

Signoria del consenso e autolegittimazione dell'attività medica

# Cade la centralità inattaccabile del consenso

di Vania Cirese

Avvocato, Foro di Roma

**P**er costante giurisprudenza ogni trattamento medico-chirurgico eseguito in assenza di valido consenso integra il reato di lesioni o di violenza privata a seconda che si ritenga che tale assenza comprometta l'integrità fisica o la libera formazione del volere in base a due correnti di pensiero facenti capo, la prima, all'orientamento della sentenza "Massimo" (1992) e l'altra alla sentenza "Volterrani" (2002). Di conseguenza, la traduzione tipica dell'atto medico non consentito andrebbe individuata nella fattispecie ex artt. 582 - 583 c.p. o 610 c.p.

La pronuncia "Massimo" ha inaugurato una logica interpretativa fondata sull'autentica signoria del consenso, qualificato come fonte di liceità dell'atto medico, così che l'assenza (o invalidità) del consenso determinano l'arbitrarietà del trattamento medico chirurgico e la sua rilevanza penale.

Secondo la pronuncia "Massimo": "Se il trattamento non consentito ha uno scopo terapeutico e l'esito sia favorevole, il reato di lesioni sussiste (ugualmente) non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale". In altre parole, l'atto medico non consentito per ciò solo costituisce illecito penale, a nulla rilevando l'esito fausto dell'intervento e il rispetto delle *leges artis*. Ma risponde a giustizia che l'atto compiuto dal medico perito, prudente e diligente sia ricondotto ai reati di lesioni o violenza esattamente come l'intervento senza consenso di chi al paziente abbia procurato non la guarigione ma un danno?

La risposta della Suprema Corte (Sezioni Unite penali) è finalmente negativa, impostando i termini del problema sotto due interessanti profili di assoluta novità: si dà rilievo all'autolegittimazione dell'attività medica e al concetto di malattia secondo parametri extragiuridici, tecnico-scientifici. Per la sentenza "Mas-

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 2437/08 hanno finalmente affrontato e risolto la questione della rilevanza penale dell'attività medico-chirurgica espletata senza consenso, benefica per il paziente, ossia con esito fausto

"Avendo personalmente sollevato le richiamate questioni di diritto innanzi alla Corte, non posso che rallegrarmi dell'interpretazione più giusta e introduttiva di un doveroso temperamento equitativo. Era in vero necessaria una differenziazione di situazioni non omologabili e la statuizione di indirizzi di maggior tutela per la classe medica in riferimento a condotte professionali incensurabili e perfino encomiabili che finivano con l'essere comunque sanzionate. È valsa la pena di insistere su queste problematiche su cui s'era lungamente richiamata l'attenzione dei giudici e degli studiosi del diritto nelle diverse sedi"



simo" e quelle che vi si uniformavano ("Firenzani" 1572/01; "Caneschi" 11640/06; "Huscer" 11335/08; "Ruocco" 37077/08) qualsiasi trattamento medico è penalmente lecito solo se "coperto" dal consenso informato del paziente, che, quale causa di

giustificazione, ne elimina l'arbitrarietà e l'anti-giuridicità altrimenti rinvenibile.

Secondo la sentenza qui considerata (la 2437/09), invece, la fonte di liceità dell'atto medico non è la volontà del paziente, ma la Costituzione e non si può continuare a rintracciare nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) la base della "non anti-giuridicità" della condotta del medico. In altre parole, se il consenso trova tutela costituzionale (art. 32 Cost.) anche l'attività sanitaria ha base di legittimazione direttamente nelle norme costituzionali e fonte di liceità nella finalità di tutela della salute, bene costituzionalmente garantito. Viene meno allora la centralità inattaccabile del consenso, la sua totale "signoria". Il medico è chiamato ad instaurare un'indispensabile alleanza terapeutica con il malato ma non ne viene assoggettato, perché il trattamento sanitario lecito è teso alla tutela della salute come bene costituzionalmente garantito e non alla pedissequa realizzazione della volontà qualunque e assoluta del paziente. Il consenso-dissenso del paziente (espesso, attuale, informato) non si erge a fonte insostituibile di promanazione della liceità dell'atto medico.

A seguito della recente pronuncia, la condotta - perita, prudente, diligente, e dal buon esito - del medico scrupoloso e competente non è sanzionata, venendo ridimensionati i confini del consenso che non può avere quel ruolo "assoluto" che parte della giurisprudenza e dottrina vorrebbe assegnargli. La Corte ha stabilito che non è integrato il reato ex art. 610 c.p. mancando la violenza e l'evento costitutivo, del pari non è ravvisabile il reato di lesioni perché l'intervento che ha contrastato con successo la patologia ancorché comporti un'alterazione anatomica non causa quella diminuzione funzionale (malattia) requisito imprescindibile e tipico della fattispecie di lesioni. In buona sostanza non basta l'atto anatomicamente lesivo, il solo fatto di essere "chirurgicamente" intervenuto sul corpo del paziente e l'esito va tenuto in conto e non è un elemento indifferente.

## Un'importante pronuncia in tema di consenso informato

Il testo della sentenza Sentenza della Corte di Cassazione n. 2437 del 18 dicembre 2008 - depositata il 21 gennaio 2009 - è disponibile sul sito [www.ginecologiaforense.it](http://www.ginecologiaforense.it)

Le avvocatesse Vania Cirese e Daniela Palmieri commentano un'importante pronuncia della Cassazione sulla mancata acquisizione del consenso in relazione all'intervento medico-chirurgico

## IL CASO

La vicenda ha riguardato un ostetrico che ha sottoposto la paziente a laparoscopia esplorativa (per cui v'era consenso) proseguendo con una salpingectomia e asportazione della tuba sinistra. L'intervento di asportazione veniva ritenuto corretto e di alta professionalità, tuttavia, a causa della mancanza del consenso, l'ostetrico - nonostante fosse stato diligente, prudente, perito e capace di risolvere la patologia della paziente - veniva rinviato a giudizio e condannato per violenza privata.

Distinguendo le situazioni, appropriatamente la Suprema Corte chiarisce che ove l'esito dell'intervento non sia stato fausto e la condotta del sanitario ha invece cagionato una malattia, si realizzerà un fatto conforme al tipo e potrà aversi il vaglio penale se difettando il consenso informato l'atto medico sia fuoriuscito dalla "copertura costituzionale".

Grazie allo sforzo ermeneutico compiuto dalla Cassazione, il sindacato sull'illiceità della condotta del medico che operi senza consenso non può più prescindere dalla considerazione dell'esito fausto o infausto e la verifica se il trattamento praticato abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente. Chi scrive, avendo personalmente sollevato le richiamate questioni di diritto innanzi alla Corte, non può che rallegrarsi dell'interpretazione più giusta e introduttiva di un doveroso temperamento equitativo. Era invece necessaria una differenziazione di situazioni non omologabili e la statuizione di indirizzi di maggior tutela per la classe medica in riferimento a condotte professionali incensurabili e perfino encomiabili che finivano con l'essere comunque sanzionate. È valsa la pena di insistere su queste problematiche su cui s'era lungamente richiamata l'attenzione dei giudici e degli studiosi del diritto nelle diverse sedi. Per ottenere risultati occorre in primo luogo crederci e in secondo luogo ...perseverare!