ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/05/2010

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/29472-la-responsabilit-per-dolo-del-medico-chirurgo-un-gioco-dell-oca-giudiziario

Autore: Del Guerra Paolo

La responsabilità per dolo del medico chirurgo: un gioco dell'oca giudiziario?

LA RESPONSABILITÀ PER DOLO DEL MEDICO CHIRURGO: UN GIOCO DELL'OCA GIUDIZIARIO?

Il chirurgo tra Cassazione – S.U.penali - sentenza 18 dicembre 2008 - 21 gennaio 2009, n. 2437; e IV sez.pen., ordinanza 9 febbraio 2010, n.5076.

Paolo Del Guerra – Dipartimento di Prevenzione, Azienda USL 11 Empoli

Introduzione

A vari anni di distanza dalla sentenza Franzese (1) in materia di responsabilità professionale medica per colpa, che ha stabilito importanti punti di riferimento per la successiva giurisprudenza, le S.U. penali sono di recente intervenute sulla controversa qualificazione della condotta del medico come reato doloso (art.582. c.p.: lesioni personali volontarie; art.610 c.p.: violenza privata) nel caso di intervento chirurgico eseguito in assenza del consenso (informato) del paziente.
Ad un anno di distanza, poi, la IV sez. non si mostra convinta delle soluzioni adottate, e rimette nuovamente la decisione alle S.U.

Il fatto e i giudizi di merito

Nel corso di una laparoscopia ad una paziente venne rimossa una tuba uterina per motivi sopravvenuti, ma non in situazione di presunta necessità ed urgenza.
Secondo le S.U. in primo grado si accertava che *"l'intervento demolitorio risultò… scelta corretta ed obbligata, eseguita nel rispetto della* lex artis *e con competenza superiore alla media; tuttavia, secondo l'assunto accusatorio, senza il consenso validamente prestato dalla paziente, informata soltanto della laparoscopia"*; dell'intervento *"erano prevedibili l'evoluzione… in operativo e l' elevata probabilità di asportazione…, la non opportunità dell'interruzione… e la mancanza del pericolo di vita e, quindi, del presupposto dello stato di necessità, ai fini dell'acquisizione del consenso";* omissione ascrivibile *"in ragione della elevata prevedibilità… ad una scelta consapevole e volontaria dell'imputato e non a colpa";* infatti *"ogni trattamento medico eseguito in assenza di un consenso valido e specifico, integrerebbe lesione della libertà"* ex art.32 Cost. *"di autodeterminazione della persona circa le decisioni mediche che la riguardano, comprensiva della facoltà di promuovere un consulto o di scegliere altre strutture sanitarie"*. Il Tribunale qualificava il fatto, contestato a titolo di lesioni personali volontarie aggravate, come violenza privata.
La Corte di Appello reputava invece contraddittoria ed insufficiente la prova in ordine all'acquisizione del consenso; escluso che ricorresse l'esimente dello stato di necessità, e respinta la tesi difensiva secondo cui è lecito l'intervento medico compiuto in mancanza di espresso dissenso, rilevava l'intervenuta prescrizione del reato - così come qualificato in primo grado.

Il percorso in Cassazione

La V Sez. a norma dell'art.618 c.p.p. rimetteva alle S.U. la decisione, per risolvere il quesito se abbia rilevanza penale, e, in caso positivo, quale ipotesi di reato configuri la condotta del sanitario che, in assenza di consenso informato del paziente, lo sottoponga ad un intervento nel rispetto delle regole dell'arte e con esito fausto. Quanto al primo aspetto, si registravano due orientamenti: a) il consenso informato è indefettibile presupposto di liceità del trattamento, per cui la sua mancanza, o invalidità, ne determinerebbe l'arbitrarietà e la rilevanza penale, salvo le ipotesi di stato di necessità, ovvero di trattamento sanitario obbligatorio (art.32 Cost.); b) in ambito giuridico, e in particolare penalistico, la volontà del paziente è determinante solo se espressa in forma negativa, e il medico è legittimato anche in assenza di esplicito consenso a sottoporre il paziente a lui affidato al trattamento che giudica necessario; da qui l'irrilevanza di eventuali scriminanti, perché va escluso *in radice* che la condotta possa integrare un reato. Quanto al reato, secondo una prima tesi il medico che intervenga senza consenso risponde di lesioni volontarie, anche se l'esito è favorevole, in quanto in qualsiasi intervento, pur a scopo di cura, si compiono atti che materialmente integrano una malattia ex art.582 c.p.; il criterio di imputazione soggettiva sarà colposo, qualora, per negligenza o imprudenza, egli agisca convinto del consenso. Secondo l'altro indirizzo, l'intervento arbitrario – che non potrà mai realizzare il delitto di lesioni, mirando a curare, e non a causare, una malattia – ha rile-

vanza penale solo come attentato alla libertà individuale del paziente (violenza privata). Il tutto – concludeva l'ordinanza di rimessione – con la possibilità di tesi intermedie (violenza privata nel caso di trattamento non chirurgico, o eseguito nonostante rifiuto libero e consapevole).

Le S.U. ricapitolano la giurisprudenza della Suprema Corte

Le S.U. affermano in via preliminare trattarsi *"di problematica antica, mai univocamente risolta"*, che investe varie questioni:*" il fondamento giuridico e di legittimazione della attività medico-chirurgica; il concetto di malattia…; il valore che… occorre riconoscere al consenso informato"*, alla luce dei principi indicati dalle *"fonti di rango costituzionale, legislativo e deontologico…, prendendo in considerazione il bene della salute come diritto della persona"*. Il Codice Penale *"anche a voler prescindere dai limiti insiti in un sistema punitivo precostituzionale"* appare incongruo come *"risposta a tutte le esigenze di tutela"*; il precetto penale si pone come *"*extrema ratio*, a fronte, ad esempio, di eventuali meccanismi sanzionatori alternativi",* civilistico-risarcitori o amministrativo-disciplinari. *"Ciò spiega… l'ampio ventaglio di tesi dottrinarie e giurisprudenziali… talora… con evidenti torsioni ermeneutiche, spintesi ai limiti estremi della compatibilità con il principio di tassatività che deve presiedere alla 'costruzione' ed alla configurazione delle fattispecie penali; e… si chiarisce la* ratio*"* dei tentativi di evitare *"eccessi di 'penalizzazione' o di 'burocratizzazione' dell'attività medica",* allo stesso tempo intesi a salvaguardare la *"*intentio *di non lasciare senza effettiva tutela condotte riguardabili come 'dannose' da chi è stato sottoposto al trattamento sanitario: e ciò non necessariamente in ragione soltanto dell'esito infausto"*.

La sentenza Massimo è stata la prima ad esprimersi sul consenso informato (2): se solo questo, come manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere l'antigiuridicità del fatto, il chirurgo che, senza necessità ed urgenza, sottopone il paziente ad un intervento di più grave entità rispetto a quello del quale l'abbia informato, commette il reato di lesioni volontarie, essendo irrilevante sotto il profilo psicologico la finalità di cura; se ne derivi la morte, risponde di omicidio preterintenzionale. Il Codice di deontologia medica stabiliva che il consenso va sempre richiesto; e l'antigiuridicità della lesione poteva, a prescindere da ciò, escludersi solo a fronte di cause di giustificazione – né l'attività sanitaria può trovare copertura in cause non codificate, *id est* la finalità terapeutica: *«se il trattamento non consentito ha uno scopo terapeutico, e l'esito sia favorevole, il reato di lesioni sussiste, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale»* (art.32, c.2, Cost.), *«a fortiori… ove l'esito sia sfavorevole»* (2). Nel rigettare la tesi per cui l'art.50 c.p. tutelerebbe solo la libertà di autodeterminazione, rendendo configurabile, per il consenso mancante, la violenza privata, la sentenza puntualizza che ciò non esclude la *«protezione del diritto alla integrità fisica… semmai, soltanto il trattamento medico senza il consenso che… non cagioni lesioni potrebbe far ipotizzare fatti di violenza privata»* (ivi).

A conclusioni diverse perviene la sentenza Barese (3): quando, prestato il consenso per un intervento più limitato, in assenza di necessità e urgenza se ne esegua un altro cui consegue la morte, non si configura l'omicidio preterintenzionale, per il quale è richiesta una condotta consapevole ed intenzionale diretta a provocare una lesione dell'integrità fisica. Sull'elemento soggettivo, se è vero che la finalità di cura *"è irrilevante - non essendo richiesto il dolo specifico per i reati di lesioni volontarie e percosse - …la formulazione dell'art.584 cod. pen. ("atti diretti a") fa propendere per la tesi… che l'elemento soggettivo…, quanto all'evento voluto, sia costituito dal dolo diretto o intenzionale»* escludendo il dolo eventuale (3). L'*intentio* del medico mal si concilia con l'atteggiamento di chi mostri *ab initio* una volontà lesiva – che il fine terapeutico però non esclude (non essendo richiesto un dolo specifico): *«affermare l'intenzionalità della condotta, ogni volta che non vi sia il consenso»* significa *«confondere il problema della natura del dolo richiesto»* con la scriminante del consenso dell'avente diritto. L'elemento psicologico si avrà quando il medico, *«pur animato da intenzioni terapeutiche, agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica»*. Il consenso è così attratto tra le scriminanti; ma solo se espresso nei limiti dell'art.5 c.c. per la scriminante di cui all'art.50 c.p., il *« consenso della persona che può validamente disporre del diritto»*; non è necessario *«in presenza di ragioni*

di urgenza terapeutica, o nelle ipotesi previste dalla legge». Sempre che non si versi in stato di necessità – il che esclude il dolo diretto di lesioni anche nell'ipotesi di dissenso (il medico mira a salvaguardare la vita e la salute) – *«l'esplicito dissenso rende l'atto, asseritamente terapeutico, un' indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente ma anche della sua integrità, con conseguente applicazione delle ordinarie regole penali»*. La condotta del medico, orientata a tutelare la salute e non a menomare, fa *«escludere l'intenzionalità»* quando *in medias res* emerga una situazione che *«potendo essere affrontata in tempi diversi, venga invece affrontata immediatamente senza il consenso del paziente; per es. per evitargli un altro intervento e altri successivi disagi o anche soltanto per prevenire pericoli futuri»*; la violenza privata va esclusa, trovando un *«ostacolo difficilmente superabile nella previsione della necessità che la condotta… consista in violenza o minaccia»*, mentre potrebbe *«forse ipotizzarsi nei soli casi di dissenso»*. Si tratta dunque di un complesso intreccio tra elementi soggettivi (dolo o colpa, finalità di cura o meno) ed elementi oggettivi (consenso dell'avente diritto: art.50 c.p.; divieto di disponibilità del proprio corpo a tutela dell'integrità fisica: art.5 c.c.).
Una diversa lettura fornisce una sentenza della Sez.IV (4), condizionata però dalle bizzarre affermazioni della Corte d'Appello[1], che addebitava di aver praticato un tipo di anestesia non ottimale, una volta negato il consenso a quello a minor rischio. La liceità della condotta, qualificata dal fine terapeutico, non può trovare *«significanza solo nel consenso entro ovvero oltre la categoria di cui all'art.50 c.p., ma in coerenza con il principio da esso enunciato»*, l'agire sulla persona contro la volontà, *«salvo l'imminente pericolo di morte o di danno sicuramente irreparabile…, non altrimenti superabile, esita in una condotta illecita capace di configurare più fattispecie di reato, quali violenza privata (…insita nella violazione della contraria volontà), lesione personale dolosa…, omicidio preterintenzionale»*. Rileva la violazione consapevole del divieto di manomettere il corpo, *«del diritto della persona a preservare la sua integrità fisica nell'attualità»*, a nulla valendo che *«possa essere, eventualmente, migliorata - e il rispetto della sua determinazione»*, in aderenza al principio costituzionale personalista (artt.2 e 32); in caso di dissenso il medico *«non può manomettere l'integrità fisica del paziente, salvo pericolo di vita o di altro danno irreparabile altrimenti non ovviabile»*. I giudici di merito avevano ritenuto provato il dissenso alla tecnica anestesiologica alternativa: il vero problema poteva vertere, se mai, sulla possibilità dei medici di rifiutare l' intervento, pur necessario, in presenza di rischio elevato e di non assoluta urgenza; ma non poteva la Suprema Corte introdurre simili argomentazioni, non entrate a nessun livello nel processo.
Nel 2002 la Sez. IV (5) – conforme alla giurisprudenza civile – afferma che l'attività medica trova negli artt.13 e 32 Cost. autolegittimazione, che *«sarebbe riduttivo… fondare… sul consenso dell' avente diritto (art.50 c.p.), che incontrerebbe spesso l'ostacolo di cui all'art.5 c.c., risultando la stessa di per sé legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo Stato»*; ferma restando la necessità del consenso informato, anch'esso costituzionalmente presidiato[2]. Si sottolinea che è richiesta *«per la sua validità e la sua concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso»* come *«presupposto di liceità»*, in quanto afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché libertà fisica, intesa come diritto al rispetto dell'integrità corporea: tutti profili riconducibili all'art.13 Cost. Non si configurerebbe dunque in capo al medico un "diritto di curare" come espressione di una posizione soggettiva qualificata, derivante dall'abilitazione professionale, giacché, per potersi estrinsecare, comporta il consenso, salvo i casi di trattamento obbligatorio, incapacità, o stato di neces-

---

[1] Citando la stessa Cassazione: *"La Corte..., tra i tanti argomenti sviluppati a sostegno della decisione di condanna, evidenzia… come il medico avrebbe ben potuto - e dovuto - ricorrere, dopo adeguata informativa dei rischi connessi all'anestesia generale, a pratiche 'ipno-analgesiche' (cioè all'annullamento coatto della capacità di intendere e di volere mediante somministrazione di appositi 'sedativi'), in modo da vincere la resistenza del paziente…, posto che spettava al medico, insiste il Giudice dell'appello, decidere sulla scelta del tipo di intervento anestesiologico… L'addebito si risolve nell'istigazione a commettere un reato e la relativa giustificazione assume gli aspetti dell'illiceità"*. Pare superfluo ogni commento, nel rimandare alla lettura integrale per gli ulteriori, pesanti rilievi mossi dalla IV sez..

[2] La sentenza cita, *ex plurimis*, Cass., sez. III civ., 25 novembre 1994, n.10014; 15 gennaio 1997, n.364; sez. I civ., 16 ottobre 2007, n.21748; sez. III civ., 28 novembre 2007, n. 24742; 15 settembre 2008, n.23676.

sità. Pertanto *«la mancanza del consenso (opportunamente informato)… o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento… e la sua rilevanza penale»* perché viola la *«sfera personale del soggetto»* e il suo *«diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo»*. Le ipotesi dolose in astratto configurabili corrispondono agli artt.610, 613 e 605 c.p. nel caso di trattamento non chirurgico; e nell'art.582 per la chirurgia, che, pur se *«a scopo di cura e con esito 'fausto', implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l'elemento oggettivo di detto reato, ledendo l'integrità corporea»*, avuto riguardo al diritto di ciascuno di privilegiare il proprio stato attuale. Il criterio di imputazione sarà invece *«colposo qualora il sanitario, in assenza di valido consenso…, abbia effettuato l'intervento»* convinto *«per negligenza o imprudenza a lui imputabile, dell'esistenza del consenso»*.
Secondo Sez.I (6), non essendo stata attuata la Convenzione di Oviedo[3], il medico è sempre legittimato al trattamento ritenuto necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di consenso, mentre è insuperabile il libero e consapevole rifiuto, ancorché l'omissione possa causare un aggravamento dello stato di salute, e persino la morte. Se effettua la cura rifiutata, si profila il reato di violenza privata, ma non di lesioni dolose, escludendosi che le lesioni chirurgiche strumentali alla cura siano coperte dall'art.582 c.p. Infatti l'attività strumentale – quale l'incisione della cute – non è autonoma, ma rappresenta *«un passaggio obbligato verso il raggiungimento dell'obiettivo…, liberare il paziente dal male che lo affligge»*, *«nell'esercizio dell' azione terapeutica…, che corrisponde all'alto interesse sociale… che lo Stato tutela in quanto attuazione concreta del diritto alla salute riconosciuto a ogni individuo, per il bene di tutti»* ex art. 32 Cost., *«autorizzando, disciplinando e favorendo la creazione, lo sviluppo ed il perfezionamento degli organismi, delle strutture e del personale occorrente»*; l'azione corretta *«è esente da connotazioni di antigiuridicità, anche quando abbia un esito infausto»*. In ordine alla scriminante dello stato di necessità (art.54 c.p.), salvo le ipotesi in cui non ricorra l'intento di vera e propria tutela della salute, l'attività sanitaria sarebbe *«sempre obbligata, per non dire forzata. Il chirurgo preparato, coscienzioso, attento e rispettoso dei diritti altrui non opera per passare il tempo o sperimentare le sue capacità: lo fa perché non ha scelta, perché quello è l'unico giusto modo di salvare la vita del paziente o almeno migliorane la qualità»*. Da qui uno stato di necessità ontologicamente intrinseco alla cura: *«quando il giudice… riconosca… l'intervento chirurgico eseguito con la completa e puntuale osservanza delle regole…, deve, solo per questa ragione, anche senza fare ricorso a specifiche cause di liceità codificate, escludere comunque ogni responsabilità penale»*.
La Sez.VI (7) ribadisce che *«l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso…, che non si identifica con quello di cui all'art.50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento»*; la mancanza o l'invalidità *«determinano la arbitrarietà del trattamento"*, e la sua penale rilevanza *" in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo»*.
Più articolato il percorso motivazionale di Sez.IV nel 2008 (8): quando, in assenza di consenso valido, ovvero prestato per altro trattamento, all'intervento consegua la morte, non si configura l'omicidio preterintenzionale; la finalità di cura è incompatibile con la consapevole intenzione di ledere. Le S.U. così ricostruiscono tale posizione: *"il consenso espresso a seguito di un'informazione completa è vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico, cui non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato, in quanto, al di fuori di taluni casi eccezionali (il paziente non in grado per le sue condizioni di prestare il proprio consenso o dissenso, o lo stato di necessità), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso"*; *"per legittimare il trattamento, deve essere informato, cioè espresso a seguito di un'informazione esaustiva dei possibili effetti negativi…, con le possibili controindicazioni e la puntualizzazione della gravità degli effetti"*; *"ha come contenuto concreto la facoltà, non solo di scegliere tra le diverse possibilità, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere di interromperla"*. Perciò *"il criterio di disciplina della relazione medico-paziente è la libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale*

[3] Delega di cui all'art.3, L.28 marzo 2001, n.145.

autonomia di scelte, che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che va sempre essere rispettata". Da ciò non può concludersi che *«in assenza di consenso o con un consenso… invalido si possa sempre profilare la responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale»* o *«lesioni volontarie»* (8), giacché l'elemento soggettivo non è di norma ravvisabile nell'attività medica, e *«il consenso eventualmente invalido… non può* ex se *importare l'addebito a titolo di dolo»* (ivi).
Sulla stessa linea un'ulteriore sentenza della Sez.IV (9), intervenuta sulla prescrizione di farmaci *off label* (somministrazione per finalità diverse da quelle approvate). Confermato il fondamento costituzionale del criterio di disciplina della relazione medico-paziente, si esclude che dalla mancanza di valido consenso discenda la responsabilità per reato doloso. La finalità di cura *«è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni»*; salvo che si versi in situazioni anomale e distorte, *«per esempio, nei casi in cui la morte consegua ad una mutilazione procurata in assenza di qualsiasi necessità o di menomazione inferta, con esito mortale, per scopi esclusivamente scientifici»*.
La valutazione penalistica del comportamento del medico che abbia cagionato un danno non varia a seconda che vi sia stato consenso o meno: *«il giudizio sulla sussistenza della colpa e quello sulla causalità tra la condotta colposa e l'evento dannoso non presenta differenze di sorta a seconda che vi sia stato o non il consenso informato»*. Ne consegue che il consenso informato non può costituire, in caso di lesioni, un elemento per affermare la responsabilità per colpa, a meno che la sua mancata sollecitazione abbia impedito di acquisire dati necessari sulle condizioni del paziente[4].

LE S.U. NEL MERITO DEL RICORSO

La legittimazione costituzionale dell'attività medica ; esiste un "diritto a curare"?

Per le S.U. innanzitutto appare recepita la *"tesi civilistica della cosiddetta autolegittimazione della attività medica, la quale rinverrebbe il proprio fondamento, non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto"* ex art.50 c.p., quanto nella finalità *"di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito…* «non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo»[5] *… che impone piena ed esaustiva tutela*[6]*… in quanto* «primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati»[7]*)… dunque tutelato come diritto fondamentale nel suo* «nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»[8] *… Anche al di fuori di tale nucleo…* «è garantito a ogni persona come un diritto… condizionato all'attuazione che il legislatore ordinario ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi»*… al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive,… diviene per il cittadino* «pieno e incondizionato» *nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati sulla falsariga delle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie*[9]*… proprio in attuazione del principio del supremo interesse della collettività…,* «l'infermo assurge, nella nuova concezione della assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno ed incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere[10]». *In tale quadro…*

---

[4] Sulla libertà di autodeterminazione del paziente, come limite al dovere medico di intervenire: Sez.IV, 4 luglio 2005, n.38852; 23 gennaio 2008, n.6375; sulla possibile soluzione dei casi in cui l'atto medico presenta vizi di consenso, ricorrendo alla nozione di colpa impropria, mediante le *«categorie dell'erronea supposizione della causa di giustificazione (art.59, c.4, c.p.) e dell'eccesso colposo nella causa stessa (art.55 c.p.)»*: Sez.V, 16 settembre 2008, n.40252.
[5] I riferimenti sono a sentenze della Corte Costituzionale: qui, sent.n.356 del 1991.
[6] Sent.n.307 e 455 del 1990,
[7] Sent.n.202 del 1991, n.559 del 1987, n.184 del 1986, n.88 del 1979.
[8] Sent.n.432 del 2005, n.233 del 2003, n.252 del 2001, n.509 del 2000, n.309 del 1999, n.267 del 1998.
[9] Sent.n.432 del 2005, n.304 e 218 del 1994, n.247 del 1992, n.455 del 1990.
[10] Sent. n.103 del 1977.

sarebbe davvero eccentrico continuare a rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto… la base di semplice 'non antigiuridicità'…; e ciò anche senza evocare le problematiche frizioni" con il disposto dell'art.5 c.c., *"il cui archetipo e la cui* ratio *di norma precostituzionale, si saldavano all'esigenza di circoscrivere il diritto dell'individuo di poter fare illimitato 'mercimonio' del proprio corpo"*. La Consulta[11] ricostruisce il valore *"dell'inviolabilità della persona come 'libertà', nella quale è postulata e attratta la sfera di esplicazione del potere… di disporre del proprio corpo"*. La Costituzione avrebbe tacitamente modificato l'art.5 c.c. sostituendo *"il concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute"* ex art.32 Cost., *"riconducendo, poi, il concetto ed il limite dell'ordine pubblico ai principi generali dell'ordinamento, come tali non superabili dal singolo"*. Con la sua entrata in vigore si afferma il principio personalista: *"la* quaestio *relativa alla portata dell'art.5… non andrebbe più impostata in termini di 'potere'…, ma di 'libertà' di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona"*, come *"libertà di decidere e di autodeterminarsi"*. L'attività sanitaria *"proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ed attuare… la prescrizione, non meramente enunciativa"* dell'art.2 Cost., vi trova legittimazione diretta *"fino a potersene evocare il carattere di attività… 'costituzionalmente imposta' "*. Non a caso l'art.359 c.p. inquadra fra gli *"esercenti un servizio di pubblica necessità proprio i privati che esercitano la professione sanitaria"*, per cui risulta *"incoerente l'ipotesi che una professione ritenuta, in sé, 'di pubblica necessità', abbisogni, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorché attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole… dovrebbe, semmai, immaginarsi… una sorta di 'scriminante costituzionale' "*. Tale è *"la fonte che 'giustifica' l'attività sanitaria"*, escluse solo i casi con *"fini diversi da quelli terapeutici (…interventi a carattere sperimentale puro o scientifico…* (o) *di pura estetica). Come, quindi, l'attività del giudice che adotti, secondo legge, una misura cautelare personale non potrà integrare il delitto di sequestro di persona, e ciò non perché la sua condotta è 'scriminata' 'semplicemente' dall'art.51 cod. pen., ma in quanto direttamente 'coperta' dall'art.13 Cost."*, del pari *"può dirsi 'garantita'… l'attività sanitaria, sempre che ne siano rispettate le regole ed i presupposti"*.

Il consenso informato

"Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti… e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefettibile che 'giustifica' il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole - salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere - della persona". Le S.U. richiamano una recente pronuncia della Consulta[12], che ha puntualizzato come il *«consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento…, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento»* nei principi costituzionali (artt.2, 13 e 32), e ha indicato le fonti intenazionali in materia:… *«l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo…*[13]*, l'art.5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997*[14]*; l'art.3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»*. Per il giudice delle leggi *«la necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico… si evince… da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche*[15]*, nonché dall'art.33 della legge 23 dicembre 1978, n.833*[16]", per il quale *"le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge»*. Il consenso informato va quindi considerato principio

---

[11] Sent. n.471 del 1990 (illegittimità costituzionale dell'art.696, primo comma, c.p.c., nella parte in cui non consentiva di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona dell'istante).
[12] Sent. n.438 del 2008.
[13] Ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176.
[14] Ratificata con legge 28 marzo 2001, n.145.
[15] La sentenza n.438 cita: art.3, L.21 ottobre 2005, n.219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), e art.6, L.19 febbraio 2004, n.40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)
[16] Recante "istituzione del Servizio Sanitario Nazionale".

fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale, nel quale risiede la *"ineludibile base precettiva sulla quale poter configurare la legittimità del trattamento sanitario in genere e della attività medico-chirurgica in specie…, ove manchi o sia viziato…, e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità, il trattamento sanitario risulterebbe* eo ipso *invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare"*.

Il consenso informato nella deontologia medica

Data anche la mancanza di una specifica disciplina, *"assume uno specifico risalto la normativa - non poco evolutasi nel… tempo - elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica"*, che *"chiarisce la portata del 'circuito informativo' che deve collegare… medico e paziente, in vista di un risultato che - riguardando diritti fondamentali - non può non essere condiviso; …destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono il 'prescrizionale' per il medico, e la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale"*. Seguono considerazioni sul Codice deontologico che comporterebbero un'ampia esplorazione della portata e dei contenuti di quest'ultimo nelle sue varie stesure, e che non possono trovare spazio in questo contributo. I principi deontologici hanno in ogni caso – argomentano le S.U. – *"prodotto il convincimento che fosse ormai superata la configurazione della attività del medico come promanante da soggetto detentore di una 'potestà' di curare, dovendosi invece inquadrare il rapporto medico-paziente (al di fuori di qualsiasi visione paternalistica)… come una sorta di 'alleanza terapeutica'; in sintonia… con una più moderna concezione della salute, che trascende dalla sfera della mera dimensione fisica dell'individuo per ricomprendere anche la sua sfera psichica"*.
Sulle disposizioni del Codice deontologico del 2006 (10) ritorneremo nel commento.

Rifiuto del trattamento e assenza di consenso del paziente non sono equiparabili. Il caso del "beneficio" per il paziente; la violenza privata (art.610 c.p.)

Le argomentazioni della sentenza, tuttavia, per usare una locuzione vernacolare toscana, in certo senso "smarriscono la strada di casa", perché dapprima enunciano un principio generale (il medico non può intervenire in violazione della volontà, liberamente e validamente espressa, del paziente: una condotta penalmente rilevante, in quanto lesiva – sotto vari profili, potendosi attuare con modalità diverse – della libertà della persona a determinarsi per le scelte sulla propria salute, anche quando comportino la prospettiva della morte), e subito dopo riconducono il percorso verso il caso di specie, senza esplicitare tutte le conseguenze giuridiche del principio appena enunciato.
Infatti, *"ferma restando… la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato* in corpore vili *'contro' la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito, fausto o infausto…, che quanto meno realizza una illegittima coazione dell'altrui volere, l'ipotesi controversa… riguarda invece il caso in cui, anche se 'in assenza' di consenso… allo specifico trattamento"*, questo *"abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente. E ciò perché non necessariamente il mancato rispetto"* delle norme deontologiche e sul consenso determina *"l'automatica applicabilità delle fattispecie penali… 'tradizionalmente' evocate"*. Si deve verificare *"se quelle fattispecie, pur nell'ambito - e nei limiti - di un percorso ermeneutico che adegui la peculiarità del caso alla struttura delle norme (…'pensate' per altri fini), siano o meno suscettibili di 'attrarre' nella propria sfera precettiva il 'fatto'…, senza debordare dai confini entro i quali è consentita l'interpretazione nel campo del diritto penale sostanziale"*, e valutare se *"il mutamento del tipo di intervento operatorio, effettuato (in ipotesi) senza che tale* variatio *fosse stata in precedenza assentita dal paziente, malgrado il relativo esito fausto, integri o meno il delitto di violenza privata che i giudici del doppio grado di merito hanno ritenuto di ravvisare"*, riqualificando l'imputazione. Tale filone giurisprudenziale non ha approfondito il tema, sottolineando piuttosto che il mancato consenso *"comprometterebbe non il valore della integrità fisica in sé"*, quanto quello della *"libera formazione del volere"*: appare così *"praticabile la soluzione della violenza privata, non tanto sulla base di argomentati rilievi circa la conformità del 'fatto' al tipo*

normativo, quanto per la ritenuta 'ontologica' incompatibilità… tra l'attività medico-chirurgica e il reato di lesioni volontarie". La dottrina relativa al paziente incosciente perché sottoposto ad anestesia e ad intervento diverso da quello previsto faceva invece notare che nell'art.610 c.p. *"la violenza non sarebbe più posta in rapporto con una perturbazione dell'altrui libera formazione del volere, ma con un comportamento concreto - di azione, di tolleranza o di omissione - non voluto dal soggetto passivo. Considerato… che la 'violenza' non richiederebbe alcuna mediazione intellettiva da parte di chi la subisce e che essa è concepibile anche nei confronti di un soggetto incapace di dissentire o consentire… il chirurgo… esplicherebbe una energia fisica sul corpo del paziente, per tale via tenendo una condotta 'violenta', integrante una* vis absoluta*, perché il paziente, per le condizioni nelle quali si trova, non può opporre alcuna resistenza"*.
Le S.U. rigettano la tesi: *"il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima"*; o impropria, con *"mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione… L'elemento oggettivo… è costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l'effetto di costringere taluno a fare, tollerare, od omettere una determinata cosa. L'azione o l'omissione… devono però essere determinate"*; diversamente, *"si avranno i singoli reati di minaccia, molestie, ingiuria, ma non quello di violenza privata*[17]*"*.Trattandosi *"di violenza personale 'diretta'… la nota caratterizzante"* va ravvisata nella *"aggressione 'fisica'…, nella lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l'integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo. Il che sembra rendere del tutto impraticabile l'ipotesi che siffatti requisiti possano ritenersi soddisfatti"*. La violenza è *"connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore…, la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di 'qualcosa' di diverso dal 'fatto' in cui si esprime la violenza"*. Siccome la violenza qui consisterebbe nell'operazione, e la coazione nel tollerarla, *"la coincidenza tra violenza ed evento di 'costrizione a tollerare' rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto"*. Anche la costrizione, nel caso del paziente anestetizzato che abbia acconsentito ad altro intervento si presenta problematica, *"ben al di là della questione, dibattuta in dottrina, se i delitti contro la libertà della persona possano essere commessi nei confronti di un soggetto che versi in stato di incoscienza"*, perché postula *"il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta dell' agente e per conseguenza di essa è indotta a fare, tollerare od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà. Nei confronti del paziente anestetizzato* pleno iure*… il chirurgo potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di 'incapacitazione'…, ma non certo di 'costrizione' della sua volontà, proprio perché… difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e… passivo"*. È dunque il difetto dell'elemento psicologico, non solo sul versante dell'agente, ma anche del soggetto passivo, a escludere la violenza privata; tanto è vero che le S.U. condividono la tesi di una omologia – sostenuta dalla difesa – con la fattispecie introdotta dall'art.609 bis c.p., laddove equipara al *"costringimento con violenza e minaccia a subire l' atto sessuale… l'ipotesi del compimento…* «abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa»*… che certamente si realizza anche nell'ipotesi in cui la vittima sia - come nel caso di paziente anestetizzato - in condizioni di totale incoscienza"* – così dimostrando la parallela necessità di una specifica disposizione, non bastando una mera assimilazione o analogia tra le diverse ipotesi di interazione tra agente e soggetto passivo.

Le lesioni personali dolose e il risultato dell'atto operatorio

Esclusa la violenza privata, *"l'alternativa 'naturalisticamente' privilegiata"* sono le lesioni ex art.582 c.p., originariamente contestato come aggravato; *"parte della giurisprudenza e della dottrina"* evidenzia *"la sostanziale incompatibilità concettuale… tra lo svolgimento della attività sanitaria… e l'elemento soggettivo… Una condotta 'istituzionalmente' rivolta a curare e, dunque, a ri-*

[17] Cass., Sez.V pen., 18 aprile 2000, n.2480.

muovere un male non può essere messa sullo stesso piano" di una destinata a causarlo.*"Ciò non esclude, però, che l'atto chirurgico integri - ove isolato dal contesto del trattamento…- la tipicità del fatto lesivo"*: ciò richiede la *"disamina del corretto piano relazionale tra medico e paziente",* in particolare del consenso, *"che compone la 'istituzionalità' della condotta 'strumentale' del chirurgo, costretto a 'ledere' per 'curare'. Il versante problematico si sposta… dall'antigiuridicità, derivante dal mancato consenso… alla 'tipicità' delle lesioni dell'intervento in sé e delle conseguenze; …se l'atto operatorio ha in definitiva prodotto non un danno, ma un beneficio per la salute"*, appare problematica la tipicità del fatto "sub specie *di conformità al modello"* dell'art.582 c.p.

La nozione di malattia agli effetti dell'art.582 c.p.

Le S.U. ritengono necessario esaminare la nozione *"di 'malattia' ai sensi dell'art.582"*. Nella Relazione ministeriale sul progetto del Codice Penale si ritrovava *una "espressione, correttamente scientifica, di malattia, anziché quella di danno nel corpo o perturbazione della mente"*, ossia *«qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali»*. L'approccio *"è stato… recepito dalla giurisprudenza di legittimità, rimasta, sino ad epoca recente, consolidata nell'affermare che… costituisce malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura fino a quando è in atto il suddetto processo di alterazione, malgrado il ritorno della persona offesa al lavoro*[18]*…Il concetto di 'malattia', più che evocare l'impiego di un elemento descrittivo della fattispecie, rinvia ad un parametro normativo extragiuridico, di matrice chiaramente tecnico-scientifica, tale da far sì che il fenomeno morboso, altrimenti apprezzabile da chiunque in termini soggettivi e del tutto indistinti, presenti, invece, i connotati definitori e di determinatezza propri del settore dell'esperienza… medica"* da cui proviene, cioè *"un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione… funzionale"*; restano estranee *"le mere alterazioni anatomiche che non interferiscano… con il profilo funzionale della persona"*. *"Possono ammettersi processi patologici che non si accompagnino o derivino da una modificazione di tipo anatomico, così come, all'inverso, una modificazione di quest'ultimo tipo che non determini alcuna incidenza sulla normale funzionalità dell'organismo si presenta… insuscettibile di integrare la nozione di 'malattia', quale evento naturalistico del reato di cui all'art.582"*. Non a caso il codice non definisce la lesione *"quale semplice 'rottura' dell'unità organica - ma in relazione all' 'evento' che essa deve determinare…, una "malattia" del corpo o della mente"*. Dato che questa *"può riguardare tanto l'aspetto fisico che quello psichico… alternativamente considerati dal legislatore (attraverso l'uso della disgiuntiva 'o')"* e che *"non può evocarsi un'alterazione 'anatomica' della mente, l'unica alterazione… comune… è proprio - e soltanto - quella funzionale*. Anche il concetto di durata su cui si parametrano procedibilità e gravità del reato conferma *"una propensione al recepimento normativo della nozione 'funzionalistica'… in linea con… la medicina legale"*. L'impostazione è condivisa da parte dalla giurisprudenza, che riconduce la malattia entro *"un paradigma di offensività strutturalmente coeso con la nozione scientifica"*. Così Sez.IV (11): *"Il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di 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… non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche, cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità"*[19]. Ancora, *"la nozione di malattia giuridicamente rilevante non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica, che possono in realtà anche mancare, bensì solo quelle… da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa"* (12). La nozione (in questo caso extragiuridica, ma il cui valore di realtà

[18]Sez.V, 2 febbraio 1984,n.5258; 14 novembre 1979,n.2650; Sez.I, 30 novembre 1976,n.7254; 11 ottobre 1976,n. 2904.
[19] Così anche Sez.V, 15 ottobre 1998, n.714, Sez.IV, 28 ottobre 2004, n.3448.

viene riconosciuto in quanto dato scientifico) di malattia in senso funzionale va dunque a sostituirsi a quello di "lesione" in senso meramente anatomico.
Ciò comporta un'ulteriore esito sul piano psicologico: nell'accettare l'impostazione funzionalistica ne vanno accolte le conseguenze in ordine *"all'elemento soggettivo del delitto…, giacché, se si ritiene che non possa integrare il reato la lesione"* determinante una mera alterazione anatomica e non funzionale*, "l'elemento psicologico non potrà non proiettarsi a 'coprire' anche la conseguenza 'funzionale' che dalla condotta illecita è derivata…"*. La Cassazione *"si è mostrata propensa a ritenere che per la sussistenza del dolo… non è necessario che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione di conseguenze lesive, essendo sufficiente l'intenzione di infliggere… una violenza fisica; basta quindi… il dolo generico"*, sia pur in forma eventuale, come per azioni commesse "ioci causa *allorché l'agente abbia previsto come probabile (e quindi ne abbia accettata la verificazione concreta) l'evento lesivo*[20]*. Anche a voler prescindere dalla dubbia condivisibilità teorica di siffatta ricostruzione… essa oblitera un dato normativo di ineludibile risalto… L'evento naturalistico del delitto… si compone di un frammento 'definitorio' - la lesione - che si specifica in un altro evento"* che ne deriva, *"la malattia". "Se, dunque, si cagiona sul derma… una soluzione di continuo che può integrare la nozione di 'lesione', ciò è ancora inconferente, sul versante del trattamento… agli effetti della integrazione del precetto"*, se non conseguano alterazioni funzionali. *"Pensare che questa 'conseguenza' sia estranea alla sfera dell'elemento psicologico, equivale ad estrapolare dall'evento del reato un solo elemento definitorio, frantumandone, arbitrariamente, l'unitarietà"* voluta dal legislatore. *"Una diversa interpretazione non solo appare inaccettabile da un punto di vista di disamina 'strutturale' della fattispecie - giacché la malattia finirebbe per atteggiarsi alla stregua di una 'eccentrica' condizione obiettiva di punibilità - ma anche in grave frizione con il principio di colpevolezza"* di cui all'art.27, comma I., Cost.[21], che postula *"un coefficiente di partecipazione psichica del soggetto al fatto, rappresentato quantomeno dalla colpa, in relazione agli elementi più significativi della fattispecie"*. Vengono in rilievo le peculiarità della chirurgia, orientata non solo *"teleologicamente… al raggiungimento di uno specifico obiettivo 'prossimo'…, la riuscita, sul piano tecnico-scientifico"*, dell'intervento, ma soprattutto a *"un beneficio per la salute,… il vero bene da preservare; ed è proprio il relativo risalto costituzionale a fornire copertura"* all'atto operatorio, che *"in sé, dunque, rappresenta solo una 'porzione' della condotta terapeutica, giacché essa, anche se ha preso avvio con quell'atto, potrà misurarsi, nelle sue conseguenze, soltanto in ragione degli esiti 'conclusivi'… sul piano della salute complessiva del paziente che a quell'atto si è – di regola volontariamente – sottoposto"*.
Ancorché opinabile da parte del medico legale (13), il che getta qualche ombra sui fondamenti scientifici della posizione delle S.U., sul versante giuridico la *ratio* della distinzione tra lesione (alterazione anche solo anatomica) e malattia (alterazione necessariamente funzionale), adottando poi quest'ultima per tipizzare il reato, si rispecchia (o si origina) nella diversa lettura del caso tra i Codici, che tutelano l'integrità fisica e ne limitano la disponibilità da parte dell'individuo, e la Costituzione, che tutela, come diritti inviolabili della persona, l'autodeterminazione e la salute – vista non in senso statico, suscettibile solo di variazione *in peius* (laddove si consideri l'integrità fisica pari ad un ipotetico 100%), ma in senso dinamico (quindi suscettibile anche di miglioramento, proprio per effetto delle cure cui ci si sottopone, strumento per la concreta esigibilità e realizzazione del diritto). Le S.U. sottolineano che la necessaria definizione della malattia in termini di "durata" ai fini della qualificazione del reato è del tutto coerente con il carattere evolutivo del modello adottato. Se non rileva dunque l'aver causato, oggettivamente, una "lesione" alterando l'integrità strutturale "originaria" di organi o tessuti, in quanto ciò è connaturato all'atto chirurgico, del pari non si può parlare di dolo, in termini di *"intentio"* lesiva, sia sul piano soggettivo (intenzione di cura) che oggettivo (atto conforme alla corretta ed aggiornata prassi professionale). Sulla stessa linea si colloca l'affermazione che il medico (auspicabilmente) non agisce mai *ioci causa*.

---

[20] Cfr., *ex multis*, Sez. I, 7 giugno 1996, n.6773; Sez.VI, 13 ottobre 1989, n.3103; Sez. V, 25 novembre 1986, n. 3038/87; 12 aprile 1983, n.4419.
[21] Le S.U. rimandano a Corte Cost., sent. n.322/2007.

Le S.U. si avviano quindi a trarre le conclusioni del proprio ragionamento.
"Le 'conseguenze' dell'intervento… ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell' ordinamento, non potranno coincidere con l'atto operatorio in sé e con le 'lesioni' che esso 'naturalisticamente' comporta, ma con gli esiti… sul piano della valutazione complessiva della salute".
Il chirurgo non risponderà di lesioni solo per *"essere 'chirurgicamente' intervenuto…, salvo ipotesi teoriche di un intervento 'coatto';… proprio perché la sua condotta è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'*agere*, in rapporto, anche, alle regole dell'arte"*. Si dovrà così verificare *"l'esito, fausto o infausto…, parametrando ad esso il concetto di 'malattia' "*. In dottrina emergono *"le difficoltà che - a cagione della pluralità di considerazioni… che tale giudizio comporta - possono compromettere una valutazione certa e obiettiva in ordine ai risultati scaturiti, per la salute del paziente"*; ma questi rilievi vanno affrontati in separata sede. Se l'intervento viene *"eseguito* lege artis… *per contrastare una patologia"* con esito positivo *"non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur se 'anatomicamente' lesivo, non soltanto non ha provocato - nel quadro generale della 'salute' del paziente - una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia"*, escludendo il reato di cui all'art.582 c.p. *"per difetto del relativo 'evento' "*. Il mancato consenso ad altro intervento *"potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale. Proprio sul versante della 'opinabilità' della valutazione dei risultati"* parte della dottrina *"ha fatto leva per desumere come il difetto del consenso informato allo specifico atto"* indichi che *"il concetto stesso di 'salute' e di esito più o meno fausto"* debba postulare *"anche l'apprezzamento e la scelta consapevole dello stesso paziente: il quale ben può avere, della propria salute, una* opinio *affatto diversa da quella del medico e che… deve essere - trattandosi di diritto inviolabile della persona - adeguatamente cautelata e rispettata"*. Rilievo fondato, ma solo *"in una (auspicabile) prospettiva* de iure condendo*"*. Infatti, per l'art.582 c.p. malattia e salute devono *"ricevere una lettura 'obiettiva'… dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa… per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile…, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare - quindi - che possa essere soltanto la 'monologante' scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, negligendo ciò che il paziente abbia potuto indicare"*.
In caso di esito infausto *"la condotta del sanitario, avendo cagionato una 'malattia', realizzerà un fatto conforme al tipo"*, che risulta di rilevanza penale quando, *"difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata 'copertura costituzionale' … Trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici - accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni… potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui - a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il 'vizio' del consenso informato - si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (artt.55 e 59, quarto comma, cod. pen.)"*. Pertanto *"ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle* leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art.582 cod. pen., che sotto quello del reato di violenza privata"*.
La sentenza veniva annullata senza rinvio "perché il fatto non sussiste".

COMMENTO

PROBLEMATICHE GIURIDICHE

Nel rimandare ad una trattazione esaustiva, pur se non aggiornata agli ultimi sviluppi della giurisprudenza, che purtuttavia enuclea molto bene numerosi aspetti del trattamento medico definito "arbitrario" (14), proviamo a formulare alcune considerazioni, molto generali, di diritto, in tanto che risultano di interesse pratico per il medico.

Il problema (?) dell'ar.27 Cost.

Le S.U. ancora una volta ricordano ai giudici (evidentemente ve n'è sempre bisogno) il principio costituzionale di tassatività e determinatezza della fattispecie penale come limite invalicabile (e persino argine) al pur indispensabile compito di interpretare la legge penale in fase di applicazione; e rimandano ad un orientamento assolutamente consolidato della Corte Costituzionale.

Si lascia intendere che talune delle sentenze si collocavano in prossimità di tale limite, se non forse oltre: nel caso specifico, viene rimarcata la necessità, dal punto di vista strutturale, di un *quantum* minimo dell'elemento psicologico nel reato, sia esso colpa o dolo. Che cioè non è proponibile – *rectius*, non vi può essere – una responsabilità oggettiva, nel semplice fatto nella sua materialità storica, una sorta equivalente penale del caso civilistico in cui *res ipsa loquitur*.

La non necessità di ipotizzare scriminanti

Le S.U., menzionata la tesi della *"cosiddetta autolegittimazione della attività medica"*, subito dopo ne indicano il fondamento nella *"tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito"*. In un'ottica di rango più elevato e di *jus superveniens* rispetto ai codici di epoca fascista, viene così aggirata – e sostanzialmente denunciata come irrilevante – la problematica sulle eventuali scriminanti, ulteriormente complicata dall'art.5 c.c., che sottrarrebbe al singolo la disponibilità del proprio corpo, in contrasto con le "nuove" disposizioni costituzionali, che sanciscono invece la libertà di autodeterminazione della persona, comprimibile solo in presenza di diritti o valori di pari rango, di altri o della collettività, tra cui non possono annoverarsi proprio le norme codicistiche.

Incidentalmente, tali problematiche sono venute in rilievo anche nel recente dibattito, sollevato anche in relazione a ben noti casi giudiziari, sui cosiddetti temi della "fine vita" e dell'espressione delle relative determinazioni in ordine alle cure (direttive di fine vita, testamento biologico), investendo il tema del consenso o rifiuto della persona – pienamente capace, ovvero no – a sottoporsi alle cure, anche quelle necessarie per la vita.

L'unica scriminante classica che viene in rilievo pare quindi essere lo stato di necessità, che verrà meglio affrontato nella successiva trattazione del ruolo del consulente tecnico – in quanto la sua sussistenza fa di regola riferimento a parametri tecnico-scientifici.

Il comportamento ordinario del medico non può essere qualificato come "violenza" ai fini dell' art.610 c.p.

Le S.U., sulla scorta della giurisprudenza, invitano ad esaminare il reato nei suoi elementi costitutivi, soggettivi ed oggettivi., ed esplicitano le motivazioni per cui, eccettuato il caso di intervento contro il volere della persona, il comportamento ordinario del medico non integra i caratteri tipici della violenza privata nel rapporto con il paziente:

a) sotto il profilo soggettivo dell'agente, la dinamica terapeutica, e non di "violenza o minaccia";

b) sul versante della condizione assunta dal soggetto passivo, la mancanza del requisito della costrizione ("a fare o subire" mediante "violenza o minaccia") – nel caso di specie il paziente incosciente per effetto dell'anestesia, che non può propriamente subite coazione o coartazione della volontà.

In realtà, nella maggior parte dei casi della pratica medica il paziente *"non"* si trova incapacitato al momento di esprimere il consenso: vale tuttavia il concetto generale che esclude *in radice* nell'atteggiamento terapeutico del medico un carattere coattivo, o tanto meno violento, o minaccioso; e per altro verso la questione può essere ricondotta in ultima analisi alla tematica del consenso (più o meno) informato, che esamineremo in dettaglio più avanti. La difficoltà, operativa prima e giuridica poi, si ritrova piuttosto nella cosiddetta asimmetria informativa, di cui medico e paziente (ma soprattutto il primo) debbono farsi carico al momento di concordare le scelte in ordine alla salute.

Devono farlo entrambi, perché il consenso informato è pacificamente un argomento che attiene alla comunicazione tra persone, mentre se ne deve rifiutare recisamente un modello meccanicistico (e di comodo), secondo cui il medico informa (nel senso di trasferire informazioni) il paziente, che a sua volta sceglie autonomamente sulla base delle informazioni ricevute. Intanto questo modello trascura tutti gli aspetti relazionali (modalità di comunicazione, aspetti emotivi e/o razionali,…); ma soprattutto non tiene conto del fatto che il medico – non meno dell'avvocato o di altri professionisti – è anche un consulente della persona nelle sue scelte: non a caso il lessico medico conosceva consulti e consulenze, termini oramai quasi desueti, nonostante lo specifico articolo del Codice deontologico (art.60) (10): è questo che il paziente in genere chiede, piuttosto che mera "informazione".
È di tutta evidenza che affrontare il problema, sul versante penalistico, in termini di violenza privata non avvicina affatto la soluzione, men che meno per il paziente, di cui si vuole tutelare il diritto ad autodeterminarsi. Siamo ancora molto lontani dall'alleanza terapeutica, ad oggi il modello ideale della relazione medico-paziente, invocato anche dalla Cassazione (15). Neppure l'intervento fausto, se eseguito senza consenso, rispetta a ben vedere in pieno il diritto della persona all'autodeterminazione: ma è dubbio che una soluzione possa mai ritrovarsi *ex post* nelle aule dei tribunali.
Sul crescente contenzioso paziente medico, si veda la lucida analisi di Caruso (16).

La legittimazione dell'atto medico

L'*agere* del medico si radica quindi in un diritto (ed un bene) primario di rango costituzionale non proprio, ma del paziente (la salute e l'autodeterminazione *in subiecta materia*), che risulta *anche* di interesse per la collettività, la quale provvede a darne concreta attuazione mediante la legge statale (e, con la riforma federalista, anche mediante le leggi regionali) attraverso un complesso bilanciamento di diritti, doveri, valori e interessi rilevanti, individuali e collettivi, pubblici e privati. Secondo le S.U. è (nell'ottica personalistica costituzionale) proprio l'esercizio del diritto attuale e concretamente esigibile del paziente alla tutela della propria salute, intesa anche come interesse collettivo, a legittimare l'attività medica (nonché ogni altra professione sanitaria regolata dallo Stato), in quanto *instrumentum princeps* di natura tecnica senza il quale non si potrebbe dare tutela efficace: tanto il diritto del paziente quanto l'interesse collettivo senza il concreto operare del medico (e degli altri professionisti sanitari) sono in larga parte solo enunciati teorici non concretamente attuati.
Si può viceversa asserire l'esistenza di un "dovere a curare", sia pubblico che del singolo professionista, non assoluto, ma da collocarsi nella più ampia rete appena delineata; e tale affermazione era stata fatta propria dalla sez.I in una sentenza sopra citata (6): l'attività sanitaria sarebbe *"sempre obbligata"* sul versante del medico, salvo casi particolari (citiamo solo l'obiezione di coscienza).
Non a caso le S.U. sottolineano la rilevanza pubblica della professione medica, la cui regolamentazione da parte dello Stato non nasce da considerazioni di mercato, come lasciano intendere taluni recenti interventi comunitari mirati a favorire le liberalizzazioni, ma nella garanzia dell'attualità del diritto costituzionale alla salute, in entrambe le dimensioni (privata e pubblica).
Nessuna scriminante, dunque, neppure quella classica del consenso dell'avente diritto, in una lettura codicistica; ma legittimazione nella legge fondamentale, senza la quale l'atto medico verrebbe letto come inevitabilmente foriero di danno (e nei fatti lo può risultare, in senso statistico, dato che qualsiasi trattamento è gravato da una certa percentuale, più o meno elevata, di eventi avversi, prevedibili o meno, prevenibili o meno), e non secondo le proprie finalità naturali, innanzitutto deontologiche, di "beneficialità" e "non maleficenza" verso il paziente. Troppo spesso, infatti, il messaggio che viene recepito (erroneamente) dal medico è del seguente ordine di idee: *"Chi non fa, non sbaglia"*; ovvero la prima preoccupazione del medico sarà quella di esercitare, per quanto gli sarà consentito, una "medicina difensiva" (16).
Esulano dal quadro appena rappresentato, in quanto sprovviste di una immediata e sicura "beneficialità" per la salute del paziente, altre forme, pur previste e legittime, dell'esercizio della medicina, quali la sperimentazione scientifica (per la quale le normative attuali e gli standards internazionali [17] prevedono, tra l'altro, il vaglio preliminare di comitati etici e l'acquisizione di un consenso strutturato, nonché correzioni ai protocolli in caso emergano particolari benefici o danni), e la medicina (e chirurgia) estetica, che si collocano su altro piano da quello della terapia.

Sono perciò due i pilastri su cui si regge la legittimazione dell'arte medica: da un lato, l'appena citato riconoscimento della sua funzione; dall'altro, il consenso informato, unico ed irripetibile, del singolo paziente sulla specifica ipotesi di trattamento che gli viene prospettata.
È in certo senso audace e sorprendente il parallelismo in relazione alla libertà della persona tra lo specifico *agere* del medico nella tutela della salute, e quello del giudice che adotti provvedimenti che limitano la libertà personale: in entrambi i casi ci si trova di fronte non ad una scriminante – il che implicherebbe l'oggettiva antigiuridicità del fatto –, ma all'esercizio di una funzione pubblica costituzionalmente garantita; il che può dirsi *ex professo* per l'ordine giudiziario, con molta meno evidenza per la professione medica, e bisogna ringraziare le S.U. che ce lo ricordano.
E, per proseguire nel parallelismo logico, allo stesso giudice, proprio come al medico, è vietato, se non quando disposto dalla legge, ingerirsi nelle scelte nella persona in materia di salute, persino quando ciò possa comportarne la morte.
Cerchiamo ora di ricostruire in tab.1 i possibili casi di responsabilità in relazione al consenso prestato – o meno – dal paziente.

Tab.1 – Responsabilità penale del medico e consenso informato.-

CONSENSO PRESTATO (consenso informato)	RESPONSABILITÀ PENALE IN CASO DI ESITO	
	Fausto	Infausto
Valido	No	Lesioni personali/omicidio c. se colpa professionale*
Non espresso	No	Lesioni personali colpose / omicidio colposo
Ad altro intervento	No	Lesioni personali colpose / omicidio colposo
Non valido**	(1)	Lesioni personali colpose / omicidio colposo
Negato**	Violenza privata	(2)

*Con i criteri della sentenza Franzese.
**Ad es. per non corretta comprensione (linguistica o culturale), o comunicazione, mentre il caso del paziente incapace in modo momentaneo o permanente.

Restano alcuni casi non coperti dalla sentenza.
Sulla ipotesi (1) della tab.1 (consenso non adeguatamente informato, ontologicamente diverso dal caso di consenso ad altro intervento), e quindi sostanzialmente invalido, la sentenza non getta invero adeguata luce. Se ciò implica di norma la colpa nel senso della responsabilità civile, appare plausibile la tesi della colpa penale nel caso di esito infausto, essendo il medico in errore sull'adeguatezza delle informazioni fornite e/o del livello di comprensione del paziente, senza che gli si possa viceversa attribuire alcun intento lesivo o capacità di prefigurarsi l'evento agli effetti del dolo. Non è invece del tutto chiaro a quale caso l'esito fausto possa essere di fatto ricondotto: se a quello del consenso non espresso, da cui la penale non rilevanza (e sarebbe l'eventualità più ragionevole); ovvero a quella del consenso negato, da cui la perseguibilità a titolo di violenza privata.
Nel caso del consenso non espresso, il medico sarà sempre coperto dallo stato di necessità se il paziente versa in stato di momentanea incapacità (essendo del tutto irrilevanti nell'ordinamento nazionale le volontà dei parenti, escluso il caso degli esercenti la potestà genitoriale nel caso del minore); mentre le S.U. chiariscono che il medico versa in colpa penalmente rilevante solo in caso di esito non fausto.
Nell'ipotesi (2) della tab.2, le S.U. nei fatti evitano di esprimersi su una materia che risultava estranea ai fatti di causa, limitandosi ad affermare che tale condotta invade la sfera dei diritti fondamentali del paziente.
Va segnalato che un altro tema delicato riguarda il paziente minore e gli esercenti la potestà genitoriale, quando vi è disaccordo tra la volontà di questi e quella del minore stesso: ma la questione non può in questo caso essere rimessa al solo medico, in quanto investe anche l'apprezzamento, caso per caso, della capacità del minore in ordine alle scelte sulla propria salute. Sinteticamente (trattandosi di argomento molto diverso da quello qui trattato), in caso di discordanza tra la volontà del minore e quella degli esercenti la potestà genitoriale, quest'ultima non può prevalere in modo automatico, né è l'età del minore (più o meno prossima ai 18 anni) l'aspetto più rilevante, ma è richiesta una penetrante valutazione – questa voltà sì – del giudice su tutti gli aspetti del caso di specie.

ASPETTI DI RILEVANZA MEDICA

Il (problema del) consulente tecnico

La lettura della malattia e della salute nei termini dinamici ed evolutivi che le S.U. propongono lascia intendere che – almeno ai fini delle "lesioni" penalmente rilevanti – non può esistere il reato nella sua dimensione materiale, ove l'apprezzamento tecnico dei fatti dimostri che la cura ha sortito un effetto complessivamente favorevole sulla salute rispetto allo *status quo ante* (questo sì, di malattia). Apprezzamento che può essere rimesso solo al consulente tecnico (medico egli stesso, dirà qualcuno: ma al magistrato di ogni funzione è sottratta, per conforme dottrina e giurisprudenza, la possibilità di esprimersi su materie tecniche con valutazioni, di scienza o di esperienza, autonome rispetto a quelle dei consulenti, senza adeguata motivazione).

La sentenza affronta, direttamente o indirettamente, vari altri aspetti tecnico-sanitari, spostando così la problematica in buona parte sul terreno extragiuridico; e su questi sarà proprio la consulenza tecnica a decidere: vediamone alcuni.

Necessità ed urgenza dell'intervento

Chi la stabilisce *a posteriori*, e in base a quali criteri?

Certo: il CTU medico – ma ad avviso dello scrivente la consulenza (meglio se collegiale) dovrebbe lavorare (*rectius,* essere richiesta) su un ***duplice piano***: ***oggettivo***, dell'effettiva corrispondenza del professionista ai migliori *standards* di comportamento praticabili; ***soggettivo***, della correttezza del suo concreto operato nel caso di specie, in quanto spesso la medicina comporta non una sola opzione, ma un ventaglio di possibilità diverse, la cui attuazione dipende anche dal contesto – tenuto conto che i fatti di causa sono nella maggior parte dei casi unici ed irripetibili nella loro materialità storica. Ad esempio: anche se l'intervento era differibile, vi erano ragioni valide per eseguirlo (necessità di nuova anestesia e ferita chirurgica; avrebbe comportato ulteriore dolore, o un ulteriore periodo di inabilità al lavoro, ecc.)? si poteva somministrare un altro farmaco, che verosimilmente avrebbe avuto a priori una probabilità di risultare più efficace? e perché si è scelto quel farmaco?

Non è un caso che la sentenza non si soffermi sull'eventuale stato di necessità: in primo luogo, questo non veniva pacificamente in causa nel fatto di specie, ma – in secondo luogo –non appare più di tanto oggetto di scrutinio giudiziario, se non nella lettura proposta dalla consulenza, cui nessun giudice negherà la necessaria attenzione; così la Cassazione civile: *"la scelta delle risultanze probatorie cui conferire determinante rilievo e l'interpretazione del risultato di una complessa attività intellettiva, quale può essere quella demandata al c.t.u., competono al giudice del merito"* (15).

Anche qui, rispetto al passato la medicina propone oggi, accanto a strategie precocemente e decisamente interventistiche (si prenda l'esempio della rivascolarizzazione coronarica nell'ischemia miocardia acuta), altre di *wait and see* (ad esempio in certe forme di addome acuto), laddove anche solo qualche decennio fa si sarebbe proceduto chirurgicamente ad una "laparotomia esplorativa". Il discrimine non è quindi tra fare e non fare, ma nel confronto tra comportamenti tecnico-professionali alternativi, ciascuno dei quali ha una propria *ratio* scientifica.

E la sentenza Franzese resta lì ad ammonirci sull'uso dei coefficienti di probabilità in ordine agli esiti alternativi, e sulla necessità di avvalersi – anche e soprattutto – del procedimento logico per addivenire a valutazioni di credibilità razionale *"prossima alla certezza"* (1).

Nozione di malattia

Le S.U. ne adottano una nozione funzionale assolutamente "medicalizzata", anche se nella stessa opinione di un cattedratico di medicina legale, Norelli, *"l'argomento ha impegnato generazioni di medici legali"* (13): la scelta appare forse discutibile, ma avvalersi del concetto (anatomico) di "lesione" si sarebbe tradotto in una sorta di paralogismo giuridico non corrispondente all'attualità scientifica; e la Suprema Corte lascia intendere che il giudice penale si dovrebbe altrimenti trovare a leggere la patologia psichiatrica in termini di "lesione" della psiche (dovendosi postulare in questo caso che la psiche rappresenti un "organo") – lettura scientificamente insostenibile[22].

---

[22]In effetti il medico legale, quando va a "quantificare" la lesione, anche nella moderna concezione di danno biologico, lo fa sempre in termini di *functio lesa*. Si ammette dunque anche un danno biologico di natura psichica (ad es. per la sindrome da stress post-traumatico), da intendersi però nei termini appena esposti.

In senso giuridico, un'interpretazione diversa – nella lettura delle S.U. – valorizzando ai fini della punibilità il solo concetto di lesione, renderebbe la malattia da un lato una condizione non necessaria ai fini della configurazione del reato, dall'altro una "*fattispecie eccentrica*", oggetto in sostanza di punizione distinta ed ulteriore. Le S.U. in sostanza coordinano i due elementi (lesione e malattia) in un'unica concezione funzionalistica della salute come bene protetto.
Rimane esclusa – con questi parametri di valutazione – ogni eventuale problematica, pur tipizzata (art.583, c.2, n.4, c.p.), quale lo sfregio del volto, in quanto non incidente sul versante funzionale o psicologico, che sarà oggetto di apprezzamento separato, sia peritale che giudiziale.
Sarà il CTU, quindi, a rapportare i risultati delle proprie osservazioni ai criteri diagnostici per una patologia scientificamente riconosciuta: la malattia c'è, o non c'è.

Apprezzabilità della malattia

Una volta formulata la diagnosi (*an*), compete ancora al CTU descrivere i risultati dell'intervento in termini misurabili (*quantum*), in tanto che incida su una o più funzioni (articolare, respiratoria, cardiaca, metabolica, psichica, ecc.). Infatti la malattia deve essere per le S.U. "significativa" per risultare penalmente rilevante – ma è fonte di perplessità per il medico legale *"il termine 'significativo', che sembra subordinare l'esistenza di uno stato di malattia ad una estrinsecazione quantitativa"* (13). Ancora una volta le S.U. sembrano rimandare la palla nel campo della medicina; solo la consulenza potrà dire ciò che è "apprezzabile" o "significativo" (cioè una soglia minima) in termini di *functio laesa*: nessun magistrato potrà sostituirsi a tale valutazione una propria che non risulti in sé arbitraria, in quanto non fondata sull'evidenza scientifica. Un caso tipico è la mera alterazione biochimica o strumentale, magari a carattere transitorio, in assenza di alterazioni funzionali clinicamente evidenti, che sia magari ascrivibile all'effetto di un farmaco.
Il medico legale, meglio se in collaborazione con altri specialisti, ovviamente deve operare una valutazione trasversale, puntuale, collocandola in un certo momento, in cui gli esiti possono essere "misurati" in modo conveniente; spesso ci si esprime in termini di "esiti", di "lesione" di un certo organo o senso, nell'assunto che siamo di fronte ad una malattia stabilizzata nel suo evolvere, o, quanto meno, la cui evoluzione è oramai scientificamente prevedibile.
Una quantificazione appare comunque necessaria nel processo penale ai fini della qualificazione della lesione come grave o gravissima (art.583 c.p.), e anche agli effetti del risarcimento dovuto alla persona offesa, se disposto dalla sentenza di condanna.

La valutazione dell'esito "fausto"

Questo va inteso come un caso particolare del quesito precedente, ossia quel risultato finale che comporti un beneficio, anch'esso "apprezzabile", in termini di salute – da distinguere dalla riuscita tecnica *lege artis*, a questo punto condizione necessaria, ma non sufficiente (secondo il vecchio detto, in sé un po'cinico, secondo cui "l'operazione è riuscita, ma il paziente è morto"). Il medico insiste non poco, comprensibilmente, sulla difesa del proprio operato (il giurista lo intenderà nel senso civilistico dell'obbligazione di mezzi): ma a seguito della sentenza diventerà materia di un eventuale contenzioso peritale proprio l'esito, in senso assoluto, del trattamento praticato.

La finalità dell'atto medico

L'atto medico ha, nella lettura delle S.U., una finalità di rilevanza costituzionale non tanto nel compimento tecnico *lege artis* dei propri atti – pur necessario – quanto nella tutela *lato sensu* della salute del paziente, appunto bene e diritto di rango costituzionale: diversamente, si renderebbe la medicina un mero esercizio di capacità tecniche, o, peggio, in una sorta di *ars gratia artis*, di autocompiacimento altrimenti sterile (*ioci causa*) – persino, suggerisce la Cassazione, illecito. Il medico – si lascia intendere – è qualcosa di diverso dall'ingegnere che fa i propri calcoli sul cemento armato, o dall'architetto che arreda una casa: il suo agire sta oggi sospeso tra *ars*, *techné* (con un contributo sempre più rilevante della tecnologia) e le più recenti acquisizioni etiche[23]. Le S.U. richiamano proprio il concetto di "alleanza terapeutica" sviluppato dalla bioetica insieme a quello di *empowerment*, come potenziamento delle capacità di decisione in ordine alla propria salute.

---

[23] Si veda il recentissimo saggio del matematico Giorgio Israel (Per una medicina umanistica. Apologia di una medicina che curi i malati come persone; 2010; Lindau ed., Torino), che richiama alla cura del paziente come persona.

IL CONSENSO INFORMATO

Il codice deontologico

Non si può notare senza soddisfazione il pressoché completo recepimento da parte delle S.U. delle posizioni assunte, per altro verso, dal Codice deontologico, che tratta la materia al capo IV (informazione e consenso). L'art.33 tratta di *"informazione al cittadino"*, l'art.35 più propriamente del consenso informato (*"acquisizione del consenso"*). Nel rimandare al Codice commentato in bibliografia (10) per approfondimenti, si riporta di seguito il testo proprio dell'art.35:

"Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente.
Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33.
Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso.
In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona.
Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente".

Autodeterminazione del paziente e conseguenze giuridiche della condotta del medico

Alcune delle posizioni giurisprudenziali richiamate si esprimevano (si rimanda al paragrafo specifico) più sul versante della rilevanza dell'autodeterminazione del paziente in ordine alla scelta dell' opzione concreta; ma ricordiamo che rilevano anche i suoi orientamenti di fondo, quali il curarsi o meno, e la percezione dei valori collegati: da ultimo Sez.IV (18) ha affermato, proprio nell' escludere l'ipotesi di omicidio preterintenzionale in caso di responsabilità medica, che il consenso informato *"ha come contenuto concreto la facoltà, non solo di scegliere tra le diverse possibilità, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere di interromperla"*.
Nisticò osserva che le considerazioni delle S.U., *"anche volendo prescindere dalla loro complessità, si muovono su un piano assiologico esclusivamente oggettivo, nel senso che sia la valutazione circa le modalità operative dell'intervento, sia quella circa la positività degli esiti dello stesso, prescindono dalla volontà del paziente. Il titolare del diritto tutelato risulta così sostanzialmente estromesso dalle valutazioni relative al suo stato di salute, poiché l'esito fausto o infausto dell' intervento viene valutato sulla base di un concetto di salute che l'apprezzamento e le scelte del paziente non hanno in alcun modo contribuito ad elaborare… prestando o negando il proprio consenso…, il paziente in effetti introduce il* proprio *concetto di salute nella valutazione sulla praticabilità del trattamento sanitario… che le prospettazioni e la personalissime valutazioni del soggetto rispetto al proprio stato di salute siano rilevanti per l'ordinamento è testimoniato dal fatto che egli possa rifiutare qualsiasi trattamento medico, compresi quelli verosimilmente necessari a tenerlo in vita o comunque a garantirgli standards più alti di godimento della salute… Resta dunque da chiarire per quali ragioni l'opinione del soggetto titolare del diritto…, che egli manifesta attraverso il proprio consenso informato e che può arrivare addirittura a determinare il legittimo rifiuto di un trattamento sanitario 'salvavita', divenga… completamente ininfluente"* (19).
In realtà, già le S.U. percepivano il rischio che l'aspetto "oggettivo" trasformi il necessario dialogo medico-paziente in un monologo; eppure la relativa cornice era stata tracciata da Sez.I (6), allorché afferma che il medico agisce in forza di una sorta di scelta obbligata (quindi, *non* ha scelta), in relazione alle indicazioni tecniche della propria professione. L'aspetto deontologico, qui relativo al consenso informato, sarà parimenti rilevante – ma nel senso che (ci dicono le S.U.) si potrà pur versare in colpa per altro verso, o rispondere di addebiti disciplinari, laddove *senza deliberata intenzione* si richieda ad esempio il consenso per un certo intervento, e poi se ne debba eseguire un altro, più efficace e con effetto fausto: ma senza che in ciò si debba ravvisare l'illecito penale, né sotto il profilo della "violenza", né della lesione, tanto colposa (difettando gli elementi della colpa penale),

quanto infine dolosa (difettando quanto meno l'elemento soggettivo e persino l'elemento oggettivo del reato, non potendosi ravvisare nel fatto – nel senso dinamico del concetto di salute sussunto dalle S.U. – una *diminutio* del bene salute, sul quale si è accertato un esito persino migliorativo).
Per un verso il giudice dei giudici mostra di tenere in elevata considerazione il diritto del paziente a vedere privilegiate le proprie scelte; ma al contempo paventa le gravi conseguenze di una definizione, agli effetti della legge penale, della materialità del fatto (malattia) che assuma caratteri soggettivi, ovvero persino arbitrari: tale valutazione viene ora sottratta alle parti, persino al giudice, e traslata in una dimensione extragiuridica, quella della medicina. Non è pertanto una scelta "a favore" del medico, ma della scienza, cui il medico per primo deve attenersi nel proprio *agere*.
Del resto, non può essere sottolineata abbastanza la centralità della affermazione secondo cui, nel valutare la condotta del medico, non ci si può fermare alla materialità dell'intervento o alla volontà del paziente, prescindendo dai suoi obiettivi e risultati concreti: diversamente, non si percepirebbe alcuna differenza tra un intervento chirurgico terapeutico, e, ad esempio, ad una infibulazione richiesta dai genitori di una bambina. In entrambi i casi si può acconsentire al farsi asportare, o modificare chirurgicamente, una parte del corpo: ma ben diversi sono contesto e fini, tant'è che al medico è, ad esempio, anche deontologicamente vietata (art.52, ultimo comma [10]) ogni pratica a ciò assimilabile, segnatamente (per la loro attualità) le mutilazioni genitali femminili.

Consenso informato e colpa/dolo

Sez. IV si era preoccupata già nel 2001 (4) di tutelare il principio del consenso informato, anche quando comporti la scelta di opzioni a maggior rischio (fino a conseguirne la morte): non è tanto il fatto che il paziente "abbia firmato" che libera il medico da colpa, quanto il fatto che il consenso a "quell'intervento" e il rifiuto "all'altro", tecnicamente migliore e a minore rischio, rende praticabile la sola opzione scelta dal paziente. È di tutta evidenza che l'alternativa, suggerita dalla Corte d' Appello, di eseguire comunque l'intervento più indicato sconfini nel terreno dell'illecito penale.
Del resto, la stessa nozione di dolo (in specie nella sua forma di dolo eventuale) si è nel tempo evoluta, anche in rapporto all'elaborazione di una specifica categoria giurisprudenziale, la colpa cosciente: ad eempio, sez.IV (20) nel 2009 conferma la qualificazione come omicidio colposo *"dell' uccisione di un pedone investito dal veicolo condotto da soggetto in stato d'ebbrezza e che viaggiava a velocità sostenuta in un centro urbano…, ha ribadito che il dolo eventuale si differenzia dalla colpa cosciente per la previsione dell'evento come concretamente e non solo astrattamente realizzabile, talché, in mancanza dell'autonoma prova di tale circostanza, non è possibile ritenere che l'agente abbia voluto l'evento, a meno di non voler affermare sempre l'esistenza di un dolo in re ipsa per il solo fatto della consumazione di una condotta rimproverabile"*.
Posizione che sembra attagliarsi assai bene anche al caso (si perdoni il bisticcio di parole) del chirurgo Massimo (2), del quale, pur potendosi qualificare la condotta senz'altro come degna di riprovazione sotto il profilo professionale, non si può certo affermare che nell'operare la paziente si potesse rappresentare l'evento avverso (malattia/lesione e morte) in termini di previsione "concreta", piuttosto che di fatto "astrattamente realizzabile". Né appare ragionevole che il "dolo *in re ipsa*" censurato dalla Cassazione per il guidatore ubriaco che investe un pedone si possa viceversa ipotizzare per il chirurgo che effettui un intervento non assentito.
Colpa, dunque, e non dolo: a meno di tornare ai concetti ritenuti superati dalle S.U. nell'ottica costituzionale così ampiamente valorizzata, o dilatare arbitrariamente la categoria del dolo.

Il consenso e la visione (non) contrattualistica del rapporto: riflessi non solo penalistici

Per buona fortuna, o – speriamo – per un'alta ed illuminata concezione della relazione medico-paziente, le S.U. prescindono da ogni considerazione di natura contrattualistica, che risulterebbe inevitabilmente centrata sulla mera prestazione, in un rapporto tra cliente (o utente) e fornitore di prestazioni e servizi. Ha certo rilevanza che si tratti di obbligazione di risultato (come nel caso dell' attività a fini estetici) o di mezzi (com'è il caso della massima parte dell'attività medica), ma alla fine la cornice appare la medesima; e il consenso informato verrebbe in sostanza letto alla stregua di una sorta di assenso rispetto ad un preventivo commerciale: "la tua auto ha un problema alla tra-

smissione, occorre sostituire questi componenti"; e se si scopre che l'inconveniente è diverso e più grave, si deve avvertire il cliente, formulare un nuovo preventivo e ottenere il consenso.
Non si tratta di un'esagerazione: vi è una profonda distanza tra questa concezione (affatto moderna) della medicina come sequenza di prestazioni al "cliente" e il principio di affidamento del paziente al medico come fondamento del rapporto diagnostico-terapeutico, in tanto che dalla prima resta esclusa ogni dimensione umanistica della medicina. (si veda il contributo di Israel [nota 23] al dibattito in materia, assai rilevante in termini di civiltà – anche di civiltà giuridica).
La responsabilità del medico è letta da molti anni in chiave contrattuale, il che può darsi in certo modo a livello di rapporto professionale (contratto d'opera), laddove il paziente scelga direttamente il medico – ma ciò crea difficoltà notevoli nel caso delle strutture sanitarie, soprattutto pubbliche.
La tematica richiede un'incursione nel campo civililistico, necessariamente sintetica e incompleta.
Il rapporto fra paziente e struttura sanitaria trova fondamento in un contratto autonomo ed atipico, di "spedalità" o di "assistenza sanitaria", che fa riferimento alle regole dell'art.1218 c.c. (21).
La Suprema Corte (22) rigetta il ricorso di una struttura sanitaria privata, il cui collaboratore medico era stato condannato per omicidio colposo con addebito a titolo di responsabile civile per la stessa, ove si argomentava che *"la natura prettamente professionale della prestazione esplicata… all'interno e con l'ausilio delle strutture tecnico - organizzative del Centro… avrebbe dovuto comportare l'esclusione della responsabilità indiretta (ex art.2049 c.c.) della società che lo aveva preposto all'incarico…, in quanto sprovvista di poteri di direzione e di controllo sull'opera svolta dal preposto in piena autonomia"*. La tesi difensiva contrasta con le posizioni assunte dalla stessa Cassazione: la responsabilità, anche ai sensi art.1228 c.c., per i danni subiti dal paziente rivoltosi ad una struttura sanitaria *"sorge per il solo fatto dell'inserimento del medico in detta struttura, senza che assumano rilievo né la continuità dell'incarico affidatogli, né l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, bastando che il comportamento illecito del preposto sia stato agevolato o reso possibile dalle incombenze a lui demandate dall'azienda committente e che il preposto abbia svolto la sua attività sotto il controllo della prima"*. L'attività della struttura non è in questo senso separabile da quella del professionista che vi opera: anche perché senza medici una struttura sanitaria non è chiaro come potrebbe operare, anche sul mero piano di impresa – ciò anche in linea con le normative nazionali e regionali che ne regolano l'autorizzazione all'esercizio, e che tra l'altro disciplinano i requisiti professionali del personale; viceversa, vi sono prestazioni più complesse che il medico può effettuare solo in una struttura autorizzata (23). E non rileva ai fini del regime di responsabilità, afferma la sentenza (22), se il singolo professionista sia "contrattualizzato" come subordinato o come collaboratore a vario titolo, anche occasionale.
Sul medico, tuttavia, secondo una recentissima sentenza (24), gravano diversi obblighi di garanzia a seconda se si trovi ad operare nel proprio studio professionale o presso una struttura: *"Nel primo caso la diligenza della prestazione è limitata al momento della visita e a ciò che allora era prevedibile. Il medico cioè non è tenuto a controllare il paziente successivamente, potendo questi decidere di non farsi più visitare ovvero di affidarsi a un diverso sanitario. Nel caso, invece, del medico che riceva il paziente in una struttura ospedaliera, quest'ultimo rimane affidato alle sue cure per tutto il tempo della degenza e anche le dimissioni avvengono sotto la sua responsabilità*".
Nel caso il medico operi nella struttura pubblica, la responsabilità viene fatta discendere piuttosto dal cosiddetto *"contatto sociale"* (25), fonte di un rapporto che ha per oggetto la protezione del paziente con una prestazione modellata sul contratto d'opera professionale: il medico esercita la propria attività nell'ambito dell'ente col quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del "contatto" (la prestazione). In assenza di vincolo, il paziente non vanta pretese dirette nei confronti del medico, che agisce nella struttura pubblica di cui è dipendente; la prestazione va quindi resa secondo i criteri tipici della professione, tenuto conto anche dell'organizzazione (della quale si darà per altro verso una responsabilità concorrente): il contatto sociale è così fonte di responsabilità contrattuale per non avere il soggetto fatto ciò cui era tenuto in ragione della propria professione – il che riporta circolarmente alla più generale responsabilità professionale medica.

La tesi puramente contrattualistica (si veda *ex multis* [26]) è, almeno per il Servizio Sanitario Nazionale, contrastata anche da recente giurisprudenza: *"il cittadino che chiede una prestazione esercita in sostanza un diritto soggettivo pubblico riconosciutogli direttamente dalla legge… che… prevede debba essere soddisfatto a richiesta… Il rapporto che si instaura con la struttura sanitaria pubblica o convenzionata rappresenta l'attuazione (che ha titolo direttamente nella legge) di questo obbligo…e non suppone la stipula, nemmeno tacita, di un contratto… quando il cittadino-utente si rivolge alla struttura…, la ricezione della sua richiesta e la conseguente attivazione della struttura non danno luogo alla conclusione, nemmeno per fatto concludente, di un contratto, ma realizzano soltanto l'attuazione dell'obbligazione della mano pubblica di fornire il servizio. Tale attuazione non avviene mediante la riconduzione del rapporto allo schema del contratto, del quale… non vi sono i presupposti giustificativi"*. Tale conclusione non confligge *"con la comune ed ormai acquisita qualificazione come contrattuale della responsabilità della struttura ospedaliera"* da tempo definita dalla Corte. *"Tale affermazione, infatti, non sottende che quando ci si rivolge alla struttura… si stipuli un contratto, ma vuole significare che la cattiva esecuzione della prestazione dà luogo a responsabilità contrattuale"* in quanto *"nascente dall'inadempimento di un obbligo preesistente o dalla sua cattiva esecuzione e non nel senso di responsabilità per inadempimento di un contratto o per la sua cattiva esecuzione… nel senso - comune alla dottrina in contrapposizione all'obbligazione da illecito extracontrattuale - di responsabilità che nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente"* (27). Per una discussione sistematica si veda D'Apollo (28).
Altro filone della giurisprudenza riconduce il tema del consenso piuttosto ad un momento precontrattuale, per cui l'obbligo informativo sarebbe risarcibile ex art.2043 c.c., con le relative regole in materia probatoria, e consisterebbe in un obbligo di protezione autonomo dall'obbligo di prestazione. Tale posizione viene da ultimo smentita dalla III sez.civ., che riconduce al rapporto contrattuale ogni atto, anche diagnostico, da cui il relativo regime di responsabilità: *"il necessario consenso… costituisce un'obbligazione il cui adempimento deve essere provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente, e dunque dal medico"* a fronte dell'allegazione del paziente. Si può dare diritto al risarcimento se *"alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere"* (15).
La III sez.civ. aveva affermato che *"la mancata richiesta del consenso informato costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento scaturiscano effetti lesivi, o addirittura mortali…, per cui nessun rilievo può avere il fatto che l'intervento sia stato eseguito in modo corretto"* (29): l'intervento risulta illecito. La sentenza prima citata (15) ha elaborato una soluzione più articolata: anche in presenza di danno alla salute, eventualmente risarcibile autonomamente, *"deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento"* se informato; *"altrimenti la condotta positiva omessa dal medico… non avrebbe comunque evitato il danno alla salute"* (15). La conclusione è che uno spazio risarcitorio può sussistere *"anche in caso di violazione del solo diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute"*, mentre la risarcibilità del danno alla salute dovuto a *"non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario ed eseguito* secundum legem artis*"*, ma senza avviso sui possibili effetti avversi – dunque senza consenso informato –, *"presuppone l'accertamento che quel determinato intervento"* il paziente *"avrebbe rifiutato"* se *"adeguatamente informato"* (ivi).
Diverso ancora sarà l'inquadramento nei casi di interventi non terapeutici, quali quelli estetici, nei quali si presuppone un'obbligazione di risultato, per cui il consenso informato assume rilevanza ancora maggiore in caso di eventi avversi.
Il paradosso è che le S.U. penali esplicitamente ammettono che i criteri di lettura dei fatti saranno diversi in sede civile – non ultimo, aggiungiamo noi, in termini di ripartizione dell'onere della prova: sarà il medico, secondo conforme giurisprudenza, a dover dimostrare di essersi liberato dalle proprie obbligazioni eseguendo la prestazione richiesta con la dovuta perizia e diligenza – la massima possibile allo stato dell'arte, afferma ancora la giurisprudenza civile. Il che talora potrebbe attingere talora il livello di una *probatio diabolica*, in assenza di criteri adeguati.

La problematica non è irrilevante, dovendosi paventare quella sorta di "tracimazione carsica" della responsabilità dall'ambito civile a quello penale prospettata da vari autori in riferimento a più argomenti (già segnalata ad esempio dallo scrivente in materia di mobbing, in relazione all'art.2087 c.c. [30]). In proposito, anche se la materia è molto complessa e non può essere qui trattata in modo esaustivo, appaiono particolarmente rischiose le tematiche dell'onere della prova ed il carattere di "norma in bianco" che talora vengono ad assumere le disposizioni del codice civile, in specie laddove venga in gioco proprio il modello di responsabilità contrattuale.

Mancata acquisizione del consenso informato vs. "dissenso informato"

Atteso che il medico dovrebbe "sempre" acquisire il consenso, i casi pratici sono molteplici.

Tralasciamo il caso in cui non sia stato affatto acquisito: ciò costituisce quanto meno illecito disciplinare e, come visto, addebito a titolo di colpa in sede civile (15) – ma questa ipotesi dovrebbe risultare sempre più rara nella pratica, almeno nel caso di interventi chirurgici (in linea teorica, andrebbe però acquisito anche all'atto di una qualsiasi prescrizione medica, anche di un semplice analgesico). Vedremo invece tra poco un caso trattato dalla Cassazione che verteva proprio su questo argomento, mentre nel caso esaminato dalle S.U., il consenso era invece stato acquisito senza prospettare i possibili (anzi, probabili) esiti operatori della laparoscopia esplorativa.

Secondo Norelli *"tutto si fonda sul diritto a conoscere l'argomento su cui deve manifestarsi la propria volontà, posto che non vi può essere partecipazione e scelta se si ignori il contenuto essenziale"*. Di più: *"si ritorna alla sostanziale differenza che esiste tra 'informazione' e 'comunicazione', nel senso che… rileva soprattutto quest'ultima"*, in quanto la consapevolezza del paziente richiede *"la trasmissione del dato (informazione), ma resa in forma misurata sulla capacità di apprendimento di chi la riceva e dall'aiuto e della verifica di una sua corretta elaborazione cognitiva (comunicazione)"* (13). Solo a titolo di esempio, vediamo i risultati di un recente studio statunitense sulla sanità militare (*Veterans Administration*), relativo al rischio clinico in chirurgia e alle possibili iniziative per la prevenzione (32-33): tra i problemi tecnici più frequenti operazioni sul lato sbagliato (!), mancanza di dispositivi protesici adeguati; ma il problema di base più frequente (oltre un caso su 5) era la comunicazione: all'interno della struttura, ma anche col paziente.

Si segnala una non irragionevole posizione assunta dalla Cassazione civile (31), secondo la quale il dovere di informazione investe non solo gli aspetti tecnici dell'intervento, ma anche le caratteristiche della struttura in cui viene effettuato, ad es. in rapporto ai servizi presenti e alle dotazioni strumentali, perché anche da questi aspetti può dipendere la decisione del paziente.

Non è qui possibile una puntuale disamina sulle implicazioni dei problemi di comunicazione medico-paziente: tuttavia non si possono nascondere le difficoltà (che richiedono opportuni aggiustamenti) incontrate da particolari soggetti e dal medico che deve interagire con loro (tab.3).

Tab.3 – Situazioni che possono creare difficoltà nella comunicazione e/o acquisizione del consenso informato.-

- **Persone con gravi patologie**
  - Deficit intellettivo medio o grave
  - Gravi patologie psichiatriche che compromettono la capacità di giudizio
  - Demenza grave
- **Persone con problemi di comunicazione**
  - Stranieri con difficoltà linguistiche
  - Analfabetismo[24]

Del pari va denunziata la non idoneità di modelli di consenso straordinariamente particolareggiati, tanto da risultare nei fatti illeggibili perché troppo lunghi o ostici nel lessico – quando non possano

[24] La forma scritta non è richiesta in modo assoluto, potendosi anche provare l'acquisizione del consenso con altri mezzi (es. testimonianze; firma del paziente sulla cartella clinica: Cass., sez.III civ., 6 luglio 2007, n.17157), tanto che le leggi ordinarie l'hanno prevista espressamente solo in casi particolari (es. prelievo per test HIV, trasfusioni, procreazione medicalmente assistita, trapianti, sperimentazione dei farmaci); ma appare senz'altro preferibile, potendosi anche dimostrare in questo modo non solo *se* vi sia stata comunicazione, ma anche *cosa* sia stato comunicato.

addirittura ingenerare nel paziente ansia e paura, nel prospettare con dovizia di particolari eventi altamente improbabili; come pure la inadeguatezza di altri, al contrario del tutto generici.
Nello stigmatizzare ogni possibile scelta *"monologante"* del medico, anche la sentenza delle S.U. indica nel dialogo lo strumento ordinario di gestione del rapporto paziente-medico, in primo luogo per la buona riuscita della relazione terapeutica, ma anche come valido strumento di prevenzione, e forse anche di possibile composizione, dei possibili conflitti.
Nel caso di "dissenso informato", cioè di rifiuto del percorso diagnostico-terapeutico proposto, il medico che decida di intervenire, sia pure nel reale o supposto interesse del paziente, viola sempre il precetto penale, ed è perseguibile; la sentenza, tuttavia, lascia intendere che ci si dovrebbe trovare in una situazione oggi del tutto residuale nel rapporto medico-paziente.
Il caso di consenso "non acquisito", ma neppure rifiutato, non costituisce di per sé una fattispecie di reato, ma viene a questo punto – quasi paradossalmente – giudicata sulla base dei risultati ottenuti: se favorevoli, la condotta potrebbe essere penalmente non rilevante.

Recenti applicazioni del mancato consenso nel caso di lesioni colpose

È recentissima l'assoluzione definitiva di un odontoiatra (condannato in primo grado e assolto in appello) per il reato di lesioni colpose gravi (asportazione degli incisivi, con indebolimento permanente della funzione masticatoria) (34). Secondo la parte civile era stato eseguito un intervento terapeutico ed estetico demolitorio, anziché conservativo, in assenza di consenso informato, così realizzando un eccesso colposo nell'esercizio delle proprie attività. La Sez.IV ha affermato – in piena sintonia con le S.U. – che non integra il reato di lesione personale, né di violenza privata, la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento diverso da quello per il quale era stato prestato il consenso, se sia stato eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, ed abbia avuto esito fausto, con un apprezzabile miglioramento della salute, in riferimento anche alle alternative ipotizzabili, essendo stata accertata altresì la mancanza di indicazioni contrarie da parte del paziente (cioè di un "dissenso informato"). La sentenza si concentra sulle tipicità dell'atto (da qui il nodo cruciale della lesione): il ragionamento non può essere riproposto tal quale ad altre forme di trattamento (farmacologico, fisico, riabilitativo), perché non sussiste quel legame operativo (l' odontoiatra, come il chirurgo, incide, asporta, impianta, ecc.), ma anche ontologico, tra pratica e necessità di "ledere" in qualche modo il corpo rispetto alla sua realtà originaria.

Allora tutto chiaro? Non troppo…

La IV sez. (35) ritorna sul suo rapporto tra consenso e dolo per lesioni conseguenti ad un intervento correttivo di miopia ed astigmatismo: l'oculista aveva prospettato al paziente un intervento *"definito routinario"*, ma *"sia durante la visita che prima dell'intervento… non gli aveva fornito alcuna informativa"*, lasciando intendere che avrebbe eseguito un certo tipo di operazione, che il paziente *"dichiarava di conoscere bene per essersi preventivamente ed opportunamente informato"*; la tecnica usata era stata però un'altra, cui *"il querelante aveva dichiarato che non si sarebbe mai sottoposto"*. Il giudice accertava che la struttura era attrezzata solo per quest'ultimo intervento; il consulente del P.M. rilevava *"omissioni colpevoli"* e *"la mancata compilazione del cd. consenso informato"*. Il reato di lesioni personali colpose, prima qualificate come dolose, era dichiarato prescritto.
Nel ricorso il P.M. deduceva che *"asserita la colposità della condotta, la qualificazione giuridica"* si era limitata alla *"semplice adesione ad una nota giurisprudenza, per la quale il fine terapeutico esclude il dolo di lesioni personali, salvo casi eccezionali"*. Ma così si trasforma un delitto a dolo generico in uno a dolo specifico, aggiungendo un elemento costitutivo ignoto alla fattispecie, *"il fine di non agire a scopo terapeutico"*. Anche volendo assumere *"la malattia come un processo patologico che determini un'apprezzata menomazione funzionale dell'organismo, secondo la nozione più restrittiva"*, il medico vuole *"tale menomazione, sia pure temporanea,… quando incide sui tessuti del paziente"*. *"Dalla ferita chirurgica deriva una malattia"* perché da questa *"bisogna comunque guarire… la lesione operatoria ha causato un processo patologico che deve concludersi,… una malattia… Il medico vuole una malattia per guarirne un'altra"*, *"strumentale alla guarigione"*, ma pur sempre tale. Senza consenso *"vi è aggressione all'incolumità individuale"*, non alla

salute, perché l'intervento *"tende anzi ad un recupero della stessa. Ma la salute solo ha riguardo al rapporto finale costi-benefici ed attiene ad un altro campo, quello dell'equilibrio psico-fisico dell'uomo",* e *"non costituisce l'oggetto di tutela dell'art.582 c.p."*, che il legislatore individua *"nell'incolumità individuale"*, nozione da non sovrapporre a quella di salute. *"L'assimilazione urta contro l'espressa intitolazione legislativa",* donde la conclusione che il chirurgo che opera *"in assenza di consenso informato versa necessariamente in dolo di lesioni personali"*. Infine *"viene da chiedersi se non ci sia contraddizione"* asserendo che il consenso è necessario se *"la valutazione… non ammette un diverso apprezzamento a seconda che il consenso ci sia"* o no. Sarebbe una *"restaurazione del paternalismo medico nella sua formulazione più pura"*: solo il medico *"decide secondo scienza e coscienza ciò che è meglio per il malato"*.
Il P.M. chiedeva che il reato fosse configurato a titolo di lesioni personali dolose gravi.
La IV sez. muove dalla giurisprudenza costituzionale: "*la riconosciuta ineliminabile centralità del consenso…non consente di prescindere dallo stesso nella valutazione della legittimità dell'intrapreso percorso terapeutico ed impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto",* non *"caducabile per una sorta di 'autolegittimazione" del sanitario all'esercizio della sua professione"*, fondata piuttosto sull'attuazione del diritto alla salute (art.32 Cost., coi limiti invalicabili ivi stabiliti). Pertanto *"il medico non può in nessun caso 'manomettere' il paziente in mancanza di valido ed informato consenso… (salvi i casi di impossibilità a prestarlo e di situazioni concretizzanti lo stato di necessità)"*, come anche stabilisce il codice deontologico; *"non possono poi privilegiarsi soluzioni ermeneutiche ed approdi sistematici"* che di fatto rendano tale principio *"un mero* optional*, col ritenere che il medico è comunque legittimato"* solo perché *"persegue il fine di guarire il paziente"*, così conculcandone *"il diritto… a consentire o meno di essere guarito, anche attraverso quello specifico percorso terapeutico che il medico non gli ha affatto prospefttato, e che quest'ultimo autonomamente presceglie per solitario percorso 'monologante' "*. Esclusa anche l'applicabilità dell'art.610 c.p., viene in rilievo l'art.582 c.p. per il trattamento *"in assenza del consenso"* e il *"conculcato diritto del paziente a disporre della propria salute e ad interloquire sui percorsi terapeutici prospettati"*.
Le S.U. (36) avevano in precedenza osservato che autorevoli dizionari definiscono la malattia *«stato di sofferenza dell'organismo* in toto *o di sue parti, prodotto da una causa che lo danneggia, e il complesso dei fenomeni reattivi che ne derivano, ed elemento essenziale del concetto di malattia è la sua transitorietà, il suo andamento evolutivo verso un esito, …la guarigione, la morte o l'adattamento a nuove condizioni di vita»*; nella giurisprudenza sull'art.582 c.p. *"il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione a breve o lunga scadenza, verso un esito: …che esso comporti alterazioni organiche o funzionali sia pure di modesta entità… qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata…; un concetto dinamico, un modo di essere che in un certo momento ha avuto inizio"*. La IV sez. riesamina la lettura "funzionalistica", su cui formula riserve: seppure solo per la cura, si prospetta affatto *"diversa da quella reiteratamente ritenuta"* dalla Cassazione; introduce come costitutivo della fattispecie *"un elemento di valutazione"* non afferente *"alla condotta* hic et nunc *posta in essere ed allo specifico evento lesivo…, ma solo ai 'fini terapeutici'…, una finalità 'funzionalistica' da valutarsi 'sul piano della salute complessiva del paziente' "*.
È pertinente il rilievo del ricorrente: l'art.582 c.p. tutela *"l'incolumità individuale… già compromessa con l'intervento terapeutico non assentito, non certo la 'salute complessiva del paziente' "*, che afferisce *"alla valutazione del 'rapporto finale costi-benefici del trattamento medico ed attiene ad un altro campo, quello dell'equilibrio psico-fisico dell'uomo",* che può valutare solo il titolare del diritto, non il *" 'monologante' sanitario, in un inaccettabile* revival *del cd. paternalismo medico"*. Rileva che *"l'atto terapeutico non assentito abbia determinato una malattia"* come definita; che ciò si dia *"senza alcun consenso dell'avente diritto, al fine di guarirne un'altra, 'a fini terapeutici', non incide affatto sugli elementi costitutivi del reato, se la malattia-mezzo si è realizzata ed è stata volontariamente determinata; tale ulteriore elemento"* a valenza *"solo finalistica non*

rileva sotto il profilo della tipicità della fattispecie", ma attiene *"solo all'elemento psicologico, finalistico…, cui la condotta tende"*, e il reato *"richiede solo il dolo generico",* nonostante la 'dubbia condivisibilità' asserita dalle S.U. La menomazione funzionale che l'intervento non assentito causa, *"anche 'localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali' (ma nella fattispecie… 'indebolimento permanente del senso della vista')… concretizza, di per sé, un evento lesivo"*. Ciò origina *"anche nella prospettazione 'funzionalistica'… dall'intervento terapeutico non assentito, illegittimamente posto in essere, e ad esso va ragguagliata, non,* in causale posterius*, ai successivi esiti… in riferimento a tutt'altra preesistente malattia e alla 'salute complessiva del paziente' "*.
Il fatto che sia causata a fin di bene*"per guarirne un'altra (senza che tanto sia stato in alcun modo prospettato al paziente…)"* non esclude che *"sia e rimanga… volontariamente determinata",* bastando il *"dolo generico quale elemento psicologico"*. È incongruo *"valutare la legittimità… a seconda dei casuali esiti fortunatamente fausti o disgraziatamente infausti… in relazione alla 'salute complessiva del paziente' ed in relazione 'funzionalistica' solo con questa"*, che non influisce sull' elemento costitutivo; *"una volta che una malattia si è volutamente determinata sia pure 'a fini terapeutici' "*. La condotta attenta perciò all'incolumità individuale, il bene protetto dalla norma.
Esaminando la sentenza Massimo (2), pare che *"se l'intervento fosse stato effettuato secondo ogni* lex artis *e non fosse intervenuto l'*exitus*…, una volta eliminato il tumore…, e ritenuta così dal medico appagantemente assicurata 'funzionalisticamente' la 'salute complessiva del paziente', l'atto terapeutico… non avrebbe avuto alcuna ricaduta in ambito penale: e pazienza se l'ammalata, che aveva assentito solo alla asportazione transanale di un adenoma villoso, si ritrovava, per valutazioni solitariamente espresse dal sanitario sullo stato complessivo della sua salute ed in funzione di questa, con una amputazione totale addominoperineale e la creazione di un ano artificiale, con tutto ciò di sconvolgente che tanto comporta: il medico, e solo lui, nel suo individualistico e paternalistico isolamento, avrebbe stabilito quale doveva essere lo stato della 'salute complessiva' della paziente, decidendo per lei, la quale avrebbe comunque dovuto, volente o nolente, tenersi quella grave menomazione che mai le era stata prospettata e che ella mai aveva in alcun modo assentito, sull'unico ed inconferente rilievo che intanto, 'a fini terapeutici', dal tumore era, a quel momento, guarita. Può convenirsi che… sia ravvisabile* «un vuoto normativo da colmare»*, come rilevano le Sezioni Unite"*, o magari *"un mancato intervento normativo adeguatore… Ma la perdurante inerzia del legislatore… non può autorizzare* «torsioni ermeneutiche» *(per ripetere l'espressione usata dalle Sezioni Unite)"* in riferimento alle norme vigenti*, "rimanendo semmai al giudice solo la possibilità di sollevare (improbabili) eventuali questioni di illegittimità costituzionale"*.
La IV sez. a norma dell'art.618 c.p. provvedeva alla rimessione alle S.U.

Commento

Si evidenzia innanzitutto una lettura formalistica della norma, già nell'avvalersi delle definizioni del dizionario, ben diversa dall'interpretazione evolutiva (e di taglio scientifico) delle S.U.
La IV sez. mostra di rigettare la nozione "funzionalistica" di malattia adottata dalle S.U., senza ritornare del tutto a quella di "lesione". Su questo è superfluo ritornare, se non per sottolineare – ai soli effetti della certezza del diritto – il regresso verso precedenti posizioni giurisprudenziali. Con ciò, la IV sez. distingue e contrappone le nozioni di incolumità fisica e di salute, dichiarando quest'ultima afferente solo alla dimensione del risultato (costo-beneficio dell'intervento), in quanto esprimerebbe "l'equilibrio psico-fisico dell'uomo". Tale conclusione non solo appare confliggente con la definizione OMS di salute internazionalmente valida[25], ma comporta una chiara contraddizione logica, laddove l'argomentazione aveva preso le mosse proprio dal diritto sancito dall'art.32 Cost. – appunto diritto alla salute, non all'integrità fisica come "non-lesione".
Giova ricapitolare ora le notevoli diversità tra i concetti di "integrità fisica" e di "salute", rilevanti al fine di definire quale sia il bene protetto agli effetti dell'applicazione dell'art.582 c.p. (tab.4).

---

[25] *"Stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia"*. Preambolo alla Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, entrata in vigore il 7 aprile 1948.

Tab. 4 – Confronto tra i concetti di "integrità fisica" e "salute".-

	Art.5 c.c.	Art.32 Cost.
Oggetto di tutela	**Integrità fisica**	**Diritto alla salute**
Carattere	Statico	Dinamico
Il relativo vulnus è descritto in termini di:	Lesione (anatomica e/o funzionale): -fisica; -(problematica la "lesione psichica")	Malattia (alterazione funzionale) -fisica e psichica.
La persona esprime un consenso inteso come:	Consenso dell'avente diritto (art.50 c.p.)	Consenso informato (cfr. anche art.13 Cost.)
La persona può disporre del bene tutelato in termini di	Potere di disporre del proprio corpo	Libertà (di autodeterminazione) nelle scelte che riguardano la salute
Lo Stato può disporre del bene tutelato in termini di:	Generale tutela del bene, anche indipendentemente dalla volontà dell' individuo	Mediante trattamenti sanitari obbligatori nei soli casi (particolari) espressamente previsti dalla legge (II c.)

La sintetica sinossi della tabella mostra la necessità di una scelta di campo definitiva, che si auspica le S.U. possano ora proporre nella forma già adottata nel 2009.
Altro aspetto – che le S.U. miravano a risolvere nella sentenza in commento – era la natura del dolo richiesto perché si integrasse, nel caso dell'intervento chirurgico, il delitto di cui all'art.582 c.p.: la IV sez. – ben inteso, in linea con precedenti orientamenti – insiste sull'adeguatezza di un "dolo generico", che a questo punto occorrerebbe meglio delimitare (pur sempre dolo "di fare qualcosa"; o *"dolo in re ipsa"*?)
Le S.U. avevano invece scomposto analiticamente il reato nei suoi elementi costitutivi, tanto di natura soggettiva che oggettiva, addivenendo alla conclusione che nel caso di specie era l'elemento soggettivo a difettare, laddove postulava come necessaria una *intentio* lesiva – assente nella maggior parte dei comportamenti del medico, anche in rapporto alla distinzione operata nell'elemento oggettivo (e ritenuta indispensabile per la tipizzazione) tra lesione e malattia.
La questione della finalità terapeutica e di tutela della salute (che, beninteso, non ispira solo la condotta del medico nel singolo caso, ma legittima l'attività medica in generale, e persino la possibilità di un intervento pubblico nella materia) verrebbe così a collocarsi, per la sez.IV, esclusivamente nell'ambito, per così dire, del foro interno, senza che le si riconosca alcuna valenza ai fini dell'applicazione del precetto penale – anzi, si arriva ad affermare che il medico "voglia una malattia" quando interviene chirurgicamente, anziché (come apparirebbe sensato) "voglia la cura".
L'affermazione può ben avere un senso giuridico, ben lontano però dal senso comune e dalla ragionevolezza: e si torna così ad estrapolare il presunto "fatto lesivo" dal contesto in cui si verifica, non solo dalla "finalità terapeutica", asseritamente irrilevante.
Viene così assimilato – in dissonanza con le S.U. – l'intervento "non assentito" a quello "dissentito", ben oltre quanto per altro verso disposto in ambito civile, dove – come già visto – il danno alla salute conseguente all'intervento non assentito è stato reputato risarcibile *solo se si riesca a provare che il paziente, se informato, non vi si sarebbe sottoposto* (15).
In questa ultima lettura, in sostanza coerente con le S.U., il dolo potrebbe essere ravvisabile non nel mero fatto di non aver acquisito il consenso (comportamento che potrebbe essere meramente colposo, "mera" negligenza), ma (esclusivamente) nell'avere deliberatamente indotto il paziente a sottoporsi ad un intervento diverso da quello che quest'ultimo avrebbe prescelto, ed impedendogli così di esprimere il proprio dissenso. Nel caso di specie, il comportamento del medico – ove provato nei termini descritti – potrebbe effettivamente integrare una simile forma di dolo, specialmente se si potessero rinvenire altre possibili motivazioni, quali l'interesse economico proprio o di altri.
In realtà, per meglio comprendere il fatto, dobbiamo operare anche una distinzione "secondo il fine" dell'agente, oltre che "secondo la volontà" – una distinzione non banale: siamo in sostanza di fronte ad una sorta di *eterogenesi dei fini*[26], nota alla psicologia, per cui atti intenzionali (l' intervento non assentito, ma neppure rifiutato) producono conseguenze che non sono tali per l'

[26] Espressione coniata dallo psicologo e filosofo W.Wundt nello studio del comportamento umano.

agente (la malattia/lesione o la morte del paziente), e necessitano quindi di essere compresi non solo nella dimensione oggettiva del danno arrecato, ma anche in quella dell'agente stesso.
Se da un lato non si può, poi, non rilevare con soddisfazione il riconoscimento, operato anche dalla IV sez., del codice deontologico come parametro di adeguato comportamento professionale del medico, dall'altro non può sfuggire che la sua violazione viene così ad assumere il significato di riscontro non già di un'eventuale colpa professionale (cioè la naturale dimensione operativa del codice, quanto meno, anche se in modo riduttivo, come metro di "diligenza"), quanto proprio di un (generico) dolo, nel "non voler" attuare la prescrizione deontologica.
Lo stesso commento alla sentenza Massimo, dai toni accorati e polemici verso l'imputato, appare non cogliere la premessa da cui muovono le S.U.: se cioè tale condotta medica sia penalmente sanzionabile a titolo di dolo; quasi che l'unica alternativa consista nel rassegnarsi a ritenerla lecita, potendo invece ben rilevare – oltre agli effetti della colpa penale di tipo professionale, che non erano in discussione – in altri ambiti dell'ordinamento (civile, disciplinare). Anche le considerazioni sugli "esiti fortunatamente fausti" o "disgraziatamente infausti" possiamo sperare siano dettate solo da *vis polemica*: altrimenti parrebbe di cogliere una sorta di ossessione nei confronti dell'atto medico, del quale si coglie la sola possibile evoluzione non fausta (essa stessa mai casuale, va precisato, in quanto o frutto di imperizia, o effetto avverso connaturato a quella tecnica, e noto alla scienza e al medico al momento in cui se ne avvale) – quasi che costituisse la regola; mentre i moderni successi della medicina (e della chirurgia in particolare) recedono verso lo sfondo, relegati ad eventi frutto del puro caso, e non del sapere e del lavoro quotidiano del professionista.
La sentenza infine condanna *radicitus* ogni possibile "revival del c.d. paternalismo medico": e qui non si può non concordare. Ma ancora una volta: siamo certi che la via penale rappresenti la strada maestra per impedire che ciò si possa disgraziatamente verificare? O non potrebbe essere piuttosto un più efficace apparato sanzionatorio nel procedimento disciplinare ordinistico ad impedire l' esercizio della professione a coloro che si rendano responsabili di simili comportamenti?

CONCLUSIONI

Questa ordinanza della IV sez. mostra una volta di più la necessità di soluzioni certe, che, al di là di casi particolarmente eclatanti (ed oggi anomali rispetto al corretto – e "normale" – esercizio della professione), sottraggano il medico a possibili accuse per delitti dolosi, fermi restando i profili di responsabilità per colpa, i cui criteri di accertamento ha fissato con grande ragionevolezza la sentenza Franzese (1) – e che hanno ben retto al confronto coi successivi sviluppi giurisprudenziali.
Diversamente, saremmo di fronte ad una sorta di gioco dell'oca giudiziario, nel quale si avanza o si arretra in assenza di regole razionali condivise, seguendo piuttosto la sensibilità (che, intendiamoci, nel singolo caso va rispettata) di questo o quel magistrato – e ciò in sostanziale violazione del principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale.
Appaiono quanto mai opportuni interventi legislativi (e in merito non mancano le proposte[27]), che coordinino meglio i vari aspetti (penalistici, civilistici, disciplinari) della responsabilità medica, allo scopo di evitare persino il processo penale, valorizzando invece apparati di accertamento e sanzionatori che risultino rapidi ed efficaci nella tutela dei beni e degli interessi protetti – caratteristiche ignote e nei fatti persino estranee, purtroppo, all'attuale processo penale italiano.

BIBLIOGRAFIA

1. Cass., S.U. pen., 10 luglio 2002, n.30328.
2. Cass., Sez. V pen., 21 aprile 1992, n.5639.
3. Cass., Sez. IV, 9 marzo 2001, n.28132.
4. Cass., Sez. IV pen., 27 marzo 2001, n.36519.
5. Cass., Sez. IV pen., 11 luglio 2001, n. 35822.

[27] Si veda a mero titolo di esempio, tra le molte presentate nel tempo da parlamentari di vari partiti, la proposta di legge a firma on.Jole Santelli (PDL) ed altri *"Modifiche al codice penale, in materia di responsabilità nell'esercizio dell' attività medico-chirurgica e di consenso informato del paziente, nonché al codice di procedura civile e al codice di procedura penale, in materia di nomina dei periti nei relativi procedimenti"* (XVI legislatura, Camera -1884).

6. Cass., Sez. I pen., 29 maggio 2002, n.26446.
7. Cass., Sez.VI pen., 14 febbraio 2006, n.11640.
8. Cass., Sez.IV pen., 16 gennaio 2009, n.11335.
9. Cass., Sez. IV pen., 24 giugno 2008, n.37077.
10. AA.VV. Codice deontologico Federazione Nazionale Ordine Medici Chirurghi E Odontoiatri, 16 dicembre 2006, commentato. CG Edizioni Medico Scientifiche, Torino, 2007.
11. Cass., Sez. IV pen., 14 novembre 1996, n.10643.
12. Cass., Sez. IV pen., 19 marzo 2008, n.17505.
13. Norelli G.A. Consenso al trattamento sanitario. Toscana Medica 2009; 5:41-44.
14. Caruso G. Il trattamento medico-chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico. Indice Penale 2003; 1013.
15. Cass., Sez. III civ., 9 febbraio 2010, n.2847.
16. De Santis A. Medici in tribunale. Se il malato denuncia il dottore. Ed. mediche Torino, Torino, 2005.
17. Si fa riferimento alla cosiddetta "Dichiarazione di Helsinki". Per il suo complesso iter si veda: www.//it.wikipedia.org/wiki/Dichiarazione_di_Helsinki#cite_note-0. Si vedano anche D.M. 15.07.1997 e DDMM 18 e 19 marzo 1998 Dichiarazione di Helsinki artt. 2 e 6 del D. Lgs 211/2003 DM 12/5/2006, circolare ministeriale n. 6 del 2 settembre 2002, dalle linee guida regionali recepite con DDGS 11980/2004 e dalle linee guida per la classificazione e conduzione degli studi osservazionali sui farmaci – Determinazione AIFA 20 marzo 2008 (G.U. n. 76 del 31/03/2008).
18. Cass., Sez. IV pen., 14 marzo 2008, n.11335.
19. Nisticò M. Osservazioni a Cassazione Penale, 21 gennaio 2009, n.2437. http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/giurisprudenza/oss_decrilcost/nistico.html
20. Cass.., Sez. IV pen, 25 marzo 2009, n.13083.
21. *Ex plurimis*, Cass. S.U. civili n.9556/02; Cass. Sez.III civ., n.1698/06 e n.8826/07.
22. Cass., Sez. IV pen., 29 settembre 2009, n.38154.
23. Per la Toscana, ad esempio, si veda la L.R. 23 febbraio 1999, n.8 recante *"Norme in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi delle strutture sanitarie: autorizzazione e procedura di accreditamento"*. Testo coordinato attualmente vigente, con le successive modifiche ed integrazioni, consultabile all' URL: http://www.regione.toscana.it/regione/multimedia/RT/documents/1208507106706_LR899.pdf.
24. Cass., Sez. IV pen., 30 settembre 2009, n.38225.
25. *Ex plurimis,* Cass. Sez. III civ., n.589/'99; n.11488/2004; n.12362/2006; sez.III, n.8826/2007; S.U. civ. n.577/2008.
26. Cass., Sez. III civ., 4 marzo 2004 n. 4400.
27. Cass., Sez. III civ., 2 aprile 2009, n. 8093.
28. D'Apollo L., Formulario sui danni alla persona. Ed. Cedam, 2009.
29. Cass., Sez. III civ., 24 settembre 1997, n.9374.
30. Del Guerra P. Il medico di fronte al mobbing. Diritto e diritti – rivista giuridica on line. 2 luglio 2009, 1-37.
31. Cass., Sez. III civ., 30 luglio 2004, n.14638.
32. Neilly S et al. Incorrect surgical procedures within and outside the operating room. Arch Surg 2009;144: 1028.
33. Velmahos GC. Patients safety systems: a long way to go. Arch Surg 2009;144:1034.
34. Cass., Sez. IV pen., 17 dicembre 2009, n. 48322.
35. Cass., Sez. IV pen, ordinanza 9 febbraio 2010, n.5076.
36. Cass., S.U. pen., 25 gennaio 2005, n.9163.

Per contatti:

Paolo Del Guerra
Dirigente medico di medicina del lavoro e sicurezza negli ambienti di lavoro
Dipartimento di Prevenzione
Azienda USL 11 Empoli – Regione Toscana
Via dei Cappuccini, 79
505053 Empoli (FI)
p.delguerra@usl11.toscana.it