

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/11/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30642-il-rispetto-del-consenso-informato-nell-accertamento-della-sieropositivita>

Autore: Passalacqua Caterina

Il rispetto del consenso informato nell'accertamento della sieropositività

**Note a Sentenza Cassazione Civile, sezione III, 14.11.2008 - 30.01.2009
n.2468**

IL RISPETTO DEL CONSENSO INFORMATO NELL'ACCERTAMENTO DELLA SIEROPOSITIVITÀ

NOTE A SENTENZA

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE III, 14.11.2008 - 30.01.2009 N.2468

“L’art. 5, 3° comma, legge 5 giugno 1990 n. 135 - secondo cui nessuno può essere sottoposto al test anti HIV senza il suo consenso, se non per motivi di necessità clinica, nel suo interesse - deve essere interpretato alla luce dell’art. 32, 2° comma, Cost., nel senso che, anche nei casi di necessità clinica, il paziente deve essere informato del trattamento a cui lo si vuole sottoporre, ed ha il diritto di dare o di negare il suo consenso, in tutti i casi in cui sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente”.

“Dal consenso si potrebbe prescindere solo nei casi di obiettiva e indifferibile urgenza del trattamento sanitario, o per specifiche esigenze di interesse pubblico (rischi di contagio per i terzi, od altro): circostanze che il giudice deve indicare nella motivazione”.

“A norma dell’art. 5, 1° comma, legge cit., è onere del personale sanitario dimostrare di avere adottato tutte le misure occorrenti allo scopo di garantire il diritto del paziente alla riservatezza e di evitare che i dati relativi all’esito del test ed alle condizioni di salute del paziente medesimo possano pervenire a conoscenza dei terzi”.*

1. ORIGINE ED EVOLUZIONE DEL CONSENSO INFORMATO; 2. IL PROBLEMA DELL'ACCERTAMENTO DELL'AIDS: L'ARTICOLO 5 DELLA LEGGE N.135/1990 E NON SOLO...; 3. LA TUTELA DELLA *PRIVACY* DEL SOGGETTO SIEROPOSITIVO; 4. CONCLUSIONI.

1. ORIGINE ED EVOLUZIONE DEL CONSENSO INFORMATO

Il settore della responsabilità civile è stato segnato nel tempo da un'incessante evoluzione quanto al rapporto, per lungo tratto simbiotico, col corrispondente 'versante' penale, e la sua estensione a macchia d'olio verso profili sempre meno 'secolari', verso una tutela pienamente soddisfattiva del danno non patrimoniale.

In particolare nel campo sanitario si è registrato un cambio di rotta sostanziale in merito alla “responsabilità del medico”¹, che nell'immaginario collettivo ha incarnato il soggetto 'onnisciente' per eccellenza, la cui conoscenza e abilità non erano suscettibili di opinabilità: in tale contesto non era immaginabile un regime di responsabilità del medico per negligenza, né per violazione della volontà del paziente, che aveva il 'dovere' di affidarsi ciecamente all'esperienza del professionista.

*Consultabile su www.DirittoeGiustizia.it, quotidiano di informazione giuridica.

¹ Si tratta in realtà di un'espressione impropria e riduttiva, in forza della minor portata interpretativa del *titulus* di medico, in quanto non ricomprendente tutti coloro che, pur non esercitando tale professione, fanno parte del ramo sanitario: infermieri, tecnici ed operatori sanitari di ogni settore. Inoltre la locuzione “responsabilità sanitaria”, più collimante con l'esigenze in questione, si estende anche all'imputazione all'ente ospedaliero degli 'oneri' derivanti dal rapporto che il medico pubblico instaura col paziente.

Gradualmente l'aurea di 'immunità' che circondava la figura del medico si è dipanata, lasciando intravedere spazi di apertura verso l'attuale impostazione del regime di responsabilità adottato dal legislatore.

Il settore sanitario rientra inoltre in quei campi che hanno visto un pressante ingresso dell'assicurazione obbligatoria, che se da un lato è rivolta ad assicurare la tutela del soggetto leso attraverso una più certa soddisfazione – almeno – della sfera patrimoniale, dall'altro determina una trasposizione del danno dal soggetto responsabile all'assicurazione, che protegge il medico dalla 'spada di Damocle' di un pesante carico economico, aumentando tuttavia i costi del servizio sanitario ed abbassando induttivamente la qualità dello stesso.

Il principio del consenso informato, il paradigma adesso impiegato in materia di responsabilità sanitaria, è mutuato dalla bioetica nordamericana, che ha enucleato questo assunto nella seguente espressione: *“Every human being of adult years and sound mind has a right to decide what shall be done to his own body; and a surgeon who performs an operation without the patient's consent commits an assault for which he is liable in damages”*².

Si tratta del frutto di una visione fondata sull'autodeterminazione, ossia sul diritto di disporre liberamente del proprio corpo senza 'ingerenze' esterne. Da ciò si può appurare la distinzione fondamentale tra la tradizione americana e quella italiana e, più in generale, europea: mentre la prima concepisce la dignità umana in relazione alla capacità di intendere e di volere, le ultime la considerano 'ontologicamente' di spettanza dell'uomo, indipendentemente dall'essere senziente o meno³.

Il principio del consenso informato manca di un referente normativo 'generale'⁴, il cui unico esemplare può rinvenirsi nel codice deontologico, che all'articolo 35 stabilisce che *“il*

² Cfr. Schloendorff v. Society of New York Hospital, in 211 N.Y. 129 (1914); cfr. F. D. BUSNELLI – E. PALMERINI, voce *Bioetica e Diritto Privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, V agg., Giuffrè, Milano, 2001, p. 142 e ss.

³ Nello stesso senso cfr. F. D. BUSNELLI – E. PALMERINI, voce *Bioetica e Diritto Privato*, cit., p.142 e ss.; L'approccio individualistico americano, applicato a talune sfere come quelle inerenti l'interruzione della gravidanza, porta a delle conclusioni 'estreme': "l'aborto viene concepito come espressione della libertà della gestante di disporre liberamente del proprio corpo, e quindi anche del feto, che essendo *res*, 'soccombe' rispetto al bene superiore della autodeterminazione della donna. La Costituzione Federale Americana non enuncia infatti un diritto alla vita del feto, e d'altra parte non vieta l'aborto se non quando compiuto nell'ultimo trimestre (fatto sempre salvo il caso di pericolo di vita della donna)". Cfr. PASSALACQUA C., *“Il consenso dell'avente diritto nell'arduo discernere tra bene integrità fisica e bene vita”*, pubblicato nella rivista giuridica elettronica *Diritto & Diritti* ISSN 1127-8579, consultabile all'indirizzo <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/28339.html>; nello stesso senso cfr. G. BOGNETTI, voce *Aborto: diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I agg., Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 6.

⁴ Esso è infatti enunciato in numerose leggi speciali, quali quelle in tema di sperimentazione clinica (D. lgs. n.211/2003), di procreazione medicalmente assistita (L. n.40/2004), e di attività trasfusionali e di produzione di emoderivati (L. n.219/2005).

medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente".

Sul versante sovranazionale il principio del consenso informato si rinviene nella Convenzione di Oviedo e nella Carta dei Diritti Fondamentali dei cittadini dell'Unione Europea⁵, che, sebbene manchino di 'forza cogente' negli ordinamenti interni, costituiscono una valida fonte di indirizzo per gli Stati Membri.

Va poi rilevato che, seppure non vi sia una norma dell'ordinamento interno che esplicitamente preveda tale assunto, esso è presente implicitamente negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione che statuiscono rispettivamente la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, dell'intangibilità della libertà personale ed infine della salute⁶.

Con specifico riferimento all'articolo 32, in esso si rinviene la polivalenza del concetto di salute, che è al contempo diritto del singolo al benessere psicofisico e interesse della collettività: benché disporre del proprio corpo rientri nell'esercizio del legittimo potere di disporre di beni afferenti alla propria persona, si pone un *limen* oltre il quale il soggetto non può porsi, rinvenibile nella volontà dello Stato di tutelare interessi di primaria importanza, che trascendono la dimensione e la disponibilità individuale per accedere a quella superindividuale.

Data quindi l'importanza del bene oggetto di tutela, l'ingerenza esterna al paziente – proveniente dallo Stato, ad esempio attraverso il divieto di atti di disposizione del proprio corpo che provochino “una diminuzione permanente dell'integrità fisica”, o dal medico nella scelta del trattamento terapeutico cui sottoporre il malato) – deve essere giustificata dalla tutela dei più e non solo del *singulus*.

Laddove l'incolumità pubblica non sia messa in pericolo dalle scelte del singolo (si pensi ad esempio a quali conseguenze potrebbero derivare dal sottrarsi alla vaccinazione obbligatoria), l'attenzione si rifocalizza sul rapporto medico-paziente, che deve poggiare

⁵ Il progetto di abrogare tutti i trattati vigenti per far posto alla 'costituzione' europea è fallito in seguito all'esito negativo del voto referendario francese del 29 maggio 2005 e dei Paesi Bassi dell'1 giugno 2005, che hanno bloccato il processo di ratifica. Si è quindi approdati al Trattato di Lisbona, che, sottoscritto il 9 maggio 2008 ed entrato in vigore l'1 dicembre 2009, garantisce le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali rendendoli giuridicamente vincolanti. Cfr. M. VAROTTO, *Le opportunità dell'Unione Europea per gli enti locali*, Ipsoa, Milano, 2010, pp. 108 e 109.

⁶ Il riferimento all'articolo 13 della Costituzione permette di comprendere la reale portata del principio, che si applica non esclusivamente al trattamento terapeutico, bensì ad ogni atto che possa pregiudicare l'integrità psicofisica della persona. Si pensi ad esempio al prelievo coatto del Dna in un procedimento penale disposto dal giudice mediante perizia scientifica, che, pur non consistendo in un trattamento terapeutico, determina un atto 'invasivo' della persona. Nello stesso senso cfr. G. FERRANDO, voce *Consenso Informato*, in *Enciclopedia del Sole 24ore*, III, Milano, 2007, p. 743; L. SAPONARO, voce *Prelievo coatto del Dna*, in *Enciclopedia del Sole 24ore*, XI, Milano, 2008, p. 336.

sulla preminenza della volontà del paziente, guidando il professionista nella valutazione della migliore ‘strategia’ da applicare allo stato clinico riscontrato caso per caso. L’ultima parola spetta quindi in ogni caso al paziente, che, reso edotto delle possibili *chances* a disposizione, autorizza o meno l’attività del medico. Tale autorizzazione non è richiesta, come sarebbe più presumibile, per il solo trattamento chirurgico, ma per qualsiasi atto del professionista, dalla diagnosi all’intervento terapeutico.

Va poi osservato che la locuzione è composta da due elementi: il consenso e l’informazione. *Ergo* non è sufficiente il mero consenso che non sia frutto dell’adempimento da parte del medico del suo dovere di informare il paziente delle possibili alternative a disposizione, dello stato delle dotazioni ospedaliere⁷, delle eventuali complicanze correlate al trattamento⁸, della specifica operazione cui si sottopone⁹. L’informazione deve inoltre essere adeguata alla capacità di intendimento dell’interlocutore, e quindi comprensibile anche per i profani o soggetti con uno scarso livello culturale. La violazione dell’obbligo di informare il paziente determina, anche in caso di esito fausto dell’intervento, la responsabilità del medico, che è chiamato a rispondere del danno cagionato¹⁰.

⁷ “Il consenso informato – personale del paziente o di un proprio familiare – in vista di un intervento chirurgico o di altra terapia specialistica o accertamento diagnostico invasivi, non riguardano soltanto i rischi oggettivi e tecnici in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell’arte della disciplina, ma riguardano anche la concreta, magari momentaneamente carente situazione ospedaliera, in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature, e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all’intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di trasferirsi in un’altra”: Cassazione Civile, Sezione III, n. 6318 del 16 maggio 2000, riportata in G. VISINTINI, *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 355 e ss.

⁸ Cfr. Cassazione Civile, Sezione III, n.20286 del 29 settembre 2009, consultabile sulla rivista giuridica elettronica www.Altalex.it; Cassazione Civile Sezione III n.20709 del 28 settembre 2009, consultabile su www.DirittoeGiustizia.it, quotidiano di informazione giuridica

⁹ *Contra* Cassazione Sezioni Unite Penali n. 2437 del 21 gennaio 2009, consultabile sul quotidiano di informazione giuridica www.DirittoeGiustizia.it : “Nei casi in cui 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, di cui all’art. 610 cod. pen.”; nello stesso senso si veda Corte di Assise di Firenze n. 5639 del 18 ottobre 1990 in *Giurisprudenza di Merito*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 1119 e ss.

¹⁰ Sul punto occorre osservare che l’orientamento seguito dalla giurisprudenza non è unitario. Il criterio discrezionale impiegato ai fini della liceità della condotta varia a seconda che la questione sia affrontata sul piano penale o civile: se infatti l’intervento sanzionatorio del legislatore penale, traducendosi nella compressione della libertà della persona, deve essere suffragato dalla natura ‘offensiva’ della condotta posta in essere – in ossequio ai principi di offensività e di colpevolezza –, sul versante civile il medico non può non essere chiamato a rispondere dell’inadempimento dell’obbligo informativo, sia laddove si aderisca alla tesi che concepisce il rapporto medico-paziente in termini contrattuali, sia laddove si consideri il caso di specie più confacente al modello della responsabilità extracontrattuale.

Non di poco conto è poi il *modus agendi* seguito nella formazione del consenso informato del paziente: la prassi ormai diffusa di far firmare un modulo *standard* costituisce una forma piuttosto semplicistica di osservanza dell'obbligo informativo, e che può divenire un facile strumento di elusione della norma.

Risulta infine evidente come il consenso informato non debba tradursi in un esonero da responsabilità del medico, sul quale ricade, secondo orientamento giurisprudenziale consolidato, l'onere di provare di aver adeguatamente informato il paziente¹¹.

2. IL PROBLEMA DELL'ACCERTAMENTO DELL'AIDS: L'ARTICOLO 5 DELLA LEGGE N.135/1990 E NON SOLO...

L'accertamento della sieropositività HIV è disciplinato dalla legge n. 135/1990, che all'articolo 5, comma 3, subordina tale operazione al consenso dell'interessato, dal quale non è possibile prescindere “*se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse*”.

Si tratta di una formula volutamente restrittiva, volta a prevedere la massima sensibilità e cautela laddove il trattamento diagnostico possa essere così ‘delicato’. Attraverso questa norma è possibile cogliere a pieno la portata del processo di formazione del consenso informato, che deve coinvolgere ogni fase del rapporto medico-paziente, e quindi anche la diagnosi.

Nel caso di specie la questione inerisce soprattutto le conseguenze psichiche che possono derivare dall'eventuale esito positivo, data la gravità della malattia oggetto di accertamento, laddove si effettui il test inconsapevolmente.

La scelta di rispettare la decisione (positiva o negativa) del soggetto è oggetto di un acceso dibattito dottrinale, essendo controversa la questione inerente il bilanciamento tra il diritto del soggetto a sottoporsi *sua sponte* alla diagnosi di una malattia così grave e l'interesse della collettività a che coloro che sono sieropositivi, essendo consapevoli delle loro condizioni, evitino i cd. “comportamenti a rischio”¹².

¹¹ Cfr. Cassazione, Sezioni Unite, n.13533 del 30 ottobre 2001, in *Corriere Giuridico*, 2001, p. 1565; Cassazione n.11488 del 21 giugno 2004, cit.; cfr. G. FERRANDO, voce *Consenso Informato*, cit., p. 747.

¹² Cfr. F. INTRONA, *Aids e Ospedale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 456; cfr. P. BENCIOLINI, *L'indagine sulla sieropositività HIV senza il consenso dell'interessato; un breve ma particolare commento medico-legale al terzo co. dell'art. 5 della legge n. 135/1990, AIDS e leggi sull'AIDS*, Ist. scient. H. San Raffaele, Quaderno n. 6, 1993.

Allo stesso tempo appare pleonastico parlare di “*necessità clinica nel suo interesse*”, data l’ovvietà della ‘convenienza’ per il paziente, sul piano strettamente clinico, di essere a conoscenza della propria malattia, punto di partenza imprescindibile per il benessere fisico del soggetto e il debellamento dell’Aids attraverso le opportune terapie.

L’aspetto più controverso è quello riguardante il concetto di “*necessità clinica*”, in quanto se “alla diagnostica clinica sono consentite una maggiore possibilità e una maggiore ampiezza di costruzioni ipotetiche specialmente in vista di urgenti necessità di ordine curativo”, non bisogna tuttavia dimenticare che “il giudizio medico-legale ha sempre riflessi di ordine etico-sociale, che possono riguardare l’onore e la libertà individuale, gli affetti familiari, il patrimonio ecc.”¹³.

La Suprema Corte ha inteso puntualizzare che la lettura costituzionalmente garantita della norma impone di subordinare il test in ogni caso, e quindi anche per necessità clinica, al consenso del soggetto, purché sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente. Il criterio discretivo della necessità clinica consentirebbe quindi di ‘scriminare’ il compimento del test senza consenso solo quando il soggetto non sia nel pieno possesso delle sue facoltà intellettive o non sia comunque in grado di manifestare la sua volontà: *ergo* “si può prescindere dal consenso del paziente solo nei casi in cui egli sia del tutto impossibilitato a prestarlo”.

Va poi rilevato che è possibile effettuare l’accertamento dell’AIDS anche ‘indirettamente’: si pensi, ad esempio, alla visita medica cui il candidato deve sottoporsi ai fini della certificazione dell’idoneità all’impiego ed alla esclusione del soggetto nel quale si riscontra una ‘sospetta’ sieropositività emersa a seguito di un conteggio linfocitario T4/T8, esame compiuto senza il suo esplicito consenso¹⁴.

¹³ C. CERIN, voce *Medicina Legale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, p. 62.

¹⁴ A tal proposito si cita il caso del ricorrente che ha adito l’Autorità Giudiziaria Europea, lamentando la lesione del diritto alla vita privata, articolo 8 della Convenzione Cedu, per essere stato sottoposto senza il suo consenso ad un esame dissimulato per l’accertamento dell’AIDS, e di essere stato illegittimamente dichiarato inidoneo all’impiego; la controparte ha affermato di aver rinvenuto nel candidato segni esteriori sintomatici di una grave deficienza immunitaria e ha quindi ritenuto necessario sottoporlo ad un trattamento diagnostico di valutazione del sistema immunitario. Il Tribunale di primo grado non ha ritenuto convincenti le rimostranze del ricorrente, per mancanza di prova in merito all’essere stato sottoposto *invito eo* ad un test HIV, essendo “pacifico tra le parti che l’esame in questione non era di per sé idoneo a comprovare la presenza di un’eventuale sieropositività”; la Corte di Giustizia europea adita dal ricorrente ha ribaltato la tesi del Giudice di primo grado, sostenendo che “il diritto di cui all’articolo 8 della Convenzione Cedu costituisce uno dei diritti fondamentali dell’ordinamento giuridico comunitario” e presenta implicazioni anche nel diritto a mantenere segreto il proprio stato di salute; conseguentemente l’interesse del datore di lavoro ad accertare l’idoneità all’impiego del candidato non può comprimere il diritto del soggetto –che è innanzitutto *homo* e solo *in secundis* lavoratore – a non essere sottoposto ad un trattamento diagnostico contro la sua volontà: cfr. Corte di Giustizia sentenza 8/4/1992, causa C-62/90, Commissione v. Germania citata in E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali: profili di diritto comparato ed europeo*, Wolters Kluwer Italia, Padova, 2008, p. 97.

Si prescinde dall'assenso del paziente, ovviamente, nei casi in cui si profilino implicazioni penali: "di norma il prelievo ematico finalizzato all'espletamento di perizie (o accertamenti tecnici) è subordinato alla disponibilità dell'imputato (o dell'indagato) a collaborare consentendo tale attività"¹⁵, ma vi sono ipotesi eccezionali, e quindi espressamente indicate dal legislatore, nelle quali il prelievo del sangue, essendo necessario al compimento di un esame sierologico concernente patologie sessualmente trasmissibili, quali l'HIV, è disposto anche coercitivamente¹⁶. In questi casi il legislatore ha compiuto un bilanciamento tra il diritto alla *privacy* dell'indagato-imputato e il diritto alla salute della persona offesa dal reato (per una celere diagnosi della malattia ed un immediato intervento terapeutico)¹⁷.

3. LA TUTELA DELLA *PRIVACY* DEL SOGGETTO SIEROPOSITIVO

L'accertamento *contra voluntatem* della sieropositività può essere correlato alla compressione della *privacy* del paziente ed alla violazione sia del rapporto di fiducia tra il medico ed il paziente sia del segreto professionale, integrando gli estremi dell'articolo 622 c.p.¹⁸.

Il rapporto tra osservanza del vincolo di segreto cui è tenuto il medico e il rispetto della riservatezza del paziente è particolarmente spinoso e non esente da 'zone grigie': l'etica legherebbe il professionista a non rivelare, ad esempio, al partner del soggetto di cui si è accertata la sieropositività, benché la natura sessualmente trasmissibile della malattia comporti delle responsabilità non solo nei confronti del malato ma anche verso i terzi inconsapevoli e 'a rischio' di contagio. Il bene salute, ai sensi dell'articolo 32 Cost., può essere infatti inteso in senso individualistico, ossia come interesse giuridicamente protetto

¹⁵ P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 129.

¹⁶ Tale prelievo coattivo è previsto dalla legge n.66/1996 in materia di violenza sessuale, laddove l'articolo 16 statuisce: "L'imputato per i delitti di cui agli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale è sottoposto, con le forme della perizia, ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime", cui si è aggiunto il delitto di cui all'articolo 600bis secondo comma c.p. (ex articolo 15 della legge n.269/1998), rubricato "atti prostituivi con minore".

¹⁷ In senso conforme alla preminenza del diritto alla salute della persona offesa sul rispetto della riservatezza si è espressa anche la giurisprudenza di merito, affermando che "risponde del reato di lesioni personali gravissime il soggetto sieropositivo che, avendo consapevolezza della propria malattia e dei modi di trasmissione, consuma plurimi e ripetuti rapporti sessuali, senza alcuna precauzione e senza comunicare le proprie condizioni di salute alla compagna, che contrae il virus dell'HIV" (Tribunale di Savona sentenza 6 dicembre 2007).

¹⁸ L'articolo 622 c.p., rubricato "Rivelazione di segreto professionale", statuisce: "Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, e' punito, se dal fatto puo' derivare nocumento, con la reclusione fino ad un anno o con la multa da lire sessantamila a un milione. Il delitto e' punibile a querela della persona offesa".

all'interno della sfera del *singulus* – e tale interpretazione implicherebbe la natura 'disponibile' del diritto all'integrità psicofisica – ed in senso collettivistico, rendendo il benessere del singolo cittadino strumento di tutela del bene pubblico.

Come ben afferma Elio Sgreccia nel suo manuale di bioetica, “i classici principi di etica medica, così come il ricorso al principio del necessario rispetto dovuto alla persona umana convergono nell'indicare i caratteri di relatività del segreto professionale e le condizioni alle quali possa considerarsi legittima la rivelazione a particolari terzi”¹⁹.

L'articolo 9 del codice di deontologia medica definisce giusta causa di rivelazione “*l'urgenza di salvaguardare la vita o la salute di terzi, anche nel caso di diniego dell'interessato, ma previa autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali*”, in deroga al principio generale in forza del quale “*il medico deve mantenere il segreto su tutto ciò che gli è confidato o che può conoscere in ragione della sua professione; deve, altresì, conservare il massimo riserbo sulle prestazioni professionali effettuate o programmate, nel rispetto dei principi che garantiscano la tutela della riservatezza*”.

Sono quindi piuttosto restrittive le disposizioni che consentono di derogare alla ‘barriera del silenzio’ che vincola il medico.

La circostanza che il paziente abbia espresso il suo consenso al compimento del test HIV non elide ‘l'anti giuridicità’ della condotta di rivelazione dell'esito dell'esame anche a terzi.

Nella controversia sulla quale si è formata la decisione della Suprema Corte qui commentata il medico aveva lasciato incustodita la cartella contenente i risultati del trattamento diagnostico, facendo sì che la madre venisse a conoscenza della sieropositività del figlio *invito vel ignorante eo*. Si tratta di un caso emblematico di ‘profanazione’ del segreto professionale che nulla ha a che vedere con le ipotesi più spinose, sopra citate, in cui la rivelazione a terzi è suffragata dalla necessità di salvare altri dal pericolo ingiusto (del contagio).

A nulla è giovato al professionista sostenere che la cartella era stata lasciata in sala infermieri, locale riservato al personale sanitario, non avendo questi esaurientemente dimostrato che a detta sala veniva effettivamente impedito l'accesso del pubblico. La Suprema Corte ha infatti precisato che “anche per le indagini cliniche debba essere rispettata quanto meno la riservatezza del paziente, adottando tutte le misure idonee a far sì che natura ed esito del test, dati sensibili raccolti nell'anamnesi, e accertamento della malattia, siano

¹⁹ E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica, Aspetti medico sociali*, II, Vita & Pensiero Editore, Milano, 2006, p. 298.

resi noti solo entro il ristretto ambito del personale medico e infermieristico adibito alla cura e vengano custoditi adottando tutti gli accorgimenti necessari ad evitare che altri, ed in particolare il pubblico, possano venire a conoscenza delle suddette informazioni”.

4. CONCLUSIONI

L'orientamento garantista della Corte di Cassazione è certamente illuminante e fonte di ispirazione di un diverso e più aperto approccio nei confronti di un problema così spinoso quale quello dell'AIDS.

L'accertamento della sieropositività deve essere effettuato attraverso la scelta del *modus operandi* più idoneo a rispettare la libertà di autodeterminazione del malato e la sua riservatezza, in fedele attuazione del dettato normativo della legge n.135/1990.

Compito – o vocazione – del medico non può che essere quello di aiutare il paziente nel difficile percorso della diagnosi e del trattamento terapeutico di questa grave malattia che dagli anni '90 desta l'interesse del legislatore, sia per gli stimoli provenienti dal mondo scientifico-sanitario, sia per l'emergenza sociale che la diffusione dell'AIDS ha portato con sé.

La produzione legislativa, che ha trovato il suo coordinamento sistematico normativo nel Testo Unico del 1990, è rivolta proprio ad occuparsi di questa 'malattia sociale'²⁰, che, per i suoi aspetti di pericolo di contagio e di categorie a rischio, è legata a doppio filo a delicati problemi di riservatezza e di discriminazione.

Lo sforzo del legislatore è destinato a divenire vano, laddove manchi il necessario supporto senza pregiudizio e più consapevole, non soltanto dell'operatore del diritto ma anche del medico e della collettività in genere.

Passalacqua Caterina

Praticante Avvocato presso l'Avvocatura Distrettuale INPS di Messina

²⁰ L'AIDS conta, secondo i dati epidemiologici riportati nell'area medica del sito della Fondazione AIDS www.aids.it, 92.000 nuove infezioni nel Nord e Centro Africa, 210.000 nell'Asia centrale ed Europa dell'Est, 290.000 nell'Asia Orientale e nel Pacifico, e 890.000 nel Sud e Sud-Est Asiatico.