

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30207-consenso-informato-e-responsabilit-per-dolo-nell-esercizio-della-professione-medica>

Autore: Del Guerra Paolo

Consenso informato e responsabilità per dolo nell'esercizio della professione medica

Cassazione, IV sez. pen., 8 giugno 2010, n.21799

CONSENSO INFORMATO E RESPONSABILITÀ PER DOLO NELL'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE MEDICA

Cassazione, IV sez. pen., 8 giugno 2010, n.21799

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

Il caso

Un oculista è condannato per lesioni personali colpose per aver sottoposto un paziente, cui erano residuati danni permanenti, ad un intervento diverso da quello per il quale era stato prestato il consenso. La IV sezione penale della Cassazione (1) rimette alle S.U.¹ il ricorso del P.M., che prospetta la tesi delle lesioni dolose, richiedendo di riesaminare il caso alla luce di una recente sentenza delle stesse S.U. (2); ma il Presidente aggiunto della Suprema Corte, in data 12.2.2010, restituisce gli atti, rilevando che il principio affermato dalle S.U. (2) – secondo cui l'esito fausto della cura, pur difforme da quella consentita dal paziente, non integra i reati di cui all'art.582 e all'art.610 c.p. – *“non incide sul thema decidendum,... un intervento chirurgico con esito lesivo della salute del paziente, oltre che effettuato con modalità operatorie diverse da quelle assentite”*.

La sentenza

La IV sezione esamina il ricorso, dando atto della situazione *“diversa da quella oggetto della precitata sentenza”* (2), dove l'intervento *“eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis si era concluso con esito fausto”*, mentre qui, *“eseguito con ‘violazione delle regole cautelari non scritte di diligenza e prudenza..., nonché di prudenza e perizia’, si è concluso con esito infausto...; in ambedue i casi... con modalità... non assentite”*. Per il collegio la vicenda rimanda tuttavia alle stesse tematiche: la rilevanza del consenso e il *“concetto di malattia... in fattispecie di lesioni”* conseguenti all'intervento. *“Quanto alla prima, il giudice del merito ha ritenuto che ‘il sanitario agisce sempre, magari erroneamente, con una finalità terapeutica... incompatibile, salvo casi eccezionali..., con il dolo delle lesioni... La valutazione... penale... non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza di consenso’. Il ricorrente deduce al contrario che ‘in tal modo si trasforma un delitto a dolo generico in uno a dolo specifico: cioè si aggiunge al corpo degli elementi costitutivi... dell'art.582 c.p. un elemento del tutto ignoto..., il fine di non agire a scopo terapeutico...”*. La seconda *“propone il tema della nozione di malattia, in relazione al reato di lesioni personali”* e della *“individuazione dell'elemento psicologico”*. Le S.U. (2) hanno escluso i reati di lesioni personali e violenza privata se il medico *“sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso”*, che, *“eseguito nel rispetto dei protocolli e delle ‘leges artis’, si sia concluso con esito fausto, essendo... derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute ...in riferimento anche alle eventuali alternative”*, e senza indicazioni contrarie del paziente. Si reputava insussistente il delitto per difetto del relativo 'evento', *“affrontando ex professo il quesito se abbia o meno rilevanza penale... la condotta del medico che sottoponga il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis..., e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia”* con risultato positivo, concludendo che da tale atto non potesse derivare una malattia: infatti, benché *“‘anatomicamente’ lesivo, non soltanto non avrebbe provocato – nel quadro generale della ‘salute’... – una diminuzione funzionale, ma sarebbe valso a risolvere la patologia”*; la sentenza non affrontava però il caso di esito infausto. *“L'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il ‘consenso’ del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art.50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento: infatti, il medico, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado per le sue condizioni di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ...stato di necessità...), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso... Il consenso, per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere ‘informato’, cioè ‘espresso a seguito di una informazione com-*

¹ Per un breve commento all'ordinanza (Cass., Sez. IV pen, ordinanza 9 febbraio 2010, n.5076) si veda la voce bibliografica (5).

pleta... dei possibili effetti negativi..., con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti (... e) ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità..., ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art.32 Cost..., sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico-malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata' (2)". Conformi sono anche le disposizioni del Codice deontologico. Il consenso informato è un "vero e proprio diritto della persona", fondato sull'art.2 Cost., "che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt.13 e 32", viste anche le "numerose fonti internazionali" e le leggi che regolano specifiche attività; viene citata anche la Cassazione civile (3). Se quindi, "salvi i casi... di intervento obbligatorio..., di necessità o di impossibilità del paziente di interloquire sui prospettati percorsi terapeutici", il consenso "rende lecito l'intervento", non si può "addiventare a soluzioni ermeneutiche che vanificano radicalmente tale principio, assumendo che il medico sia comunque e sempre legittimato... in ossequio al fine curativo perseguito in favore del paziente. In caso di esito infausto..., il criterio di imputazione potrà essere... colposo" se il medico è convinto del consenso "per negligenza o imprudenza", ovvero nei classici casi di 'colpa medica'; mentre è "insuperabile² l'espresso, libero e consapevole rifiuto..., ancorché l'omissione... possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute" e persino la morte; "qualora l'esito dell'intervento, effettuato con il dissenso del paziente anche limitatamente alle modalità esecutive, sia risultato 'infausto'..., viene in rilievo il disposto dell'art.582 c.p.", escludendo anche la violenza privata.

Le S.U. (4) avevano notato che autorevoli dizionari definiscono malattia "stato di sofferenza dell'organismo in toto o di sue parti... e il complesso dei fenomeni reattivi che ne derivano"; la caratteristica "la sua transitorietà, il suo andamento evolutivo verso un esito,... la guarigione, la morte o l'adattamento a nuove condizioni di vita"; secondo la giurisprudenza di legittimità relativa all'art.582 c.p. "il concetto clinico... richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e 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...; che esso comporti alterazioni organiche o funzionali sia pure di modesta entità... qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata". La Cassazione, valutandone il significato etimologico, rilevava che è "un concetto dinamico, un modo di essere che in un certo momento ha avuto inizio". Per le S.U. (2) "la giurisprudenza di legittimità era 'consolidata nell'affermare che, in tema di lesioni personali volontarie, 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 sino a quando è in atto il suddetto processo di alterazione...; la scienza medica può dirsi da tempo concorde... nell'intendere la malattia come un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione ...funzionale'; si poteva così ravvisare, come notava l'ordinanza di rimessione (1), "una propensione al recepimento normativo della nozione funzionalistica della malattia", e "alla conforme impostazione del concetto..., che 'non potrà non proiettarsi a coprire anche la conseguenza funzionale che dalla condotta illecita è derivata... Se... si cagiona sul derma... una soluzione di continuo che... può integrare la nozione di lesione, ciò è ancora inconferente..., agli effetti dell'integrazione del precetto, se ad essa non consegua una alterazione funzionale...; l'atto operatorio... rappresenta solo una porzione della condotta terapeutica, giacché essa, anche se ha preso avvio con quell'atto, potrà misurarsi... soltanto in ragione degli esiti conclusivi... sul piano della salute complessiva del paziente che a quell'atto si è - di regola volontariamente - sottoposto' (2); la condotta... 'è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà commisurata la correttezza dell'agere, in rapporto anche alle

² La sentenza rimanda al proposito a Cass., sez.I pen., 29 maggio 2002, n. 26446.

regole dell'arte' (2), non discostandosi dalla linea già seguita per "l'esito 'infausto' dell'operazione... 'abusivamente' eseguita in assenza di un corretto 'consenso informato'".

Seguendo le S.U. "per 'esito fausto' dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute..., 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... che possa essere soltanto la 'monologante' scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici... Ove, invece, l'esito... non sia stato fausto" causando una malattia, la condotta "realizzerà un fatto conforme al tipo"; operando lo scrutinio penale quando, "difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla... copertura costituzionale" (2): "in caso di intervento infausto, potrebbe discutersi di responsabilità a titolo di lesioni volontarie o... omicidio preterintenzionale in presenza di comportamenti del medico assolutamente anomali e distorti e comunque dissonanti rispetto alla finalità curativa", ossia quando si accerti che abbia agito "conscio che il suo intervento - poi causativo di danno o della morte...- avrebbe prodotto una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica", cioè "provocata, intenzionalmente, per scopi scientifici o di ricerca; nei casi di interventi demolitivi coscientemente inutili; ...amputazione per curare una patologia che sa poter essere affrontata agevolmente con diversi mezzi...; o altri casi marginali, in cui non vi può esser dubbio circa la possibilità di ravvisare quell'atteggiamento psicologico doloso rispetto al fatto lesivo che legittima... l'integrazione dei corrispondenti reati dolosi" (lesioni volontarie, omicidio preterintenzionale). "Analogia situazione si è verificata nel caso di specie": CTU e giudice avevano riconosciuto un nesso causale tra "danno qualitativo e quantitativo all'integrità fisica di natura permanente" e "condotta del sanitario che omise di eseguire gli esami preliminari indicati per la chirurgia con laser ad eccimeri, necessari sia per l'intervento lasik che PRK³", senza "valutare possibili controindicazioni...nonché tentando, con imprudenza ed imperizia, una correzione di un astigmatismo" senza rilevare "elementi fondamentali per decidere i parametri di esecuzione..., condotta... talmente anomala da esorbitare di gran lunga dai canoni della mera imprudenza, imperizia o negligenza". Il medico non poteva ignorare che la struttura era attrezzata solo per l'intervento PRK: il consenso "non fu solo invalido e non ritualmente informato, ma nemmeno liberamente prestato, dovendosi riconoscere che 'a monte' fu anche fraudolentemente carpito. Dunque si è in cospetto di una anomalia... talmente grossolana da non consentire di ragionare in termini di mero eccesso colposo (art.55 c.p.) finanche nell'erroneo presupposto dell'esistenza di una esimente (art.59 c.p.)...; il medico travalicò gli estremi limiti di una condotta consapevolmente colposa (colpa cosciente)... piuttosto animato da una palese volontà che accettò pienamente ed in via preventiva il rischio dell'evento lesivo poi verificatosi (dolo eventuale). Conclusivamente, se il consenso del paziente funge da indefettibile presupposto di liceità" e "la mancanza di un consenso opportunamente 'informato'..., o la sua invalidità..., determina l'arbitrarietà del trattamento medico e la sua rilevanza penale", "l'illiceità dell'intervento... eseguito in difformità dal consenso prestato o in sua assenza, va posta in necessaria correlazione con l'esito infausto... alla stregua della pronuncia delle SS.UU. L'inquadramento... sotto il profilo psicologico e la conseguente integrazione della fattispecie... seguirà le connotazioni circostanziali del caso concreto, ma se tale intervento è stato posto in essere nella piena coscienza dell'esplicito dissenso del paziente o peggio, come nel caso di specie, carpendone il consenso in relazione ad una modalità esecutiva... a priori oggettivamente non attuabile, deve ravvisarsi non solo la imprescindibile volontà di incidere sulla incolumità individuale, ...bene protetto dalla norma, attraverso la necessaria e propedeutica lesione strumentale chirurgica, ma anche quella peculiare di procurare - quanto meno sotto il profilo della preventiva accettazione del rischio della sua verifica - il conseguenziale evento dannoso finale, cioè quello non apprezzabile come fausto". Da qui l'imputazione "a titolo di dolo, non di colpa (ravvisabile nel concreto espletamento dell'intervento terapeutico meramente non assentito, con esito infausto), non essendo richiesto per il reato di lesioni personali volontarie il dolo specifico e

³ Si tratta di due diverse metodiche di chirurgia laser per la correzione della miopia.

rimanendo... irrilevante che l'atto terapeutico, che ha cagionato la malattia finale, sia stato posto in essere al fine di guarirne altra o assicurare un più appagante assetto psico-fisico 'sul piano della valutazione complessiva della salute' ”, che spetta al paziente. Ne consegue la natura dolosa e l'annullamento con rinvio al giudice, “che si atterrà al principio di diritto per cui: la condotta del medico che intervenga con esito infausto su paziente che abbia espresso il dissenso nei confronti del tipo d'intervento chirurgico rappresentatogli, deve essere qualificata come dolosa e non colposa”.

COMMENTO

La IV sezione mette a dimora un ulteriore tassello nel complesso mosaico della responsabilità penale del medico chirurgo, valutando dolosa la condotta (e le conseguenti lesioni personali) di chi, con esito infausto, cioè peggiorativo dello stato di salute complessivo del paziente, lo sottoponga ad un intervento non già in assenza di consenso informato, ma in presenza di esplicito dissenso, nel caso specifico sulla specifica modalità operatoria.

La portata della sentenza è quindi – dal punto di vista del medico – meno allarmante di quanto ci si possa rappresentare *ictu oculi* (“il medico viene riconosciuto responsabile di lesioni dolose!”), a condizione che – come è sempre il caso del diritto penale – la sentenza venga rapportata ai fatti per cui si procede.

Nonostante il diverso esito (imputazione a titolo di lesioni dolose anziché colpose), la forbice tra le posizioni del giudice di merito e quelle della IV sezione si è molto ridotta rispetto all'ordinanza di rimessione (1), precedentemente commentata (5): il giudice aveva affermato che il comportamento del medico è incompatibile con il dolo di lesioni, “salvo casi eccezionali” (escludendo però il caso di specie fosse tale), ed ora la IV sezione si avvicina a tale posizione, usando la locuzione “comportamenti anomali” rispetto al corretto (ordinario) esercizio della professione, per poi addentrarsi nella complessa problematica della definizione di tali “anomalie” agli effetti dell'integrazione del reato di cui all'art.582 c.p. (nelle quali fa rientrare il caso di specie).

In effetti il caso concreto appare peculiare sotto vari profili.

Il consenso informato

L'acquisizione del consenso informato non è un adempimento formale-burocratico, come spesso è invece percepito dal medico, in quanto rappresenta la preliminare legittimazione giuridica del suo *agere* (tanto da rappresentarne la vera e propria copertura costituzionale, come anche questa sentenza dà per acquisito, sulla scorta della posizione elaborata dalle S.U. [2]); e costituisce anche – sotto il profilo deontologico (6) – il substrato del rapporto diagnostico-terapeutico che si instaura tra medico e paziente. Oggi rappresenta dunque la “normale” condotta del medico, ed ogni caso diverso un'eccezione (o “anomalia”), e come tale va trattato. Tanto più “anomala” questa condotta risulta, ci dice la IV sezione, quanto più ne vanno vagliati con attenzione gli esiti e le ripercussioni penali.

Nel caso di specie, si è ritenuta provata non l'assenza di consenso (fonte di possibile responsabilità per colpa, afferma la sentenza, e solo nel caso in cui l'esito complessivo sia stato infausto, sulla scorta di quanto stabilito dalle S.U. per i contesti colposi [2]), quanto piuttosto il dissenso espresso dal paziente. In tale evenienza il medico non è legittimato a svolgere alcuna attività, tanto sul complesso del percorso diagnostico-terapeutico, quanto su singoli aspetti; ed il voler agire, a maggior ragione chirurgicamente (fatti salvi i casi di trattamento sanitario obbligatorio o di stato di necessità, qui esclusi), lo espone alle gravi conseguenze penali che la Cassazione ora statuisce nel rinviare al giudice di merito.

Il medico non è mai legittimato ad agire a fronte di un dissenso del paziente

La Suprema Corte rinviene elementi addirittura “fraudolenti” nella condotta del medico, laddove induca il paziente – secondo quanto è dato capire dalla sintesi dei fatti fornita in sentenza – a sottoporsi all'intervento, prospettandogli una modalità tecnica (a questi gradita) che la struttura sanitaria di riferimento non è neppure in grado di eseguire, per poi eseguire senza avviso un altro intervento (anzi avvalendosi di un'altra tecnica esplicitamente rifiutata). La sentenza afferma apertamente che l'oculista agì verso il paziente “*carpendone il consenso in relazione ad una modalità esecutiva... a priori oggettivamente non attuabile*”.

Ne dobbiamo concludere (peraltro in linea con la giurisprudenza recente) che la concreta modalità esecutiva di un atto medico non è un mero fatto tecnico-professionale, di cui il medico è *dominus* ed il paziente soggetto passivo (ancorché portatore di interessi ad una sua corretta esecuzione), ma richiede per la sua attuazione il consenso (informato) di quest'ultimo, cui è rimessa la decisione finale (anche quando fosse foriera di conseguenze avverse per la propria salute). Ci sarà senz'altro – dirà qualcuno, e con qualche ragione – un principio di affidamento cui rifarsi per interpretare la relazione medico-paziente, ma il (corretto) affidamento non può prescindere dall'acquisizione di un consenso (esaustivamente) informato, ed il medico non può ricorrere ad alcun *escamotage* per aggirare questo obbligo, o, peggio, per coartare la volontà del paziente.

Se la professione medica è regolamentata dallo Stato, lo è perché – ci ricordava la più volte citata sentenza delle S.U. (2) – si intende così garantire l'attualità delle garanzie di cui all'art.32 Cost., che codifica in primo luogo il diritto della persona alla salute, e in secondo luogo il correlativo interesse della collettività; ma non si ritrova nell'ordinamento un'automatica legittimazione dell'attività medica (men che meno, auto-legittimazione) al di fuori di tale cornice. Non si configura pertanto un "diritto a curare" del medico in senso generale; tanto meno – ci dice questa sentenza nello stigmatizzare i medici "*monologanti*", consacrando l'espressione già usata dalle S.U. (2)– a scegliere la concreta opzione terapeutica senza vincolo di condivisione con il paziente.

I riflessi sulla ricerca e la sperimentazione

Per inciso, attività quali la ricerca e la sperimentazione medica (pur necessarie al progresso della scienza) si legittimano quindi solo a partire dal consenso, opportunamente informato, del paziente stesso, e non meramente dalla bontà scientifica del protocollo (e/o dall'autorità e credibilità personale di chi lo propone).

Non a caso la disciplina della sperimentazione medica prevede un attento disegno dello studio anche relativamente al consenso informato, sul quale lavorano molto, nella pratica applicazione, anche i comitati etici; e lo stesso Codice deontologico (6) ha dettato specifiche disposizioni (artt.47-49). L'argomento, di grande rilevanza etica, è già stato discusso sommariamente in un precedente contributo (5); ed in ogni caso si rimanda ad una ben più ampia trattazione nella normativa di settore.

Caratterizzazione dell'elemento psicologico nel dolo di lesioni conseguenti all'atto medico (I)

Il comportamento di specie (acquisire il consenso all'intervento con una determinata tecnica, per poi eseguirlo in altro modo, provatamente rifiutato dal paziente), nella sua "anomalia" rispetto alla procedura deontologicamente e giuridicamente corretta (acquisire preventivamente il consenso informato sullo specifico intervento), ha rafforzato sotto il profilo psicologico la tesi del dolo, non tanto diretto di lesioni, quanto nella forma eventuale di assumersi da parte del medico il rischio consapevole delle possibili conseguenze avverse del proprio comportamento sul bene protetto, la salute altrui. La IV sezione afferma che si è quindi superato quel confine che separa la colpa cosciente (colpa nel massimo grado, ma pur sempre colpa) dal dolo eventuale, in quanto il medico non potrà invocare alcun tipo di errore, fraintendimento, erronea presunzione, o altro, in merito al consenso del paziente o ad eventuali scriminanti: soggettivamente, si era chiaramente rappresentato ciò che stava facendo, in quanto aveva assicurato al paziente che avrebbe fatto una cosa ripromettendosi invece di farne un'altra – dovrà dunque rispondere delle conseguenze avverse.

Si tratterà di un dolo generico, precisa la sentenza, in ogni caso sufficiente, perché per l'integrazione del reato di cui all'art.582 c.p. non è per conforme giurisprudenza necessario un dolo specifico.

Caratterizzazione dell'elemento psicologico nel dolo di lesioni conseguenti all'atto medico (II)

Ancora sull'elemento psicologico, apprendiamo che la finalità terapeutica invocata non potrà proiettarsi fino a coprire tale comportamento, che travalica i consueti ambiti dell'esercizio professionale, inclusi quelli eventualmente viziati da colpa. La finalità terapeutica è cioè oscurata, ai fini della valutazione sulla sussistenza dell'elemento psicologico (dolo), proprio dalla peculiare condotta del medico, diretta ad eseguire (pare di capire dalla sentenza) l'intervento da lui stabilito (e dal paziente non voluto), costi quello che costi – laddove il "costo" è stato poi il paziente a pagarlo in termini di salute (come dimostrato dagli accertamenti tecnici).

Al proposito, la sentenza ritiene che ciò si possa affermare “*in presenza di comportamenti... assolutamente anomali e distorti e comunque dissonanti rispetto alla finalità curativa che deve caratterizzare il proprio approccio terapeutico*”. Il punto cruciale del ragionamento è proprio questo: il comportamento del medico, per integrare i requisiti del dolo, deve essere non solo anomalo o “distorto” rispetto alla “normalità” (corretta acquisizione del consenso informato), ma anche contrastante nella sostanza con il principio di beneficalità (nei fatti teleologica) che è alla base di ogni intervento terapeutico. Non si può dire infatti che persegua il bene (e/o l’interesse, e/o la realizzazione del diritto, secondo il sistema di riferimento etico che si voglia adottare) del paziente colui che ne “*carpisca*” (per usare l’espressione della sentenza) la fiducia, comportamento non certo agito *bona fide*, e che contrasta con lo stesso Codice deontologico.

Appare quindi sostanzialmente superato, rispetto alla posizione manifestata (ai limiti del sarcasmo, se ci è consentito) con l’ordinanza di rimessione (1), anche il rilievo del P.M. sulla finalità terapeutica, laddove questi aveva argomentato la non pertinenza *in radice* degli aspetti teleologici della condotta del medico per poter discriminare tra dolo e colpa nell’elemento psicologico, essendo sufficiente un dolo generico e non un dolo specifico. Ora la IV sezione ritiene necessario, ai fini della sussistenza del dolo, che si ravvisi un comportamento non solo oggettivamente anomalo, ma appunto soggettivamente “*dissonante dalla normale finalità curativa*”.

La IV sezione riconosce ancora una continuità con precedenti pronunce della Cassazione, segnatamente la discussa sentenza Massimo (7). Perché ciò accada, però, occorre la piena consapevolezza di agire *contro* la volontà del paziente: diversamente, ci si troverà al peggio in una situazione di colpa, con riferimento all’art.55 c.p. o al successivo art.59 c.p.

Resta fuori il delicato caso del mutamento di strategia e/o tecnica operatoria *in medias res*, quando il paziente sia stato sottoposto ad anestesia, laddove la questione giuridica si sposta piuttosto, da un lato, sull’effettiva sussistenza di uno stato di necessità (o urgenza), e, dall’altro, sulla concreta possibilità da parte del medico di rappresentarsi in anticipo tale evenienza (nel qual caso avrebbe potuto/dovuto acquisire il relativo consenso informato). Su questo ha però fatto luce almeno in parte la più volte citata sentenza delle S.U. (2), che trattava proprio dell’evoluzione di un’esplorazione laparoscopica in un vero e proprio intervento chirurgico.

Delimitazione dell’elemento oggettivo (I): l’esito finale (fausto o infausto) dell’intervento

Rispetto all’ordinanza di rimessione (1), la IV sezione sembra ora dare piuttosto per acquisita anche la rilevanza giuridica dello stesso esito dell’intervento: si conferma dirimente “*il consequenziale evento dannoso finale*” della condotta del medico, “*cioè quello non apprezzabile come fausto*”, aderendo a questo punto alla tesi che l’esito fausto – cioè migliorativo della salute complessiva del paziente – non consente in sostanza di soddisfare il criterio di imputazione oggettiva (l’aver determinato una lesione/malattia). In tale apprezzamento dovrà confluire, come hanno concordemente affermato sia la sentenza in commento che quella delle S.U. più volte richiamata (2), la necessaria valutazione del paziente, titolare del bene salute e del diritto ad operare le relative scelte – ma questa andrà pur sempre ragguagliata ad una indispensabile perizia tecnica che fornisca un’adeguata base scientifica (il più possibile oggettiva) alla decisione del giudice⁴.

Delimitazione dell’elemento oggettivo (II): la nozione funzionalistica della malattia

Ciò comporta il sostanziale recepimento, in rapporto alla valutazione degli esiti dell’operato del medico, anche della nozione “funzionalistica” (evolutiva) di malattia da ultimo adottata dalle S.U. nella sentenza più volte citata (2), rispetto a quella “anatomica” (statica) sottesa alla lesione.

⁴ Non possono sfuggire le conseguenze paradossali di una diversa lettura: ad esempio, nel caso di tentato suicidio è prassi deontologicamente ritenuta corretta (e nei fatti incontestata) la cura salvavita (medica o chirurgica). Tuttavia, una volta ristabilitosi, il paziente potrebbe obiettare di aver ben manifestato la volontà di morire (sic!), e che questa sarebbe stata violata dal comportamento del medico, e che – ora come prima del tentato suicidio – trova lo stesso vivere insopportabile, e preferibile la morte all’attuale stato (fosse anche di completa *restitutio ad integrum*); e, prima di un eventuale ulteriore tentativo di suicidio, potrà agire in giudizio contro il medico che lo ha salvato... Un ragionamento assurdo? Forse. Ma sempre più spesso l’estrema applicazione del diritto sembra condurre al ciceroniano “*sumum ius, summa iniuria*”, che già allora “*factum est iam tritum sermone proverbium*” (De Officiis, 1, 10, 33).

Il difetto di tale criterio oggettivo, però, non implica la penale non rilevanza della condotta, laddove realizzata in violazione del diritto del paziente all'autodeterminazione (qui presente nella sua forma più pregnante, l'esplicito dissenso) e con modalità soggettive dolose: la sentenza non entra nel merito di tale questione, estranea ai fatti per cui si procedeva; ma può senz'altro venire in rilievo l'art.610 c.p., con le problematiche esaminate, sia pur non in modo del tutto esaustivo, nella più volte citata sentenza delle S.U. (2).

Si tratterà allora di individuare caso per caso la sussistenza di quei requisiti tipici della fattispecie (costrizione a fare o subire, violenza, minaccia...) che potranno consentire prima l'imputazione e poi l'eventuale condanna.

La (pressoché inelidibile) responsabilità concorrente della struttura sanitaria

Sarebbe qui interessante esaminare più in dettaglio i rapporti tra medico e struttura sanitaria, già discusso in ogni caso in un contributo precedente (5): si ricordi, *ex multis*, una recentissima sentenza della Cassazione penale (8), relativa alla responsabilità concorrente, in caso di lesioni, della struttura presso la quale l'intervento sia stato eseguito. Ciò pacificamente anche nel caso in cui il sanitario sia un libero professionista "consulente" della struttura: interventi di maggiore complessità sono consentiti dalla normativa solo presso strutture autorizzate⁵, le quali, anche solo per tale motivo, ne assumono direttamente la responsabilità.

La legislazione sulle strutture sanitarie, infatti, prevede che il medico è il necessario strumento per l'esercizio di tale attività, non a caso soggetta a riserva di legge (per le strutture private, autorizzazione nelle forme previste dalle disposizioni regionali attuative dell'art.8, c.4, D.Lgs. 502/92 e s.m.i.; per le strutture pubbliche e private accreditate, il complesso di norme nazionali e regionali che regolano l'attività del Servizio Sanitario Nazionale/Regionale) – e non il contrario; tanto è vero che atti medici di una certa complessità (leggi: invasività e rischio per il paziente) possono essere effettuati solo all'interno di una struttura sanitaria (a sua volta operante in conformità agli standards normativi), necessariamente da intendersi anche e soprattutto come organizzazione garante della qualità della prestazione, e non meramente come luogo fisico o infrastruttura di servizio che si possa mettere contrattualmente a disposizione ora di questo o di quel medico.

Vi sono numerosi elementi di fatto, oltre che di diritto, che suffragano questa posizione: ad esempio, il medico si avvale degli strumenti informativi della struttura (cartelle, registri operatori, ecc.), ed agisce sotto la responsabilità del direttore sanitario.

Ne consegue che in tale contesto lo stesso rapporto con il paziente passa necessariamente attraverso la struttura, alla quale non sarà pertanto possibile dissociare la propria responsabilità, in caso di evento dannoso, da quella del medico, ancorché questi intrattenga con la stessa un rapporto libero professionale, persino occasionale.

Non ci si deve, piuttosto, far confondere, come spesso accade, da eventuali aspetti fiscali che – anche quando potessero consentire di ipotizzare casi diversi – nulla rilevano ai fini di specie.

Il Codice di deontologia medica e la giurisprudenza penale

Si deve sottolineare una volta di più la propensione della giurisprudenza di legittimità ad avvalersi del Codice deontologico, quasi alla stregua di una vera e propria fonte normativa. Tale posizione merita senz'altro maggiore approfondimento, ben oltre le capacità dello scrivente: ci limitiamo quindi a tre osservazioni pratiche, persino banali.

L'uso che la magistratura giudicante ha reiteratamente fatto del Codice ne testimonia indirettamente l'attualità e lo spessore, innanzitutto culturale, a riprova del valore del lavoro condotto sin dagli anni Novanta della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri (FNOMCeO).

La stessa FNOMCeO, in sede di ogni futura revisione, dovrebbe ora tenere in debito conto tale evoluzione del ruolo del Codice, non più come normativa avente rilevanza (esclusiva o almeno prevalente) di *interna corporis* – questo non già per un malinteso senso defensionale della categoria, ma per valutarne correttamente il conseguente impatto, a questo punto davvero notevole, sull'

⁵ Ciascuna Regione ha emanato, ad integrazione delle leggi nazionali, la propria legislazione in materia, per cui tale aspetto non può essere ulteriormente approfondito se non in relazione alla specifica normativa regionale.

esercizio della giurisdizione nei confronti degli stessi medici. Non abbiamo a che fare, cioè, con enunciazioni di principio – come potrebbe sembrare ad una lettura disattenta e forse un po' datata –, ma con principi (e conseguenti comportamenti) percepiti come concretamente esigibili nel contesto quotidiano dell'esercizio professionale.

È bene, infine, che il medico conosca meglio il Codice e il suo significato, e che gli ordini professionali a livello periferico (ma anche le facoltà di medicina e chirurgia) si adoperino in tal senso.

CONCLUSIONI

Il consenso informato è un caposaldo del rapporto medico-paziente, la cui centralità non può oramai sfuggire a nessuno, e che il medico deve prendere sul serio, pena la commissione di gravi scorrettezze deontologiche, che possono tradursi in colpa professionale, sia in sede civile che penale.

Non ci si può più sorprendere, però, di imputazioni per reati di tipo doloso, come nel caso in esame, anche se si deve versare in una situazione di particolare “anomalia” rispetto al corretto e diligente comportamento, tale da far ipotizzare una deliberata coartazione della volontà del paziente (e non “semplice” errore o colpa).

Si ha l'impressione di trovarsi di fronte ad un indirizzo giurisprudenziale in via di consolidamento, di cui il medico farà bene a tenere conto nella pratica quotidiana, anche alla luce del crescente contenzioso medico-legale che finisce per incidere negativamente non solo sui protagonisti del singolo caso (e i pazienti prima di tutto, qualunque sia l'esito del giudizio), ma su tutti i professionisti – anche quelli più seri e coscienti.

Possiamo qui citare lo psichiatra staunitense Szasz (9), le cui tesi di antipsichiatria sono state peraltro estreme e non del tutto condivisibili: *“In passato, quando la religione era forte e la scienza debole, gli uomini confondevano la magia con la medicina; oggi che la scienza è forte e la religione debole, confondono la medicina con la magia”*. Solo trovando il tempo per un dialogo medico-paziente sereno e sincero si può provare a superare questo equivoco sulle diverse prospettive (ed aspettative), che sembra spesso alla base di molti problemi che quotidianamente assillano il medico nel suo studio o nel suo ospedale, e che troppo spesso trovano la strada (non sempre appropriata) delle aule giudiziarie.

BIBLIOGRAFIA

1. Cass., Sez. IV pen, ordinanza 9 febbraio 2010, n.5076.
2. Cass., S.U. pen., 8 dicembre 2008, n. 2437/2009.
3. Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.
4. Cass., S.U. pen., 25 gennaio 2005, n.9163.
5. Del Guerra P. 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.
6. AA.VV. Codice deontologico Federazione Nazionale Ordine Medici Chirurghi E Odontoiatri, 16 dicembre 2006, commentato. CG Edizioni Medico Scientifiche, Torino, 2007.
7. Cass., Sez. V pen., 21 aprile 1992, n.5639.
8. Cass., Sez. IV pen., 29 settembre 2009, n.38154.
9. Szasz T. *The Second Sin*. Doubleday ed., 1974.

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