



di **Alfonso Marra**
Magistrato, Milano

Tra consenso informato e tutela della salute

Secondo la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite Penali n. 2437 del 18/12/08 non è ravvisabile alcuna responsabilità penale a carico del chirurgo che esegua un intervento diverso da quello per il quale aveva ricevuto il consenso, ove sia ben riuscito. Questa decisione, di certo, ha fatto tirare un sospiro di sollievo a tutti i chirurghi che potranno effettuare la loro attività professionale con maggiore serenità e tranquillità.

I fatti

A una donna, previo proprio consenso, sottoposta a un intervento chirurgico di laparoscopia operativa, durante l'esecuzione dell'atto chirurgico si rende necessaria una salpingectomia che determina l'asportazione della tuba sinistra.

Il chirurgo la effettua pur non sussistendo una situazione di emergenza, che avrebbe concretato uno stato di necessità (art. 54 CP), ma esclusivamente per tutelare la salute della paziente.

Tale decisione è costata al medico una denuncia da parte della donna, che si è conclusa con una condanna alla pena di 4 mesi di reclusione per il reato di lesioni personali volontarie-aggravate (art. 582 CP); il fatto originariamente gli era stato contestato come violenza privata (art. 610 CP). La sentenza della Cassazione, al contrario, ha invece escluso la responsabilità penale del chirurgo.

La sentenza

Nella motivazione della sentenza si specifica che in sede penale vi era stato il sostanziale recepimento della tesi civilistica della cosiddetta autolegittimazione dell'attività medica, la quale troverebbe il proprio fondamento non tanto nella discriminante tipizzata del consenso (art. 50 CP), quanto nella stessa finalità di tutela della salute

come bene costituzionalmente garantito. Il diritto a trattamenti sanitari è tutelato come diritto fondamentale nel suo nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, garantito dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela che possano pregiudicare l'attuazione di quel diritto.

In merito poi al consenso informato si evidenzia che esso trova il suo fondamento direttamente nella Costituzione e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32. Il consenso quindi rappresenta la sintesi di due diritti fondamentali della persona umana "quello all'auto-determinazione e quello alla salute".

Applicando i suddetti principi all'ipotesi di intervento diverso da quello per cui era stato prestato il consenso, le Sezioni Unite della Cassazione hanno rilevato che nel comportamento del chirurgo non è ravvisabile il reato di violenza privata (art. 610 CP), violenza che si sarebbe dovuta concretizzare nel fatto che il chirurgo "approfitti" del paziente anestetizzato per mutare il tipo di intervento chirurgico concordato. Il comportamento del chirurgo non integra neppure il reato di lesioni volontarie in quanto non c'è dolo, una condotta quale quella del medico "istituzionalmente" rivolta a curare, dunque a rimuovere un male, non può essere messa sullo stesso piano di una condotta destinata a cagionare un male. L'atto sanitario posto in essere non ha cagionato neppure una "malattia", che è l'elemento materiale del delitto di cui all'art. 582 CP. Secondo la più accreditata giurisprudenza, perché ciò si verifichi è richiesto il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile della funzionali-

tà, cui può anche non corrispondere una lesione anatomica.

La condotta del chirurgo non soltanto è stata teleologicamente orientata al raggiungimento di uno specifico obiettivo "prossimo", quale può essere la riuscita sul piano tecnico-scientifico dell'atto operatorio in sé e per sé considerato, quanto e soprattutto per realizzare un beneficio per la salute della paziente.

È la salute, infatti, il vero bene da preservare ed è proprio il relativo risalto costituzionale a fornire copertura e legittimazione dell'atto medico. L'atto operatorio rappresenta solo una "porzione" della condotta terapeutica, giacché essa se ha preso avvio da quell'atto, potrà mostrarsi nelle sue conseguenze soltanto in ragione degli esiti "conclusivi" che da quell'intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva della paziente.

Quindi le conseguenze dell'intervento chirurgico e i correlativi profili di responsabilità non potranno coincidere con l'atto operatorio in sé e per sé e con le lesioni che questo "naturalisticamente" comporta, ma con gli esiti che quell'intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute. E pertanto, conclude la sentenza, "ove l'intervento chirurgico diverso da quello autorizzato e per il quale era stato dato il consenso sia stato eseguito lege artis, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia e abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, se pur anatomicamente lesivo, non soltanto non ha provocato, nel quadro generale della salute, una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere una patologia di cui il paziente era portatore". Non sussistendo la malattia che costituisce l'elemento materiale del delitto di lesioni, viene a mancare anche l'evento del delitto di cui all'art. 582 CP.

Poiché l'atto sanitario posto in essere dal chirurgo, peraltro ben riuscito, era diretto a tutelare la salute del paziente, si conclude che non c'è sussistenza del delitto di lesioni volontarie nei casi di intervento chirurgico diverso da quello autorizzato, finalizzato a tutelare la salute e che sia stato eseguito correttamente secondo le regole dell'arte medica.