

1

RESPONSABILITÀ MEDICA

Diritto e pratica clinica

IN QUESTO NUMERO

- L'irrisolta questione delle infezioni nosocomiali, di Roberto Pucella
- Riflessioni (e proposte) sulla responsabilità sanitaria, di Salvatore Aleo
- Scomponibilità del consenso e frazionabilità del trattamento sanitario, di Marco Azzalini
- I decreti attuativi della legge Gelli e i livelli minimi assicurativi, di Italo Partenza e Danilo Ariagno
- Il ruolo del medico nell'allocazione delle risorse sanitarie, di Davide Battisti

Gennaio-Marzo 2023

Rivista trimestrale diretta da Roberto Pucella



**Pacini
Giuridica**

RESPONSABILITÀ MEDICA

Diritto e pratica clinica

Direzione

R. Pucella

Coordinatori

B. Checchini

M. Foglia

Redazione

F. Cerea

M.G. Peluso – S. Corso – S. Rossi

Comitato dei Garanti

G. Alpa – M. Andenas – A. Belvedere – F.D. Busnelli – G. Calabresi – S. Grundmann – H. Micklitz
S. Patti – C. Peruselli – P. Zatti

Dialoghi Diritto-Medicina

L. Busatta

Comitato editoriale

E. Al Mureden – S. Aleo – A. Aprile – S. Canestrari – G. Di Rosa – L. Gaudino – G. Giaimo – L. Orsi
I. Partenza – T. Pasquino – M. Piccinni – C. Scognamiglio – S. Troiano – A. Venchiarutti – V. Zagonel
P. Ziviz

Comitato Scientifico per la Valutazione

M. Azzalini – M. Capecchi – F. Carabellese – D. Castronuovo – R. Cecchi – C. Chessa – L. Cornacchia –
G. D'Amico – N. De Luca – R. De Matteis – C. Del Bo – V. Di Gregorio – F. Dinacci – G. Facci
M. Faccioli – C. Faralli – Ar. Fusaro – R. Giorgetti – M. Graziadei – M. Grondona – M. Mantovani
A. Melchionda – S. Monticelli – M. Montisci – A. Oliva – L. Olivero – M. Paladini – V. Pescatore
B. Pezzini – A. Pisu – P. Sammarco – R. Senigaglia – G. Stella – F. Toriello – A.P. Ugas

Norme di autodisciplina

1. La valutazione dei contributi inviati a Responsabilità Medica per la pubblicazione, sia su iniziativa degli Autori, sia in quanto richiesti dal Comitato editoriale, è affidata ad un membro del Comitato Scientifico per la valutazione scelto per rotazione all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente del Comitato e disposte in ordine casuale.
2. Il contributo è avviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità dei valutatori è coperta da anonimato. In ciascun fascicolo della Rivista è pubblicato in ordine alfabetico l'elenco dei valutatori che hanno collaborato alla revisione del fascicolo.
4. In caso di pareri contrastanti la Direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio assumendosi la responsabilità della verifica.

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

M. Azzalini – M. Capecchi – L. Cornacchia – C. Del Bo – F. Dinacci – G. Facci – B. Pezzini
P. Sammarco – F. Toriello



Con gli auspici dell'Associazione Civilisti Italiani

INDICE

Saggi e pareri

SALVATORE ALEO, <i>Riflessioni (e proposte) sulla responsabilità sanitaria</i>	5
MARCO AZZALINI, <i>Scomponibilità del consenso e frazionabilità del trattamento sanitario: questioni in materia di “intesa selettiva” nella relazione di cura</i>	33
ROBERTO PUCCELLA, <i>L’irrisolta questione delle infezioni nosocomiali</i>	47
DAVIDE BATTISTI, <i>Il ruolo del medico nell’allocazione delle risorse sanitarie</i>	59
MONICA GIGOLA, <i>Evoluzione tecnologica e tutela della riservatezza dei dati sanitari</i>	71

Giurisprudenza

CORTE COST., 9 febbraio 2023, n. 14, con nota di commento di FRANCESCA ZANOVELLO, <i>Ragionevole e non sproporzionato l’obbligo vaccinale per il personale sanitario in tempo di pandemia</i>	87
TRIB. VENEZIA, 13 gennaio 2022, con nota di commento di MARCO CHIRONI, <i>La “contagiosità” del regime probatorio nei giudizi per i danni da perdita del rapporto parentale</i>	97
TRIB. VENEZIA, 4 luglio 2022, con nota di commento di PAOLA MERLI, <i>Il paziente consumatore... di protesti: prognosi riservata per la responsabilità sanitaria da impianto di prodotto difettoso</i>	107

Dialogo medici-giuristi

ITALO PARTENZA, DANILO ARIAGNO, <i>I decreti attuativi della legge Gelli e i livelli minimi assicurativi: una opportunità da cogliere?</i>	113
--	-----

Osservatorio medico-legale

FABIO CEMBRANI, MARIANO CINGOLANI, MARZIA MARIA FEDE, PIERGIORGIO FEDELI, <i>Riforma Cartabia, nuovo regime di perseguibilità delle lesioni personali e suo impatto sull’obbligo del referto</i>	127
--	-----

Riforma Cartabia, nuovo regime di perseguibilità delle lesioni personali e suo impatto sull'obbligo del referto

Fabio Cembrani^a, Mariano Cingolani^b, Marzia Maria Fede^c, Piergiorgio Fedeli^d

SOMMARIO: 1. Riforma 'Cartabia' e modifiche del regime di procedibilità di alcune figure di reato. – 2. Professionisti della salute ed obblighi informativi su di essi gravanti. La particolarità dell'obbligo previsto dall'art. 365 c.p. – 3. Cambia il regime di procedibilità delle lesioni personali, sia pur con alcune importanti eccezioni. – 4. Minorata difesa della persona e senilità. – 5. Una breve conclusione ... per non abbassare il 'livello di guardia' imposto dalla protezione sociale delle persone più fragili e vulnerabili.

ABSTRACT:

Gli Autori analizzano, in questo breve saggio, quella parte della riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale (legge 'Cartabia') che ha modificato il regime di procedibilità di alcune figure di reato. E lo fanno in prospettiva pratica con l'obiettivo di verificare il se ed il come la novella legislativa abbia modificato il perimetro degli obblighi informativi posti in capo al medico ed agli altri professionisti della salute. Gli Autori si focalizzano, in particolare, sulle situazioni di minorata difesa della persona procurate o dall'esistenza di una infermità o dalla sua età anagrafica; soprattutto di quelle più anziane visto e considerato che la protezione della vecchiaia è una frontiera della giustizia poco frequentata, nonostante la particolarità delle istanze e dei bisogni espressi dalla moltitudine delle persone che ne fanno parte. E che appellano la nostra umanità chiedendo a chi ha la responsabilità della cura di non abbassare il livello di guardia imposto dalle regole della solidarietà e del diritto di cittadinanza.

The Authors analyze, in this short essay, that part of the reform of the trial and the penal sanction system ('Cartabia' law) which has changed the system of prosecutions of certain offences. They do so in a practical perspective with the aim of verifying whether and how the legislative novella has changed the perimeter of the information obligations placed on the doctor and other professionals of health. In particular, the Authors focus on situations of impaired protection of the person caused or by the existence of an illness or by his age; especially of the older ones seen and considered that the protection of old age is a frontier of justice little frequented despite the particularity of the requests and needs expressed by the multitude of people who are part of it. They appeal our asking those responsible for care not to lower the level of guard imposed by the rules of solidarity and the right of citizenship.

1. Riforma 'Cartabia' e modifiche del regime di procedibilità di alcune figure di reato

Il 30 dicembre scorso è entrata in vigore la riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale

^a Professore a contratto nell'Università degli Studi di Verona.

^b Professore nell'Università degli Studi di Macerata.

^c Dottoranda di Ricerca nell'Università degli Studi di Macerata.

^d Professore nell'Università degli Studi di Camerino.

(nota, al largo pubblico, come ‘riforma Cartabia’ dal nome del Ministro della Giustizia del Governo italiano presieduto da Mario Draghi), realizzata in attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 recante ‘Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari’.

Si tratta di una riforma annunciata che rappresenta una «prima prassi applicativa della riforma della giustizia penale»¹ e un importante tassello di quella più organica revisione della giustizia annunciata da anni che ha, per ora, modificato le regole procedurali del processo penale con l’obiettivo di realizzare quanto previsto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (riduzione del 25% della durata dei giudizi penali entro il 2026). La riforma ha introdotto una serie di misure approvate allo scopo di rendere più efficiente il funzionamento della giustizia, con una «una sintesi equilibrata tra la dimensione costituzionale di stampo europeo e una rinnovata sensibilità per la dimensione costituzionale»². Ed apportato sostanziali novità che, in prima applicazione, hanno rilevanti ricadute pratiche per i professionisti della salute, soprattutto riguardo agli obblighi a loro imposti nell’informativa dovuta all’Autorità giudiziaria, avendo la riforma ‘Cartabia’ modificato il regime di procedibilità di alcune importanti figure di reato, fino a ieri procedibili d’ufficio e oggi a sola querela di parte, sia pur con alcune non trascurabili eccezioni dal grande impatto pratico in tutti i luoghi della cura. Su queste novità si vuole qui riflettere in ottica medico-legale discutendo, preliminarmente, a quali obblighi informativi sono realmente soggetti i professionisti della salute, essendo ancora in discussione se essi siano tenuti alla denuncia (artt. 361 e 363 c.p.) o al referto (art. 365 c.p.) e se il loro *status* giuridico condizioni o meno la portata dell’obbligo.

¹ Si veda GATTA, *Riforma Cartabia e procedibilità a querela: due proposte per la soluzione di vecchi problemi, senza allarmismi e stravolgimenti*, in *Sistema penale*, 2023.

² Così GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sistema Penale*, 2022.

2. Professionisti della salute ed obblighi informativi su di essi gravanti. La particolarità dell’obbligo previsto dall’art. 365 c.p.

La questione è complessa come confermano le dissonanti prese di posizione tra gli interpreti che l’hanno ripetutamente affrontata.

Accanto a chi ritiene che l’obbligo informativo gravante sui professionisti della salute è quello previsto dall’art. 365 c.p. (‘Omissione di referto’) c’è, infatti, chi, valorizzando la loro qualifica giuridica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, lo riconduce alle ipotesi previste, rispettivamente, dagli artt. 361 c.p. (‘Omessa denuncia da parte di pubblico ufficiale’) e 362 c.p. (‘Omessa denuncia da parte di un incaricato di pubblico servizio’). Con conseguenze pratiche evidenti e del tutto significative perché il campo della denuncia del pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio ha un perimetro ben più ampio di quello attinente al referto³. Quest’ultimo è circoscritto, infatti, ai soli delitti perseguibili

³ Coerenti con la prima interpretazione, maggioritaria, sono: DI PIETRO, *Il sanitario e il referto. Rilevi giuridici e medico-legali*, Milano, 1996; MARCHESE, RODRIGUEZ, APRILE, *Referto del Professionista sanitario: spunti di riflessione vecchi e nuovi in una sentenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 823 ss.; STRADA, VIOLANTE, *Omissione di referto ed omissione di rapporto*, *ivi*, 1982, 837 ss.; VIDONI, *Denuncia o referto? Promemoria al legislatore*, *ivi*, 1991, parte 1, 489 ss.; PUCCINI, *Istituzioni di medicina legale*, Milano, 2003; BENCIOLO, *Fondamentali obblighi giuridici del medico, Valutazione comparata secondo le diverse qualifiche giuridiche rivestite*, in *Federazione medica*, 1986, 816 ss.; BARTOLI, PELISSERO, SEMINARA, *Diritto penale – Lineamenti di parte speciale*, Napoli, 2020, 625; MANNA *et al.*, *Trattato di Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, III, Torino, 2008, 43; BORGOGNO, *Omissione di referto*, in *Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, a cura di COPPI, Torino, 2000, 63 ss.; CEMBRANI, CIRAOLO, BENCIOLO, *Il medico e l’obbligo di segnalazione degli immigrati irregolari*, in *Professione*, 2010, 7 ss.; IADECOLA, *Cura del latitante e favoreggiamento personale. L’esercizio della medicina tra la protezione della salute ed il non intralcio – ed anzi la collaborazione – con la giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1803 ss. Aderiscono, invece, alla seconda linea di pensiero: TAGLIARINI, *Diritto penale – Lineamenti di parte speciale, Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, Bologna, 2016, 235; MESSINA, SPINNATO, *Manuale breve di Diritto penale*, Milano, 2016, 543.

d'ufficio di cui il professionista sia venuto a conoscenza prestando direttamente e personalmente la sua 'assistenza' (attività a carattere continuativo) o 'opera'; la denuncia riguarda, invece, tutti i reati perseguibili d'ufficio (anche quelli di carattere contravvenzionale) di cui il sanitario sia venuto a conoscenza, indipendentemente dall'essere stato in essi direttamente ed espressamente coinvolto sul piano dell'agire professionale.

La nostra personale opinione è che sui professionisti della salute gravi il solo obbligo previsto dall'art. 365 c.p., non già perché esso sia norma speciale rispetto a quanto indicato dagli art. 361 e 362 c.p., ma per un'altra evidente e buona ragione. Quella della specialità della norma non è, infatti, una strada convincente perché, come sappiamo, l'art. 15 c.p. ('Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale') si applica quando la materia disciplinata da due o più leggi penali sia la medesima; cosa che non è nella situazione esaminata, non solo perché reati e delitti perseguibili d'ufficio sono illeciti non sovrapponibili, ma anche perché, mentre il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio sono tenuti ad informare l'Autorità giudiziaria di un reato effettivamente commesso di cui essi siano venuti a conoscenza non solo diretta ma anche indiretta, chi esercita una professione sanitaria è tenuto a riferire sul delitto in astratto che potrebbe anche non essersi realmente concretato. Purché il referto non esponga la persona assistita all'azione penale, come indicato dall'esimente speciale prevista dall'art. 365 c.p. È questa esimente che fortifica la nostra tesi generale. L'aver previsto la non obbligatorietà della presentazione del referto nell'ipotesi in cui esso esponga la persona assistita all'azione penale ci motiva, infatti, a ritenere che il legislatore del 1930 già aveva chiarezza sulle regole di bilanciamento degli interessi in gioco nell'ipotesi di una loro contrapposizione, privilegiando, in ogni caso, il diritto della persona a ricevere le cure e l'assistenza necessaria. Con un diritto alla salute (ed alla cura) che sovrasta l'azione statutale anche nell'ipotesi in cui sul cittadino ricadano, per la sua particolare posizione giuridica, doveri peculiari. Se così non fosse, il timore, l'ansia e la preoccupazione di poter essere denunciati da chi esercita una pro-

fessione sanitaria comprometterebbero quel diritto non a caso ritenuto 'fondamentale' dall'art. 32 della nostra Carta costituzionale. Anche se, a ben vedere, l'art. 365 c.p. prevede, in questa particolarissima circostanza, la sola non punibilità penale dell'omissione o del ritardo. Nel senso che non è punibile chi omette o ritarda di presentare referto nell'ipotesi in cui esso esponga la persona assistita all'azione penale, senza comunque condizionare tassativamente il comportamento del medico e degli altri professionisti sanitari. Che potrebbero così decidere di presentarlo, anche in questa particolarissima ipotesi, spesso più teorica che reale⁴. Per queste ragioni la nostra idea è che il professionista della salute, indipendentemente dalla qualifica giuridica ricoperta, sia tenuto al referto e non alla denuncia. Evidenziando che l'ipotesi prevista dall'art. 365 c.p. è un delitto che deriva dalla messa in pericolo degli interessi della giustizia e che il fatto anti-giuridico si consuma nella violazione del dovere ancorché dall'omissione o dal ritardo non faccia seguito alcun evento dannoso. Si tratta così di un delitto di tipo individuale che non impedisce il concorso di altri nella sua consumazione, di natura esclusiva perché può essere commesso solo da soggetti qualificati che esercitano una tra le tante professioni sanitarie e di natura omissiva ampia nel senso che l'omissione si sostanzia non solo nella mancata o ritardata presentazione del referto, ma anche nella presentazione di un atto incompleto, reticente se non addirittura falso. Avendo esso per oggetto una particolare (grave) categoria di ipotesi delittuose: quella dei delitti perseguibili d'ufficio, non già di quelli procedibili a querela di parte.

3. Cambia il regime di procedibilità delle lesioni personali, sia pur con alcune importanti eccezioni

Come prima anticipato, la riforma 'Cartabia' ha ampliato le ipotesi di reato procedibili a querela di parte riformando il regime di procedibilità di

⁴ *ibidem*.

alcune importanti figure di reato⁵, condizionandone la repressione alla valutazione in concreto ed alla sovranità della sola persona offesa; tra queste, oltre al furto aggravato, la violenza privata, la minaccia, il sequestro di persona e, non certo da ultimo, le lesioni personali⁶.

Per l'effetto degli artt. 2 e 3 del decreto legislativo n. 150 approvato il 10 ottobre 2022, l'art. 582 c.p. è stato sostanzialmente revisionato prevedendo che il reato di lesioni personali è una fattispecie perseguibile a sola querela di parte quando la durata della malattia o dell'incapacità di attendere alle normali occupazioni e abitudini di vita non è di durata superiore ai 40 giorni, quindi anche nell'ipotesi delle lesioni personali lievi che non rientrano così più nell'elenco dei delitti perseguibili d'ufficio com'era in precedenza. Con una importante eccezione che riguarda, tuttavia, le persone incapaci per età o per infermità, che potrebbero non essere completamente libere nella presentazione della querela perché, in questa ipotesi, solo le lesioni personali lievissime (malattia o incapacità di attendere alle normali occupazioni di durata inferiore ai 20 giorni) restano un illecito perseguibile solo su iniziativa di parte; con una seconda eccezione prevista quando ricorre una delle aggravanti previste dall'art. 61 c.p. ('Fatto commesso in danno di personale sanitario e socio-assistenziale'), dall'art. 583 c.p. ('Lesioni gravi e gravissime') e dall'art. 585 c.p. ('Fatto commesso con armi anche improprie o da persona travisata o da più persone riunite'); e con una terza eccezione che riguarda le lesioni personali stradali gravi e gravissime che restano confermate nell'elenco dei delitti procedibili d'ufficio, non più però nelle ipotesi-base ma in quelle speciali previste dall'art. 590-bis c.p. (tra tutte, la guida in stato di ebbrezza alcolica e/o sotto l'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope)⁷.

⁵ Cfr. NATALINI, *Ampliato il catalogo dei reati perseguibili a querela di parte*, in *Guida al dir.*, 2022, 63 ss.

⁶ GATTA, *Riforma Cartabia e procedibilità a querela: due proposte per la soluzione di vecchi problemi, senza allarmi smi e stravolgimenti*, in *Sistema penale*, 2023.

⁷ *ibidem*. Utile anche il rinvio alla relazione n. 68 del 2022 del Massimario sui profili di diritto transitorio e intertemporale.

Il nuovo quadro sinottico che emerge dalla riforma 'Cartabia' è così relativamente semplice per le lesioni personali colpose che restano fattispecie di reato perseguibili a sola querela di parte, ad esclusione delle lesioni personali stradali gravi e gravissime confermate nel perimetro dei delitti perseguibili d'ufficio, obbligando il sanitario a redigere il referto anche se nelle sole ipotesi aggravate speciali previste dall'art. 590-bis c.p.

Più complesso, invece, il quadro sinottico delle lesioni personali volontarie (dolose) perché dal novero dei delitti perseguibili d'ufficio la riforma 'Cartabia' ha espulso anche quelle lievi, oggi perseguibili a sola querela di parte. Eccezion fatta, come già anticipato, per le lesioni personali commesse in danno: (a) di persona incapace per ragioni di età anagrafica o a causa di un'infermità; (b) di personale appartenente al mondo sanitario e a quello del comparto socio-assistenziale. La procedibilità a querela di parte è stata così estesa, sia pur con queste eccezioni, alle lesioni personali lievi che, prima della riforma, rientravano tra i delitti perseguibili d'ufficio.

4. Minorata difesa della persona e senilità

Per la sua importanza pratica qualche cenno merita l'incapacità della persona che può essere dovuta sia a ragioni di età anagrafica sia a causa di un'infermità (non solo psichica ma anche fisica, sensoriale o intellettuale), in grado di compromettere il suo funzionamento sul piano non solo dell'autonomia cognitiva ma anche della sua tenuta affettivo-emozionale: un ambito, quest'ultimo, particolarmente ampio e di non agevole qualificazione perché i condizionamenti ambientali che amplificano la suggestionabilità della persona sono davvero molteplici e, spesso, difficilmente governabili come ha confermato l'emergenza pandemica ed i sostenitori dell'ideologia anti-vaccinale e anti-salvavita⁸.

⁸ Cfr. SIAARTI, *Pandemia e rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale*, 3 gennaio 2022.

Limitandoci, tuttavia, all'età anagrafica della persona, le questioni complesse che creano spesso dissonanze nel campo della cura non riguardano certo le persone minorenni incapaci di agire, ma gli anziani perché ciò su cui ci si interroga è se esista o meno un chiaro ed esplicito livello di protezione giuridica della senilità, oltre a quello previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 25). Osservandone la sua sostanziale precarietà non solo perché nel nostro ordinamento interno la senilità resta un luogo incerto ed ancora indefinito ma anche perché non esistono criteri-soglia varcati i quali la persona diventa effettivamente anziana anche se, a dire il vero, nel decreto-legge delega sulla non autosufficienza varato dal Governo Draghi nell'ultima riunione del precedente Consiglio dei Ministri la sua asticella era stata fissata al compimento del 65° anno di età e resa indipendente dalle condizioni lavorative della persona medesima. Nonostante quella riforma annunciata sia stata poi rivisitata dal nuovo Governo pur dovendo ammettere che la tutela giuridica della senilità è una realtà del tutto precaria perché l'anziano non è ancora divenuto quel nuovo soggetto di diritto portatore di istanze e di bisogni diversificati da più parti auspicato, con la conseguenza che la sua protezione resta una frontiera della giustizia ancora inesplorata⁹. Persistendo, in quest'ambito della cura, molti stereotipi e franchi pregiudizi, purtroppo lasciati aperti dalla giurisprudenza di legittimità che pur si è formata sul riconoscimento della circostanza aggravante della minorata difesa procurata dall'età della persona (art. 61 c.p., come novellato dalla legge n. 94 del 2009).

L'orientamento prevalente è che rientrerebbe nella facoltà del giudice valutare, di volta in volta, l'incidenza dell'età senile rispetto al fatto-reato (Cass. n. 47186 del 22 ottobre 2019)¹⁰ perché l'età avanzata della persona offesa non realizzerebbe una presunzione assoluta di minorata difesa, dovendo essere valutata la ricorrenza di situazioni che denotano la particolare vulnerabilità del sog-

getto passivo sfruttata dall'agente: posizione, questa, non confermata da un diverso e più recente orientamento della stessa Corte secondo il quale la commissione del reato in danno di una persona ottuagenaria sarebbe idonea ad integrare, anche in difetto di ulteriori circostanze di tempo, di luogo o di persona, l'aggravante della minorata difesa, purché venga accertato che la pubblica o la privata difesa siano state in concreto ostacolate e che non ricorrano altre circostanze (Cass., n. 4273 del 10 dicembre 2021)¹¹. Con un automatismo poco realistico, peraltro in contrasto con quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (n. 40275 del 15 luglio 2021)¹² sull'aggravante della minorata difesa risolvendo il contrasto interpretativo interno. Essendo stato affermato che, ai fini dell'integrazione dell'aggravante prevista dall'articolo 61 c.p., comma 1°, n. 5, «[...] le circostanze di tempo, di luogo o di persona, di cui l'agente abbia profittato, debbano tradursi, in concreto, in una particolare situazione di vulnerabilità del soggetto passivo del reato, non essendo sufficiente l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione dello stesso». Delineandone il metro di accertamento, declinato sulla base di tre verifiche: a) l'esistenza di una circostanza di tempo, di luogo o di persona in astratto idonea ad ingenerare una situazione di ostacolo alla pubblica o privata difesa; b) la produzione in concreto dell'effetto di ostacolo alla pubblica o privata difesa che ne sia effettivamente derivato; c) il fatto che l'agente ne abbia concretamente profittato (avendone, quindi, piena consapevolezza). Con una prospettiva, per così dire, tridimensionale, in cui assume particolare e specifico rilievo la condizione idonea ad integrare in astratto la minorata difesa non già legata alla sola età anagrafica della persona ma all'esistenza di un suo disfunzionamento sia cognitivo che affettivo-emozionale che deve essere non eluso nella redazione del referto.

⁹ Così BERNARDINI, *La capacità vulnerabile*, Napoli, 2021.

¹⁰ Cass. pen., 22.10.2019, n. 47186, in *CED Cass. pen.*, 2020.

¹¹ Cass. pen., 10.12.2021, n. 4273, in *Cass. pen.*, 2022, 2694.

¹² Cass. pen., sez. un., 15.07.2021, n. 40275, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 2022.

5. Una breve conclusione ... per non abbassare il 'livello di guardia' imposto dalla protezione sociale delle persone più fragili e vulnerabili

La riforma 'Cartabia', come si è visto, ha rinnovato e parzialmente modificato il regime di procedibilità di alcune importanti figure di reato (tra tutte, per il rilievo pratico che esse hanno in tutti gli ambienti della cura, le lesioni personali), fino a ieri procedibili d'ufficio ed oggi a sola querela di parte.

Le ricadute pratiche, per i professionisti della salute, sono di tutta evidenza e su di loro è doveroso riflettere perché la recentissima riforma, pur avendo in qualche modo privatizzato l'azione penale facendola rientrare nella sfera decisionale della persona lesa, non può certo indebolire la tutela delle persone più fragili e vulnerabili sia per ragioni di età anagrafica che di infermità. Dei loro interessi i professionisti della salute devono saperne tener conto, dovendo responsabilmente esplorare le condizioni di minorata difesa che, ove esistenti anche in astratto, avvalorano la doverosità dell'obbligo informativo previsto dall'art. 365 c.p. anche nelle ipotesi delittuose oggi perseguibili a sola querela di parte. Eludere questa esigenza non rappresenta una sola violazione della regola giuridica; è, infatti, negare ed indebolire ulteriormente la vulnerabilità già messa in crisi dal mito dell'autonomia razionale (della persona giuridica presuntivamente *self-sufficiency*) e del suo modello cartesiano gravato da profonde debolezze strutturali. Come risulta del tutto evidente a chi, frequentando i luoghi della cura, conosce molto bene l'ampio ventaglio delle situazioni che acutizzano gli stati di bisogno¹³ e che indeboliscono le soggettività giuridiche già provate delle persone più fragili e vulnerabili. Esse si appellano alla nostra responsabilità che deve concretarsi in azioni non rinunciarie e, come raccomanda la deontologia professionale, in un livello di prote-

zione ancor più robusto soprattutto nell'ipotesi in cui queste situazioni di inferiorità possano essere indebitamente sfruttate da altri per interessi illeciti. Di ciò occorre, dunque, tener conto in modo che la doverosa azione repressiva non sia indebolita dal mutato regime di perseguibilità delle lesioni personali previsto dalla riforma 'Cartabia'.

¹³ Cfr. CEMBRANI, *La vulnerabilità ed il mito (ripensato) dell'autonomia razionale*, in *Riv. it. med. leg.*, in press.