

Le Sezioni Unite Penali dicono la loro sul consenso informato

Intervento necessario: nessun reato

di Daniela Pamieri
Avvocato, Foro di Milano

Le Sezioni Unite Penali di Cassazione si sono pronunciate per fare chiarezza sulla delicata questione del consenso informato e della conseguente legittimità del trattamento sanitario. La sentenza del 18 dicembre 2008 ha affermato che la mancanza del consenso informato relativo ad un intervento chirurgico, ove questo sia stato eseguito nel rispetto della *lex artis medica* e sia stato compiuto con esito vantaggioso, non integra in capo al sanitario alcuna fattispecie penale. La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla rilevanza penale del comportamento di un chirurgo che aveva proceduto all'asportazione di una salpinge dal corpo della paziente, informata solamente in parte dell'intervento subito. Sebbene demolitorio, tale intervento, deciso in itinere per un grave processo infettivo riscontrato dal medico, era stato eseguito nel rispetto della *lex artis* ed aveva portato ad esito fausto, ovvero ad un miglioramento delle condizioni di salute della paziente. La sussistenza di un importante contrasto giurisprudenziale sul tema del consenso informato in relazione a trattamenti sanitari ha determinato la rimessione di tale decisione alle Sezioni Unite Penali, che hanno per l'occasione ripercorso il cammino di questo delicato istituto. Si tratta infatti di una problematica antica, mai univocamente risolta, che coinvolge profonde questioni quali il fondamento giuridico e di legittimazione dell'attività medicochirurgica, il concetto di malattia, il valore che occorre riconoscere al consenso informato del paziente in riferimento al bene della salute come diritto della persona. Partendo dal presupposto che il consenso si pone come infettibile presupposto di liceità del trattamento medico, parte della giurisprudenza deduce che la mancanza di un consenso, opportunamente informato, del paziente, o la sua invalidità, determinerebbe l'arbitrarietà del trattamento medico e la sua rilevanza penale, eccetto i casi di stato di necessità o di trattamento sanitario obbligatorio. Altra giurisprudenza ritiene invece che la volontà del paziente svol-

■ La sussistenza di un importante contrasto giurisprudenziale sul tema del consenso informato in relazione a trattamenti sanitari rende particolarmente interessante questa pronuncia della Cassazione che ripercorre le più significative tappe evolutive della giurisprudenza in merito alla delicata questione

ga un ruolo decisivo soltanto quando espressa in forma negativa; sarebbe così da escludere che la condotta del medico intervenuto in mancanza di consenso informato possa automaticamente corrispondere alla fattispecie astratta di un reato, in quanto il sanitario è legittimato a sottoporre il paziente al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della sua salute anche in assenza di esplicito consenso. Quanto poi al reato eventualmente ipotizzabile le opinioni si sono nel tempo divise tra chi ha ritenuto configurabile la fattispecie di lesioni volontarie (in quanto qualsiasi intervento chirurgico implica il compimento di atti che nella loro materialità integrano il concetto di malattia di cui all'art. 582 c.p.) - quindi omicidio preterintenzionale, ex art. 584 c.p., qualora dall'intervento derivi la morte - e chi ha sostenuto che l'eventuale arbitrarietà di un intervento medico, siccome volto a rimuovere una malattia e non a cagionarla, può assumere rilevanza penale solo come attentato alla libertà individuale del paziente, rendendo perciò configurabile esclusivamente il delitto di violenza privata, ex art. 610 c.p. È la recentissima sentenza delle Sezioni Unite Penali (del 18/12/09 n. 2437) a ripercorrere le più significative tappe evolutive della giurisprudenza in merito alla delicata questione. La c.d. sentenza Massimo (Cass. Sez. V, 21/04/92 n. 5639) statuiva che rispondeva del reato di lesioni volontarie il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottoponeva il paziente ad un intervento operatorio più grave rispetto a quello meno cruento e di più lieve entità di cui lo avesse informato preventivamente e per il quale fosse stato dato il consenso, considerata irrilevante, sotto il profilo psichico, la finalità pur sempre curativa della sua condotta. Si configurava il reato di omicidio preterintenzionale poiché da quelle lesioni era derivata la morte

del paziente. Il consenso, inteso come manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, veniva ritenuto come il solo elemento atto ad escludere in concreto l'antigiuridicità del trattamento sanitario. Quindi anche un trattamento sanitario svolto con scopo terapeutico ed esito favorevole, ma non consentito, portava ad integrare in capo al sanitario il reato di lesione personale, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale. Altre sentenze (vedi sentenza Barese-Cass. Sez. V, 09/03/2001 n. 28132) si sono trovate in disac-

“(...) 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. È, quindi, in questo contesto che andrà verificato l'esito, fausto o infausto, dell'intervento”

cordo con tale pronuncia: era ritenuto che anche a fronte della morte del paziente, avvenuta a seguito di un'operazione chirurgica demolitiva non consentita, non si configurasse in capo al sanitario il reato di omicidio preterintenzionale. Per integrare detto reato l'agente avrebbe dovuto realizzare consapevolmente ed intenzionalmente una condotta diretta a provocare una alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa. Vero però è che quando il chirurgo, pur animato da intenzioni curative, avesse agito nella consapevolezza che l'intervento avrebbe prodotto una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente, avrebbe risposto di lesioni volontarie. La circostanza che la condotta del

medico fosse orientata a tutelare la salute del paziente, con l'obiettivo di evitargli altri interventi o rischi futuri, e non a cagionare menomazioni della sua integrità fisica o psichica, portava i giudici ad escludere anche la configurazione del reato di violenza privata. Altre pronunce si sono così susseguite e alternate: tra le posizioni più vicine alla sentenza Massimo si ricordano la sentenza Cicarelli (Cass. Sez. IV, 27/03/01 n. 36519) - che tornava a sanzionare duramente gli interventi effettuati dal chirurgo contro la volontà del paziente trovatosi violato nel diritto a preservare la propria integrità fisica, a nulla valendo il rilievo che questa potesse essere eventualmente migliorata - e la sentenza Firenzani (Cass. Sez. IV, 11 luglio 2001 n. 35822) che riconosceva nella mancanza del consenso opportunamente informato del paziente, o nella sua invalidità, l'arbitrarietà del trattamento medico chirurgico e la sua rilevanza penale. Ad altro orientamento si allineava la sentenza Volterrani (Cass. Sez. I, 29/05/02, n. 26446): pur riconoscendo il reato di violenza privata in capo al medico che effettuasse ugualmente il trattamento rifiutato, si riteneva che in caso di decesso del paziente non si profilava il più grave reato di omicidio preterintenzionale, in quanto non si poteva ritenere che le lesioni chirurgiche, strumentali all'intervento terapeutico, potessero rientrare nella previsione di cui all'art. 582. L'attività strumentale del chirurgo (ovvero l'incisione della cute), infatti, è riconosciuta come il passaggio obbligato verso il raggiungimento dell'obiettivo principale dell'intervento, quello di liberare il paziente dal male che lo affligge. Tale attività, dunque, si inserisce a pieno titolo nell'esercizio dell'azione terapeutica, che corrisponde, in quanto attuazione concreta del diritto alla salute, all'alto interesse sociale tutelato dallo Stato. È di poco più di un anno fa la sentenza Huscer (Cass. Sez. IV, 16/01/08 n. 11335) con la quale si è stabilito che, mancante un valido consenso informato - ovvero reso per un trattamento diverso - il chirurgo che esegua un intervento, da cui derivi la morte del paziente, non è da ritenersi responsabile di reato di omicidio preterintenzionale. Ciò si spiega in quanto la finalità curativa comunque perseguita deve ritenersi concettualmente incompatibile con la consapevole intenzione di provocare un'alterazione lesiva dell'integrità fisica del paziente, che è invece necessaria perché si configurino quegli atti diretti a commettere il reato di lesioni di cui all'art. 582 c.p. Sulla stessa linea si pone la sentenza Ruocco (Sez. IV 24/06/08 n. 37077) a confermare che la finalità curativa dell'attività del medico è con-

concettualmente incompatibile con il dolo di lesioni. Da un'impostazione che basava la legittimità dell'attività medica sul consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), cioè il paziente, quale sola scriminante idonea ad eliminare ombre di rilevanza penale sul trattamento sanitario, si passa così alla legittimazione in senso stretto dell'attività medica. L'attività sanitaria, in quanto destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute ad attuare il dettato dall'art. 2 della Costituzione, ha base di legittimazione direttamente nelle norme costituzionali. Sarebbe incoerente, infatti, ritenere che un professionista ritenuta di “pubblica necessità” abbia bisogno, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento terapeutico ancorché attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il paziente. Così la nuova impostazione rinviene direttamente nella Costituzione il fondamento del consenso informato, riconoscendo a quest'ultimo la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello dell'autodeterminazione e quello della salute. La Corte è stata chiamata a decidere, nel caso di specie, se il mutamento del tipo di intervento operatorio, effettuato senza che tale variatio fosse stata in precedenza assentita dal paziente, malgrado il relativo esito fausto integri o meno il delitto di violenza privata o di lesione personale. Né l'uno né l'altro reato si configurano in capo al chirurgo, così ha deciso la Corte argomentando analiticamente su ciascuna ipotesi prospettata. La condotta del sanitario ha fini terapeutici, quindi la correttezza dell'agere andrà misurata sugli esiti dell'obiettivo terapeutico in rapporto alle regole dell'arte: in base a queste sarà valutato l'esito fausto o infausto dell'intervento. Le conseguenze dell'intervento chirurgico e i correlativi profili di responsabilità non coincidono con l'atto operatorio in sé e con le relative lesioni ad esso strumentali, bensì con gli esiti che quell'intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute. Così l'eventuale mancato consenso del paziente al diverso tipo di intervento praticato dal chirurgo, rispetto a quello originariamente assentito, potrà rilavare su altri piani ma non su quello penale. Ove invece la condotta “non previamente consentita” del sanitario conduca ad esito non fausto, avendo cagionato una malattia, realizzerà un fatto conforme alla fattispecie e rispetto ad essa potrà operarsi lo scrutinio penale. Le Sezioni Unite Penali di Cassazione assolvono il chirurgo che pur avendo sottoposto il paziente ad un trattamento chirurgico diverso - o più ampio - rispetto a quello consentito lo abbia eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* e abbia prodotto un esito vantaggioso per la salute dell'individuo. ■