

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

11/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatta, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare al fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nel fascicolo mensile, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2017, p. 5 ss.

L'ATTO MEDICO SENZA IL CONSENSO DEL PAZIENTE. A DIECI ANNI DALLE SEZIONI UNITE E DOPO LA LEGGE 219 DEL 2017

di Paolo Piras

SOMMARIO: 1. Una domanda storica e una legge nuova – 2. Ambito della domanda. – 3. Giurisprudenza maggioritaria. Critica. – 4. Alternative alla giurisprudenza maggioritaria.

1. Una domanda storica e una legge nuova.

Ci sono domande che affliggono e allo stesso tempo affasciano il penalista.

Una di queste è la seguente: è punibile o no l'atto medico senza il consenso del paziente?

La domanda affligge, perché è un vero e proprio rompicapo anche per il penalista più vissuto. E affascina, perché la domanda potrebbe riguardarlo personalmente, in quanto sullo sfondo c'è anche la sua salute e quella delle persone che ama.

La domanda non è nuova, anzi è una domanda storica: afflizione e fascino d'epoca.

La sana tentazione è quella di andare a vedere se il codice penale dia risposta alla domanda. È questa una tentazione che bisogna sempre assecondare, per dedizione alla legalità. Ma sappiamo già, senza aprirlo, che il codice non dà una risposta espressa a questa domanda, non prevede cioè una fattispecie incriminatrice *ad hoc*. Non solo: non dà neppure indicazioni su come poter dare una risposta.

Si sperava che un aiuto giungesse da una legge successiva. Aprodo un qualunque link della legge 219 del 2017, gli occhi cadono subito sul titolo: "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*". E torna la sana tentazione di verificare se il legislatore abbia dato qui risposta alla storica domanda. È ovvio che sapeva che la domanda è orfana di una risposta legislativa. Però purtroppo ha deciso di non dare risposta, deludendoci un po', ma scoraggiandoci mai. La legge 219, come si sente dire nelle aule convegnistiche, è una legge "gentile", una legge delle colombe, non prevede sanzioni penali.

Peraltro, con riferimento al consenso informato, alla legge va il merito di avere previsto:

- l'oggetto dell'informazione, cioè diagnosi, prognosi, benefici, rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari, possibili alternative,

- conseguenze dell'eventuale rifiuto degli accertamenti e dei trattamenti (art. 1 III co. prima parte)
- il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, l'informazione (art. 1 III co. seconda parte)
 - il diritto di indicare familiari o una persona di fiducia quali incaricati di ricevere le informazioni e di esprimere il consenso (art. 1 III co. seconda parte)
- l'inserimento del consenso informato nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico (art. 1 IV co.)
- la prestazione del consenso per minori e incapaci da parte dei rappresentanti legali, salvo comunque tenere conto della volontà dei primi, in relazione al grado di maturità e capacità (art. 3)

Queste sono state le innovazioni legislative sul consenso informato.

Nulla di nuovo apporta l'enunciazione di principio posta dall'art. 1 I co. *"Nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge"*.

Il principio è categorico, lapidario, perentorio. Non ammette repliche di sorta. Veniva già tratto dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. e dagli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Sono disposizioni che lo stesso art. 1 della legge 219 richiama prima di enunciare il principio, forse per assicurargli un'impenetrabile corazza normativa. Ma nessuno dubitava dell'operatività del principio e d'altra parte era già contenuto, più o meno con le stesse parole, nell'art. 5 della Convenzione di Oviedo.

Ma ciò che davvero interessa è quali conseguenze giuridiche si producono se il principio viene violato. E dicevamo nessuna risposta nella legge 219. Non resta che dire arivederci al legislatore. A forse mai.

2. Ambito della domanda.

Abbandonata dal legislatore, la domanda si è spostata sul nostro tavolo e non se ne vuole andare, resta ed è difficile, ma non può andarsene senza risposta. Ci chiede di essere adottata. Facciamolo.

Vediamo di conoscerla più da vicino. L'abbiamo formulata così: è punibile o no l'atto medico senza il consenso del paziente?

Tracciamone ora i confini.

Consenso invalido.

Per un certo verso la domanda è più ampia di quella che sembra in prima battuta. Infatti l'ipotesi della mancanza di consenso va equiparata a quella del consenso invalido, del consenso cioè mancante di suo requisito: personalità, libertà, attualità, informazione e forma scritta, se richiesta dalla legge. È fuori discussione che il consenso ci deve essere e deve essere valido, affinché l'atto medico sia scriminato. E ciò prescindere dalla controversa collocazione del consenso del paziente nel sistema delle scriminanti. Collocazione che in fondo nella pratica giudiziaria non risulta importante: quello che conta è che ci sia un consenso valido. Nelle aule giudiziarie di solito non si sente fare questioni di collocazione sistematica del consenso, se non per ragioni teatrali, in quanto tali solo battenti bandiera emotiva nella navigazione processuale.

Rifiuto del paziente.

Per altro verso la domanda risulta invece più ristretta. Sparisce veloce dal nostro tavolo se c'è il rifiuto del paziente. Infatti l'ipotesi del consenso assente o invalido va tenuta ben distinta dall'ipotesi dell'espresso rifiuto¹. Possiamo chiamarlo anche aperto dissenso o manifestata opposizione, se vogliamo essere più chiari usando sinonimi.

In ipotesi di espresso rifiuto, il paziente è stato dovutamente informato e dice no alla proposta di trattamento. Corrono alla mente le parole dell'art. 32 II co. Cost. *"Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"*. In questa ipotesi la giurisprudenza asserisce la sicura punibilità del medico che procede comunque al trattamento²: di fronte al manifestato no del paziente, il medico si deve *"fermare"*³. La punibilità può essere affermata, secondo i casi a titolo di violenza privata (art. 610 c.p.), se il sanitario fa uso della forza fisica o morale per costringere il paziente a tollerare un certo trattamento⁴; sequestro di persona (art. 605 c.p.), se vi è stata privazione della libertà personale; stato d'incapacità procurato (art. 613 c.p.), se il paziente viene, ad es., posto in stato di anestesia generale⁵.

Nell'ipotesi di mancanza o invalidità del consenso siamo invece di fronte ad un forse: non si sa quale sia il reale volere del paziente, perché da lui non manifestato o da lui manifestato ma invalidamente. Un caso frequente è quello del c.d. viraggio chirurgico, che si ha quando nel corso di un intervento chirurgico su un paziente in stato di anestesia generale, il medico procede ad un intervento diverso, anche solo in parte, da quello per il quale ha avuto il consenso, ad es., asporta una massa tumorale, avendo avuto il consenso solo ad una laparotomia esplorativa.

La differenza fra espresso rifiuto e mancanza o invalidità del consenso riflette la ben nota differenza fra il no e il forse, la cui chiarezza affonda le radici nella nostra infanzia, quando chiedevamo un costoso arnese ludico lontani dalle feste natalizie.

Attualmente, oltre all'art. 32 II co. Cost., anche l'art. 1 V co. della già citata legge 219 attribuisce il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico

¹ L'esigenza di tenere separate le ipotesi è rimarcata da M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 461

² Sez. Un., 2437-09, Giulini, est. Macchia, Rv. 241752, che parla di *"sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili "contro" la volontà del paziente"*, p. 25; prima ancora un'altrettanta risoluta presa di posizione è assunta da Sez. IV, 2453-01, Cicarelli, est. Losapio, in *Cass. pen.*, 2002, 1346, che annulla senza rinvio una sentenza che aveva ritenuto un medico responsabile per non avere violato il dissenso del paziente e reca: *"Su questo aspetto della decisione di merito la Corte di legittimità non può non assumere che un atteggiamento fermo e di incondizionata ripulsa"*. V. anche, Sez. IV, 10626-13, Morgando, est. Piccialli; Sez. IV, 19556-13, Pace, est. Blaiotta.

³ Sez. I, 26446-02, Volterrani, est. Rossi, in *Cass. pen.*, 2003, 1945, con nota G. Marra e 2659 con nota G. IADECOLA.

⁴ Sez. 5, 38914-15, Tonchia, est. Pezzullo, Rv. 265511

⁵ In un caso si è ritenuto in giurisprudenza configurabile il delitto di lesioni personali dolose, avendo il paziente espresso il dissenso ad un certo intervento (correzione miopia con metodo prk), al quale poi si è sottoposto comunque, essendo stato fraudolentemente carpito il consenso, perché gli si è prospettato che sarebbe stato sottoposto all'intervento che invece voleva (correzione miopia con metodo lasik): Sez. IV, 21799-10, Petretto, est. Massafra, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1321, con commento di G. IADECOLA, *Violazione consapevole della regola del consenso del paziente e responsabilità penale*.

o trattamento sanitario. Questa disposizione è contenuta appunto nell'art. 1, però rubricato "Consenso informato". E la disposizione è collocata quindi in casa d'altri, perché il rifiuto alle cure viene espresso una volta che l'informazione è stata data: il consenso informato è questione chiusa ormai, clinicamente e giuridicamente. Chiarezza avrebbe voluto che, anche nel testo legislativo, le ipotesi di espresso rifiuto e mancanza o invalidità del consenso fossero state separate, perché la sovrapposizione dei piani è foriera di confusioni: mentre è certa la punibilità dell'atto medico in presenza del rifiuto, rimane tutta da discutere la punibilità dell'atto medico in mancanza o invalidità del consenso.

Tenere i piani separati regala la chiarezza necessaria per escludere che l'atto medico in assenza o con consenso invalido del paziente sia punibile anch'esso a titolo di violenza privata. In ipotesi di viraggio chirurgico senza consenso, è invero presente il requisito della violenza, inteso quale uso della forza fisica *corpore corpori illata*, ma manca il requisito della costrizione, che si ha invece solo in ipotesi di manifestata contrarietà del paziente. Si ha invece un abuso, che in quanto tale è punibile solo se la legge lo prevede espressamente, come avviene, ad es., nell'art. 609 bis c.p.⁶

Emergenza o urgenza.

La domanda vola via discreta dal nostro tavolo, anche nell'ipotesi di atto medico svolto in emergenza o urgenza e ovviamente in assenza del consenso. Ad es., paziente emorragico a seguito d'incidente stradale, che giunge in ospedale in stato d'incoscienza e viene sottoposto ad intervento chirurgico per rendere inattivo il fronte di sanguinamento. In questa ipotesi l'atto è non punibile a prescindere dal consenso. La non punibilità viene asserita spesso richiamando l'art. 54 c.p.: lo stato necessità scriminerebbe il medico.

Tuttavia l'applicazione dell'art. 54 c.p. dovrebbe essere esclusa, dopo la legge 219, che all'art. 1 VII co. prevede: "*Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirle*". L'atto medico è quindi scriminato dall'adempimento del dovere ex art. 51 c.p. Con ulteriore vantaggio clinico per il paziente: il personale sanitario "*deve*" e non solo "*può*" intervenire, come invece avviene se si ritiene operante lo stato di necessità, che solo facoltizza l'intervento. E con ulteriore vantaggio giuridico per il personale sanitario: evitare il rischio di richiesta di un indennizzo da parte del paziente, ex art. 2045 c.c., che prevede appunto la relativa azione nei confronti di chi ha commesso il fatto in stato di necessità.

Atto medico colposo.

Infine la domanda non si pone quando l'atto medico, svolto in mancanza o invalidità del consenso, è colposo. In questa ipotesi, l'atto medico è senz'altro punibile, ex artt. 43 alinea terzo c.p. e 589 o 590 c.p., a prescindere dal consenso. Ad es., nel corso di un viraggio chirurgico, vengono imperitamente lesi certi vasi del paziente, che viene perso per shock emorragico intra o post operatorio. In questa ipotesi la punibilità va appunto affermata, a prescindere dal consenso, derivando la punibilità dall'applicazione

⁶ Sez. un., cit., 28

dei comuni principi di ascrizione del reato⁷. La funzione del consenso è infatti solo quella di scriminare la lesione ad un bene penalmente protetto, che il più delle volte è l'incolumità individuale. Non è certo quella di rendere lecita una condotta colposa.

Riassumendo, la fattispecie della quale ci occupiamo è composta da questi requisiti:

- un atto medico
- assenza di rifiuto
- assenza di emergenza o urgenza
- assenza di colpa
- assenza di consenso o presenza di consenso invalido

Vista quindi da vicino la nostra domanda suona: è punibile l'atto medico non rifiutato, non in emergenza o urgenza, non colposo e in assenza del consenso?

3. Giurisprudenza maggioritaria. Critica.

Sulla scia della sentenza delle Sezioni Unite, la c.d. Giulini, la giurisprudenza di legittimità maggioritaria opta per la non punibilità, dando diversa motivazione a seconda che l'atto medico abbia avuto esito fausto o infausto.

Esito fausto.

Si afferma che se l'esito è fausto il fatto non è tipico ex art. 582 c.p., perché non c'è malattia⁸, ma un miglioramento delle condizioni di salute⁹.

L'opinione si espone a una triplice critica.

Sotto il profilo letterale. Anche se l'esito è fausto, c'è pur sempre una malattia ex art. 582 c.p., cioè una significativa limitazione funzionale dell'organismo, secondo la nozione ormai unanimemente accolta in giurisprudenza¹⁰. Ad es., una resezione di 30 cm. nell'addome, per l'exeresi di tessuti neoplastici, dà luogo ad una malattia. E' vero che si tratta di una malattia iatrogena provocata "a fin di bene". Una "malattia ponte", intermedia, necessaria per guarirne un'altra, ma è comunque una malattia. Dalla ferita chirurgica bisogna pur sempre guarire, la ferita produce indiscutibilmente una significativa limitazione funzionale dell'organismo, dovuta appunto agli effetti che la ferita produce¹¹.

Sotto il profilo teleologico. Non è la salute il bene penalmente protetto, ma l'incolumità individuale¹², perché così espressamente denominato nel codice dal capo I

⁷ Sez. 4, 28132-01, Barese, est. Brusco, Rv. 222579

⁸ In tal senso in dottrina: A. MANNA, voce *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 1291; più di recente ID., *Medicina difensiva e diritto penale*, University Press Pisa, 2014, 18.

⁹ V. ad es., di recente, Sez. IV, 41368-18, Bianchi, est. Bruno.

¹⁰ *Ex plurimis*, Sez. 5, 54005-17, Martino, est. Riccardi, Rv. 271818; la nozione è accolta anche dalla *Giulini*.

¹¹ In tal senso e per approfondimenti v. F. VIGANÒ, *Commento all'art. 50 c.p.*, in E. Dolcini, G. Marinucci, G. Gatta, *Codice Penale Commentato*, Wolters Kluwer, 2015, 832. Dello stesso Autore, nella stessa linea di pensiero: *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141

¹² Sul punto: R. BLAIOTTA, *Anche dopo le Sezioni Unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione*

del titolo XII *“Dei delitti contro la vita e l’incolumità individuale”*. E l’incolumità individuale viene lesa dall’atto medico arbitrario anche se l’esito è fausto. La scelta dei compilatori del codice di non riferirsi in alcun modo alla salute, è ben consapevole, se si ha a mente che il codice Zanardelli, con riguardo al delitto di lesioni personali, si riferiva invece alla salute e puniva *“Chiunque, senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione di mente, è punito...”*.

Non essendo la salute, ma l’incolumità individuale il bene tutelato, risultano inutili quegli sforzi giurisprudenziali secondo i quali il fatto sarebbe inoffensivo in ipotesi di esito fausto¹³, perché appunto l’incolumità individuale è comunque lesa.

Sotto il profilo della determinatezza. Chi decide se c’è stato o no un miglioramento delle condizioni di salute? Il medico o il paziente? Letteratura medica alla mano, un atto medico mutilante potrebbe essere perfettamente riuscito, ma per il paziente lo stato derivatone potrebbe essere esattamente il contrario della salute. Il paziente potrebbe pensarla, eccome, diversamente. In termini congeniali al penalista: si deve apprezzare il miglioramento sul piano oggettivo o soggettivo? Ecco come testualmente cerca di risolvere il quesito la Giulini: *“... per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, 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”*. Come si può agevolmente notare, il quesito rimane irrisolto¹⁴: a cose fatte, cioè ad atto medico compiuto senza il consenso, se il paziente ritiene che le sue condizioni di salute non siano migliorate, l’esito è fausto o infausto?

Né di ausilio risulta la definizione dell’Organizzazione Mondiale della Sanità secondo la quale *la salute non è la semplice assenza di malattia, ma uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale*. Sembra più la definizione dell’innamoramento che della salute.

Esito infausto.

Secondo la giurisprudenza nettamente maggioritaria, se l’esito è infausto c’è la malattia, perché non c’è un miglioramento delle condizioni di salute. Si ritiene tuttavia che l’atto medico non sia punibile, perché manca il dolo: il fine terapeutico esclude il dolo, perché nel medico manca la volontà di ledere. Così espressamente la giurisprudenza di legittimità *“Una finalità curativa è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni... non è possibile sostenere che il medico, il quale agisca in assenza di consenso*

terapeutica, in *Cass. pen.*, 2010, 3361

¹³ V. Sez. IV, 34521-10, Huscher, est. Brusco, in GIUNTA E A., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, E.S.I., 2011. In dottrina l’opinione è sostenuta da G.M. PALMIERI, *Trattamento medico terapeutico con esito fausto: principio di offensività ed irrilevanza penale del consenso*, in *Giust. pen.*, 2012, 55

¹⁴ In giurisprudenza particolarmente chiara e critica suona: Sez. IV, 41190/12, De Bernardinis, est. Montagni, per la quale *“suscita plurimi profili di perplessità”* l’opinione sostenuta dalle Sezioni Unite e che poggia sull’esito, fausto o infausto, in quanto *“il concetto di salute e di esito più o meno fausto sortito dal trattamento chirurgico, dovrebbe necessariamente postulare anche l’apprezzamento e la scelta consapevole dello stesso paziente, il quale ben può avere, della propria salute, un’opinione affatto diversa da quella del medico”*.

*espresso del paziente, sia mosso dalla consapevole intenzione di provocare un'alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa...*¹⁵.

Anche per l'ipotesi di esito fausto fiorisce una triplice critica.

Sotto il profilo del dolo. Il fine terapeutico è del tutto ignoto alla fattispecie incriminatrice, non figura fra i suoi elementi costitutivi e quindi, così facendo, si trasforma un delitto a dolo generico in un delitto a dolo specifico. Si sta in sostanza riscrivendo l'art. 582 c.p. in questi termini: *"Chiunque, a fine non terapeutico, cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente"*. In altri termini: s'introduce surrettiziamente l'*animus nocendi* fra i requisiti costitutivi della fattispecie.

Sotto il profilo della determinatezza. Quando il fine è terapeutico?

In giurisprudenza non viene data risposta a questa domanda. Si danno solo indicazioni su quando il fine non è terapeutico. Si è asserito più di una volta che il medico non agisce a scopo terapeutico e quindi versa in dolo quando provochi coscientemente un'inutile menomazione al paziente o agisce per scopi estranei alla salute del paziente, scientifici, di ricerca, di sperimentazione, dimostrativi, didattici, esibizionistici¹⁶.

Che cosa vuol dire a scopo scientifico? La medicina procede anche a questo scopo. Ricorrono al riguardo due esempi: Barnard espantò il cuore ad una paziente e lo impiantò ad un altro paziente, che sopravvisse solo per 18 giorni. Sarebbe stato punibile Barnard?

Moriz vinse il premio Nobel per la psichirurgia, per la lobotomia prefrontale, che era stata praticata su decine di migliaia di psicotici. Poi ne venne provata l'inefficacia e venne bandita...

Il fine terapeutico può essere invero escluso in casi per lo più di scuola, come quello dell'urologo che si trova sotto i ferri l'amante della moglie e coglie la fortunata occasione per provocargli l'*impotentia coeundi*. O in un noto ma raro caso, nel quale si è ritenuto che l'attività medica fosse guidata dal fine economico di lucrare il rimborso dal servizio sanitario dovuto per gli interventi chirurgici¹⁷. Quando cioè il medico non lede per curare, ma lede per guadagnare.

Sotto il profilo della tutela. Il confine fra punibilità e non punibilità è in definitiva segnato dalla presenza o no del fine terapeutico. A prescindere dall'esito fausto o infausto, in presenza del fine terapeutico si ha comunque la non punibilità. In termini ancora più semplici, per la non punibilità è sufficiente provare che il fine è terapeutico e ovviamente che la condotta non è colposa. Il medico ha quindi la non punibilità garantita, se agisce a fine terapeutico e osservando le *leges artis*. Il consenso degrada ad un *optional*.¹⁸

¹⁵ Sez. IV, 11335-08, Huscher, est. Piccialli, Rv. 238967. Nello stesso senso: Sez. V, 33136-11, Gallotti, est. Savani; Sez. V, 16678-16, Crotti, est. Settembre, Rv. 266864.

¹⁶ Sez. IV, 34521-10, Huscher, est. Brusco, cit.

¹⁷ Sez. I, 14776-18, Brega Massone, est. Sandrini.

¹⁸ Lo si afferma a chiare lettere in un principio giurisprudenziale ormai tralaticio: *"...la valutazione del comportamento del medico, sotto il profilo penale... non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza del consenso"*. Fra le prime sentenze: Sez. IV, 37077-08, Marazziti, est. Piccialli, Rv. 240963; ancora: Sez. IV, 43454-13, Savasta, est. Ciampi; Sez. IV, 2354-18, Huscher, est. Piccialli.

Sembra davvero insufficiente la tutela penale che viene offerta ad un diritto solennemente “consacrato” a livello costituzionale, di legge ordinaria e sovranazionale.

4. Alternative alla giurisprudenza maggioritaria.

Quali alternative?

Questa domanda forse è un po’ affrettata. La fretta deriva dal fatto che le critiche che abbiamo esposto suonano fondate.

Vediamo anche gli effetti sociali che produce l’opinione maggioritaria. Sono benefici? Lo sono eccome, perché riducono la medicina difensiva: si scaccia lo spettro della responsabilità penale che aleggia sul medico in materia di consenso del paziente. Non è cosa da poco. Il medico sa che rischia solo civilmente¹⁹ e deontologicamente²⁰. E si mette a pensare di più alla salute del paziente, anziché alle sue paure. Di fronte a questo vantaggio nella pratica clinica, tutte le critiche tendono ad allontanarsi, appannarsi, svanire...

D’altra parte l’alternativa non può essere rappresentata dall’opposta opinione dell’equiparazione del bisturi al pugnale e cioè il medico che agisce senza il consenso del paziente o con consenso invalido non ha in mano un bisturi, ma appunto un pugnale. Risponde quindi di lesioni personali²¹: il fatto è tipico ex art. 582 c.p., doloso perché si vuole cagionare una lesione personale ed è antiggiuridico perché manca o è invalido il consenso del paziente. Coerentemente si ritiene che in caso di morte del paziente, il medico debba rispondere di omicidio preterintenzionale²².

Questa opinione lega le mani al medico quando non può chiedere il consenso al paziente, ad es., nei casi di viraggio chirurgico con paziente incosciente. Pensiamo al caso di consenso prestato solo per l’escissione del colon ascendente fino alla flessura epatica, mentre poi a cielo aperto si nota l’infiltrazione neoplastica anche di parte del trasverso, con indicazione quindi all’ulteriore escissione non acconsentita. Sul colon ascendente il chirurgo avrebbe in mano un bisturi, sul trasverso un pugnale. Per non commettere il delitto di lesioni personali, escidendo la parte infiltrata del trasverso, dovrebbe attendere che il paziente recuperi coscienza e procedere ad un secondo

¹⁹ Per la giurisprudenza di legittimità civile, è risarcibile il danno da lesione del diritto all’autodeterminazione in sé considerato anche in assenza di danno alla salute. Secondo una certa opinione è necessario provare l’esistenza di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla lesione del diritto (Sez. III, 10423-19, Cadoni contro Azienda Ospedaliera Brotzu, est. Guizzi, Rv. 653580). Secondo altra opinione tale prova non è necessaria, corrispondendo il danno all’ *id quod plerumque accidit* (Sez. III, 11749-18, Labruna contro Memi srl, est. Spaziani, Rv. 648644). Qualora vi sia stato un danno alla salute, si ritiene che la risarcibilità del danno sia subordinata alla prova che il paziente non si sarebbe sottoposto al trattamento, qualora fosse stato informato: v. le sentenze citate.

²⁰ L’art. 35 II co. del codice di deontologia medica prevede: “*Il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato*”.

²¹ In quest’ordine di idee è chiarissima Sez. IV, 5976/10, Petretto, est. Marzano.

²² V. la celeberrima Sez. V, 5639-92, Massimo, est. Pandolfo, Rv. 190113 e in *Cass. pen.*, 1993, 63, con nota di G. MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*.

intervento, anche quando un solo intervento è molto rischioso per la clinica scaduta del paziente. Questa conseguenza risulta per il paziente davvero indesiderata.

Fra le due opposte opinioni ce n'è tuttavia una intermedia, che non ruota intorno all'asse del fine terapeutico, ma ruota intorno all'asse dello stato di coscienza del paziente.

Paziente cosciente.

Se in questa ipotesi il paziente non viene informato, non c'è ragione alcuna per escludere l'ipotizzabilità del delitto di lesioni personali, come negli interventi chirurgici con il paziente che è in grado d'interloquire. O anche nei trattamenti farmacologici, ad es., il rischio emorragico con l'assunzione di antiaggreganti o il rischio gastrolesivo con l'assunzione di farmaci antinfiammatori non steroidei. Sempreché ovviamente ne derivi una malattia al paziente. In casi come questi il medico sa di non avere informato il paziente e versa in dolo, perché sa quali conseguenze dannose potrebbero derivare dal trattamento.

Si stigmatizzano così note prassi lassiste, date dalla firma di un modulo senza effettiva informazione²³. Si sfavorisce il paternalismo medico, per il quale il medico sa quello che si deve fare, non importa che lo sappia anche il paziente. E si favorisce invece l'alleanza terapeutica, della quale l'informazione costituisce la base di edificazione.

Paziente incosciente.

In questa ipotesi, c'è da accertare se il paziente acconsentirebbe all'atto medico²⁴. Ad es., viraggio chirurgico in laparotomia esplorativa: si trova una massa neoplastica intraddominale e la si asporta anche se prima non acconsentita, sul presupposto appunto che il paziente acconsentirebbe. La controversa questione circa l'applicabilità dell'art. 50 c.p. dovrebbe essere attualmente cessata²⁵. Infatti, come già rilevato, l'art. 1 VII co. della 219 prevede: "*Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirlo*". L'urgenza, nel viraggio chirurgico con paziente incosciente, non pare potersi mettere in discussione. Con la conseguenza che l'atto medico è scriminato dall'adempimento del dovere ex art. 51 c.p.²⁶.

Non così invece se si tratta d'intervento invalidante, ad es., *exenteratio* di un occhio, creazione non temporanea di ileostomia, isterosalpingectomia, amputazione di un arto ecc. In questi casi, sarà necessario attendere il risveglio del paziente e correre i rischi, a volte non pochi a causa del quadro, di un secondo intervento. L'art. 1 VII co. cit. poggia infatti sul rispetto della volontà del paziente.

²³ Prassi talvolta avallate in giurisprudenza: Sez. IV, 18180-13, Buffolano, est. Esposito; Sez. IV, 39962-13, Cosentino, est. Esposito.

²⁴ Questa opinione non risulta sostenuta in giurisprudenza. In dottrina è sostenuta da F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 13 ss., che parla di consenso presumibile.

²⁵ V. sul punto in termini generali G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Giuffrè, 2018, 289.

²⁶ Alla stessa conclusione si giunge se si aderisce all'opinione per la quale la liceità deriva "dall'oggettiva conformità della condotta all'interesse ("complessivo", tenuto conto dei dati della situazione concreta)", così testualmente M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004, 539.

In estrema sintesi conclusiva, abbiamo affacciate tre risposte alla nostra domanda:

- non punibilità sempre, salvo il rarissimo caso di assenza di fine terapeutico
- punibilità sempre: il medico non ha in mano un bisturi ma un pugnale
- punibilità se il paziente è cosciente, punibilità no se il paziente è incosciente e si può presumere il consenso

Lasciamo pure i pugnali nella cucina degli ospedali, non mettiamo le manette ai medici che vogliono curare e chiediamoci: ci sta più a cuore la serenità del medico o l'autodeterminazione del paziente?

Se ci sta più a cuore la serenità del medico, che è strumentale alla cura del paziente, allora scegliamo la risposta della non punibilità, che combatte la medicina difensiva.

Se ci sta più a cuore l'autodeterminazione del paziente, scegliamo la risposta che diversifica in ragione della clinica del paziente, senza rinunciare però alla sua cura quando non può esprimersi.

La scelta finale è all'evidenza frutto di un bilanciamento di beni ed è fortemente condizionata da fattori emotivi e di vissuto personale.

Al fondo troviamo proprio questo. Ciò che ci sta più a cuore fra i beni coinvolti.