede Murphy, in relazione al classico dibattito Hart-Fuller sul concetto di "diritto": che importanza ha ostinarsi tanto su una parola, su una definizione? Non basterebbe constatare l'ambiguità del concetto, adottarne una definizione stipulativa e arbitraria, e tentare sulla base di quella di spiegare i propri punti di vista? Non è possibile che questo consenta di constatare la mancanza di un disaccordo effettivo? La cosa, egli nota, non è così semplice. Il diritto infatti esiste, in quanto è rappresentato linguisticamente, ed esiste nel modo e con le caratteristiche con le quali è rappresentato. D'altro canto, non è neppure una controversia puramente astratta che può prescindere dall'esistenza di tribunali, giudici, cancellieri che in nome della legge producono effetti pratici. Il fatto che la gente decida di classificare linguisticamente il diritto in un certo modo piuttosto che un altro influisce sulla natura del fenomeno descritto, non solo sull'apparato linguistico necessario per descriverlo. Hart e Fuller proporrebbero definizioni diverse di diritto perché pretenderebbero di far prevalere non solo concezioni, ma anche modelli di giuridicità diversi. Murphy nota come questo strano modo, concettuale, di argomentare non valga solo per le controversie giuridiche, ma anche per controversie etiche, politiche o accademiche. Parole come libertà, democrazia o eguaglianza (e forse potremmo aggiungere...salute) hanno un tale valore persuasivo sul piano retorico che ogni disputa etica che le coinvolge verrà impostata come una disputa di carattere concettuale. L'uomo di destra, che sostiene il valore della meritocrazia, dirà che la meritocrazia è vera eguaglianza; l'uomo di sinistra, viceversa, per sostenere il valore della solidarietà e della giustizia sociale, dirà che solo solidarietà o giustizia sociale sono vera eguaglianza. Allo stesso modo opinioni diverse su che cosa il concetto di salute sia corrispondono, nel dibattito pubblico, a ciò che il rapporto dell'uomo col proprio corpo e la propria mente *dovrebbe essere*.

Ciò perché c'è differenza tra dire che una caratteristica del corpo *di fatto* lo rende più idoneo alla sopravvivenza e dire che la *funzione* di quella caratteristica è quella di far sopravvivere il corpo. La nozione di funzione non è naturale, ma sociale. Essa infatti attiene ad una dimensione teleologica che non esiste *in rerum natura*³¹.

Il filosofo analitico John Searle, nel suo primo libro dedicato alla costruzione della realtà sociale, non a caso ha parlato anche del concetto di funzione biologica. Secondo Searle: «[F]unctions are never intrinsic to the physics of any phenomenon but are assigned from outside by conscious observers and users. Functions, in short are never intrinsic but are always observer-relative. We are blinded to this fact by the practice, especially in biology, of taking of functions as if they were intrinsic to nature. But except for those parts of nature that are conscious, nature knows nothing of functions. It is, for example, intrinsic to nature that the heart pumps blood, and causes it to course through the body. It is also an intrinsic fact of nature that the movement of the blood is related to a whole lot of other causal processes having to do with the survival of the organism. But when, in addition to saying "The heart pumps blood" we say "the *function* of the heart is to pump blood", we are doing something more than recording these intrinsic facts. We are situating these facts relative to a system of values, but the attribution of these values to nature independent of us is observer relative. Even when we discover a function in nature, as when we discovered the function of the heart, the discovery consists in the discovery of the causal processes together with the assignment of a teleology to those causal processes»³².

Ciò che la scienza scopre in natura, in altre parole, non è una funzione, bensì un collegamento tra cause ed effetti. Nella ricostruzione di Searle, il concetto di salute, per utilizzare la sua stessa terminologia, non è un fatto bruto ma un fatto sociale, prodotto della cd. intenzionalità collettiva³³. Ha scritto la Cassazione: «il concetto di malattia – e di tutela della salute – non può che ricevere una lettura "obiettiva", quale è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa»³⁴. Ma la scienza medica è in grado di per sé di risolvere un problema concettuale qual è quello della definizione della ma-

³¹ È bene però intendersi su questo punto. Neppure i più convinti assertori della natura eticamente determinata del concetto di salute negano che esistano condizioni corporali universalmente considerate patologiche. Ciò che essi negano è che la ragione per cui quelle condizioni vengono considerate patologiche sia ricavabile sul piano oggettivo. Engelhart, ad esempio, rileva che i problemi medici possibili sono una gamma estesissima e si collocano lungo un *contium*: a un capo del *continuum* ci sono circostanze che verrebbero considerate negativamente in ogni cultura, in quanto di impedimento rispetto a scopi universalmente perseguiti (l'opprimente dolore retro sternale che si irradia nel braccio sinistro, accompagnato da spossatezza, collasso e senso incombente di morte fa dell'infarto del miocardio un'evenienza sgradita in tutti contesti culturali e rispetto a qualsiasi orizzonte di valori e *Weltanschauung*), dall'altro capo ci sono disturbi che sono considerati tali solo con riferimento a specifiche culture (nella nostra società occidentale, spesso connotata come la società dell'immagine, non a caso si può registrare una progressiva espansione del riconoscimento di un carattere patologico a disturbi di natura estetica, come calvizie, acne o ipertricosi). Così H.T. ENGELHARDT, *The Foundations of Bioethics. Second Edition*, New York, 1996.

³² J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, London, 1995.

³³ Sul concetto di intenzionalità collettiva in Searle e altri cfr. JACOB, P., voce *Intentionality*, in E.N. ZALTA (ed), *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2010, disponibile all'indirizzo internet <http://plato.stanford.edu/entries/intentionality> (ultima consultazione 01.05.2014).

³⁴ Così Cass., sez. un. pen., 21 gennaio 2009, n. 2437.

lattia? Evidentemente no. Ritenere che la biologia possa consegnare ad un'aula di tribunale la risposta a una domanda come questa costituisce una fondamentale confusione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*.

6. Conclusioni

La scelta di una determinata definizione di malattia consiste nella scelta di un criterio di classificazione dei dati empirici studiati dalla scienza. Tale scelta non può essere imposta di per sé dalle scoperte delle scienze empiriche.

Esiste un dibattito nella filosofia della medicina circa la possibilità di fornire una definizione di malattia di carattere avalutativo, ossia una definizione che prescindia dalla desiderabilità astratta o concreta di una determinata condizione. Le teorie che sostengono la possibilità di fornire una simile definizione, come abbiamo visto, vengono chiamate naturaliste.

Ebbene, anche se una simile teoria, avalutativa, potesse essere coerentemente elaborata, la sua adozione in ambito giuridico, e in particolare penale, implicherebbe pur sempre una presa di posizione di carattere etico. Ad esempio, definire la malattia, come si è accennato, come svantaggio evolutivo in termini di sopravvivenza e riproduzione implicherebbe avvantaggiare una specifica concezione etica della vita, rispetto alle altre presenti nella società e nell'opinione pubblica.

Lo scopo di questo articolo non era quello di sottoscrivere una particolare etica della vita né una particolare concezione della malattia in ambito giuridico, bensì quello di evidenziare come il problema definitorio non possa essere eluso dal legislatore o dall'interprete facendo ricorso alla scienza medica.

La scelta dovrebbe piuttosto essere oggetto di dibattito politico, dibattito che però è complicato dalla natura di diritto fondamentale indisponibile della salute. La retorica dei diritti umani infatti rischia di compromettere seriamente la possibilità di un confronto serio su questi temi. Si ritiene che il diritto alla salute sia caratterizzato da indisponibilità e l'indisponibilità dei diritti fondamentali ha notoriamente due aspetti, uno attivo (inteso come limite di disposizione del diritto da parte del titolare) e uno passivo (inteso come limite alla disposizione da parte di terzi, incluso il legislatore)³⁵. Il legislatore non può chiarire il concetto di diritto alla salute senza rischiare in qualche modo di disporne, incorrendo in censure da parte della Corte Costituzionale; l'individuo non può ritenersi titolare di un diritto a fare di sé ciò che vuole in quanto non gli è riconosciuto un pieno diritto di interpretare, per rifarsi agli orientamenti giurisprudenziali sopra citati, la funzione del proprio corpo e della propria mente. D'altro canto, come si è detto, il problema relativo al concetto di salute, in quanto problema concettuale e non empirico, non può essere risolto dalla scienza. Per esempio, non si può chiedere alla scienza di risolvere il problema concettuale che attiene alla qualificazione di un trattamento che migliora la qualità della vita del paziente, ma rischia di ridurne la durata. Se questo trattamento debba considerarsi lesivo o migliorativo della salute del paziente (una volta chiarito cosa di fatto accade organicamente al corpo del soggetto) è problema solo apparentemente scientifico, in realtà etico, politico e giuridico.

³⁵ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001.

La scienza ogni giorno scopre nuovi collegamenti causali tra una condizione del corpo e un'altra, nuovi modi per modificare il corpo umano, e fornisce informazioni fondamentali per il progresso umano. Ma occorre prendere coscienza del fatto che il suo contributo alla soluzione di nuovi e vecchi dilemmi etici e giuridici attiene alla questione di fatto, non alla questione di diritto.

Oggi i penalisti cominciano a discutere delle tecnologie di c.d. *enhancement* medico³⁶. L'assunzione da parte di un matematico di una droga che incrementi le sue capacità di elaborazione mentale ma che metta potenzialmente in pericolo altre funzioni del corpo deve considerarsi lesiva della sua salute? Nel contempo, la stampa sempre più spesso denuncia preoccupanti casi di abuso del sapere medico scientifico da parte delle case farmaceutiche, che vengono accusate di qualificare come patologiche condizioni da sempre ritenute compatibili con la salute, al solo fine di vendere più prodotti. Entrambi questi problemi per essere discussi richiederanno un serio chiarimento sul concetto di salute e sul significato della sua indisponibilità, che dovrà essere condotto nella piena consapevolezza della natura prettamente etico-politica di tale concetto e del fatto che le sue ambiguità di fondo non possono essere risolte dalla scienza.

Considerazioni normativiste, relative a come il concetto di salute sia stato storicamente elaborato, potrebbero portare ad aderire ad una concezione del medesimo pienamente dipendente dalle aspettative del paziente e quindi ad incentivare letture soggettivistiche delle norme giuridiche rilevanti: Canguilhem nel suo fondamentale lavoro su *Il normale e il patologico* ha infatti sottolineato come ciò che il medico chiama patologico si riferisce alle aspettative del paziente verso il quale deve rendere un servizio. Secondo Canguilhem, la distinzione tra anomalia biologica e patologia è data solo da un giudizio di valore³⁷ ed è il malato a definire questo giudizio di valore³⁸.

Una concezione di questo tipo sarebbe da un certo punto di vista un grimaldello per forzare il nostro ordinamento verso posizioni antipaternaliste e laiche. D'altro canto, ciò rischierebbe di istituire un brutale *laissez-faire* clinico: il paziente rimarrebbe sfornito di tutela, e scelte cruciali relative al rapporto tra l'uomo e il suo corpo sarebbero consegnate al mercato, e in definitiva ai contraenti forti della sanità, in particolare alle grandi case farmaceutiche³⁹. Tutto ciò, in un'epoca in cui, invece, vista la complessità della società in cui viviamo, vengono garantiti sempre più, in modo relativamente paternalistico, i consumatori di servizi molto meno problematici rispetto a quelli sanitari⁴⁰.

³⁶ Cfr. S. CANESTRARI, *Il potenziamento farmacologico: quale ruolo per il giurista penalista nella discussione pubblica?*, in *Rivista italiana di medicina legale*, Anno XXXV, Fasc. 2, 2013 e O. ERONIA, *Potenziamento umano e diritto penale. Il "caso" dell'enhancement cognitivo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Fasc. 3, 2012.

³⁷ Si veda G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico*, trad. it. M. Porro, Torino, 1988, 146.

³⁸ *Ibidem*, p. 94

³⁹ Sul tema della trasformazione del paziente in consumatore nell'attuale società "liquida" v. anche Z. BAUMANN, *Liquid modernity*, Cambridge, 2000, 76-80, secondo il quale il concetto di salute ha subito negli anni una progressiva metamorfosi, da "health" a "fitness" «[i]f the society of producers sets health as the standard which its members ought to meet, the society of consumers brandishes before its members the ideal of fitness. [...] Health, like all other normative concepts of the society of producers, draws and guards the boundary between 'norm' and 'abnormality' [...] The state of 'fitness', on the contrary, is anything but 'solid'; it cannot by its nature be pinned down and circumscribed with any precision» (Z. BAUMANN, *op. cit.*, 77).

⁴⁰ Inoltre, un'eccessiva soggettivizzazione del concetto di malattia porrebbe avere significativi problemi in relazione alle ipotesi di attività medica di soccorso, eventualmente anche chirurgica, prestata in situazioni in cui non sia possibile per il paziente esprimere il proprio consenso informato. Secondo il più recente orientamento delle Sezioni Unite sul punto (espresso nella citata sentenza Cass., sez. un. pen., 21 gennaio 2009, n. 2437), è

Ma il fatto che le ambiguità sottese al concetto di salute non possano essere risolte dalla scienza non è un dato che queste o altre considerazioni possono cancellare. Non è un fatto accidentale e superabile da nuove scoperte nell'ambito della biologia umana, ma una necessità addirittura definitiva dovuta al fatto che non sarebbe scienza una teoria che pretendesse di risolverle. L'attività di negoziato concettuale è tipicamente appannaggio del pensiero filosofico e giuridico⁴¹. Le evoluzioni relative al concetto di salute (si pensi ad esempio al superamento dell'antica concezione dell'omosessualità come malattia mentale, cui si è finalmente giunti in tutte le società pluraliste) devono perciò essere considerate acquisizioni di carattere culturale, non di carattere empirico. Non fa parte infatti dello statuto del metodo scientifico risolvere questioni che attengono all'interpretazione di nozioni e non chiameremmo scientifica (se nell'accezione lata secondo la quale persino la giurisprudenza può essere chiamata scienza giuridica) una teoria che pretendesse di consegnare alla collettività una verità relativa al corretto inquadramento di una fattispecie concreta in una fattispecie astratta.

lecito l'intervento chirurgico prestato senza consenso del paziente che abbia avuto esito "fausto" e che abbia cioè provocato un «miglioramento significativo delle condizioni di salute». Ma *quid iuris* ove si ritenga non identificabile un concetto di salute (e dunque di esito fausto) indipendentemente da una dimensione volontaristica? Si dovrà avere riguardo alla volontà di soggetti terzi, alle opzioni preferite dalla comunità scientifica (sulla base di quale legittimazione?), alla volontà di appositi comitati di bioetica che si facciano espressione dell'*id quo plerumque consentitur*, che costituisca una sorta di direttiva di *default* valevole a meno che non venga derogata da scelte del singolo? (Per un'interessante proposta di cd. paternalismo libertario da adottare anche per mezzo di direttive generali di *default* e norme derogabili da parte del singolo cfr. C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008). O si dovrà invece, come si è proposto in dottrina (S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico chirurgico in assenza di consenso (nota a Cass. sez. un. pen. 21 gennaio 2009, n. 2437)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, Fasc. V, p.1072), optare per una criminalizzazione costante dell'intervento compiuto in mancanza di consenso espresso? È possibile che l'adozione di una tesi come quest'ultima, pur astrattamente ragionevole *de iure condito* (alla luce di un quadro normativo ordinario e costituzionale che come abbiamo visto offre una sorta di supertutela della autodeterminazione negativa e quindi dell'anti-interventismo terapeutico), finisca per proteggere un diritto di cui buona parte della popolazione preferirebbe liberarsi, per essere operabile chirurgicamente in situazioni di emergenza.

⁴¹ Cfr. R. CASATI, *Prima lezione di filosofia*, Bari, 2011 e C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. di C. SCHICK e M. MAYER, Torino, 1976.