

Intervento medico in assenza di consenso: spunti critici in prospettiva *de iure condendo*

Marco Pelissero

La centralità del consenso informato in ambito medico costituisce da tempo il perno della relazione medico-paziente, capace di assolvere ad una “funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative” (Corte cost. 438/2008). Tale centralità si è riflessa anche sulla qualificazione giuridica dell’intervento medico arbitrario, ossia eseguito senza o contro la volontà del paziente.

Dottrina e giurisprudenza hanno proposto una pluralità di inquadramenti, condizionati anche dalla differente casistica di volta in volta emersa dalla prassi, da quello più severo dell’omicidio preterintenzionale a quello della irrilevanza penale del fatto, passando attraverso soluzioni intermedie capaci di incidere in modo significativo sul versante sanzionatorio (in tal senso, ad esempio, la soluzione favorevole ad applicare l’art. 610 c.p., con eventuale applicazione dell’art. 586 c.p. in caso di morte o lesioni personali del paziente).

È possibile, peraltro, tracciare un quadro sintetico dei problemi emersi, specie alla luce delle soluzioni giurisprudenziali offerte da una prassi che, peraltro, si misura con situazioni concrete non sempre sovrapponibili.

In primo luogo, è oramai pacificamente acquisito che il consenso del paziente costituisca una condizione di liceità dell’intervento medico (in tal senso anche la giurisprudenza, v. tra le tante Cass., sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, Caneschi e pronunce successive); sembra, pertanto, del tutto teorica, e non significativa sul piano degli effetti pratici, la questione relativa al diverso inquadramento del consenso del paziente nell’ambito dell’art. 50 c.p. (peraltro, anche l’orientamento favorevole a configurare l’attività terapeutica tra le cause di giustificazione – v. *postea* il progetto Pagliaro – condiziona l’efficacia esimente dell’agire medico ad un complesso di elementi tra i quali è incluso anche il consenso della persona).

Piuttosto, questione centrale e dirimente ai fini di qualsiasi scelta legislativa, è chiedersi se l’intervento arbitrario del medico integri una violazione della sfera di libertà della persona rispetto a qualsiasi ingerenza non autorizzata, o se debba rilevare a fini penalistici solo qualora produca un’offesa all’incolumità fisica. Questo profilo è dirimente rispetto alle scelte di inquadramento giuridico ed è, quindi, propedeutico rispetto alle scelte su possibili proposte di riforma.

Alla luce delle soluzioni emerse in dottrina e giurisprudenza, è possibile tracciare alcune coordinate di fondo, distinguendo:

- a) l’intervento medico senza la volontà del paziente;
- b) intervento medico in presenza di dissenso del paziente;
- c) intervento medico con consenso ritenuto valido;
- d) intervento medico a fine non terapeutico.

a) *Trattamento medico in assenza di consenso.*

Si tratta delle situazioni che trovano prevalentemente riscontro nella prassi applicativa e che spesso nascono da una valutazione del medico che interviene in corso di intervento con un trattamento diverso da quello inizialmente prospettato e autorizzato dal paziente.

Esclusa la soluzione originariamente avanzata, favorevole a riconoscere le lesioni dolose e, in caso di decesso del paziente, dell'omicidio preterintenzionale (caso Massimo: Cass., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639), gli inquadramenti giuridici prospettabili si muovono su due fronti.

Il primo, espresso da ultimo dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, 21 gennaio 2009, n. 2437), esclude la rilevanza penale della condotta del medico che sia intervenuto in assenza del consenso del paziente, laddove non vi sia stato l'esito infausto dell'intervento, ossia quanto l'intervento non abbia cagionato una malattia (quest'ultima, tra l'altro, valutata dalle Sezioni unite sulla base di criteri oggettivi e tenendo conto di una nozione di malattia quale alterazione funzionale dell'organismo, più ristretta, dunque, rispetto a quella di alterazione anatomica proposta da una copiosa giurisprudenza). Questa soluzione pone l'accento sulla tutela dell'incolumità fisica del paziente e mette in secondo piano la libertà di autodeterminazione in ordine alle proprie cure: se l'esito finale dell'intervento, pur non consentito, è apprezzabile in termini di esito fausto, non c'è malattia, quindi non sussiste l'evento finale del delitto di lesioni personali, e non rileva il fatto che il paziente non abbia prestato il proprio consenso all'intervento; in tal caso, il bilanciamento tra gli interessi in gioco, ai fini dell'inquadramento giuridico della condotta del medico, fa prevalere l'interesse all'incolumità fisica sul quello della libertà di autodeterminazione del paziente, con l'effetto di rendere la condotta del medico penalmente irrilevante. Eventuali profili di responsabilità penale potranno essere apprezzati solo qualora sussistano elementi di colpa (tra l'altro la giurisprudenza e la prevalente dottrina non considerano la mancata acquisizione del consenso come violazione di una regola cautelare, "a meno che la mancata sollecitazione del consenso ... abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo": Cass. sez. un., cit.).

Una seconda prospettiva, invece, patrocinata in dottrina, mette in primo piano l'interesse alla libertà di autodeterminazione del paziente in ordine alle proprie cure: pertanto, l'intervento medico in assenza di consenso integra di per sé il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.), qualora sussista in capo al sanitario la consapevolezza di tale assenza; se dall'intervento derivano lesioni personali o la morte del paziente, trova applicazione l'art. 586 c.p., sempre che si accertino elementi di colpa (che non possono essere integrati dalla mera mancata acquisizione del consenso del paziente).

Le due impostazioni, dunque, divergono principalmente in relazione alla rilevanza penale dell'intervento medico privo di consenso dal quale non sia derivato alcun esito infausto (lesione personale o morte): nel primo caso, il fatto è penalmente irrilevante, nel secondo rileva come violenza privata. Qualora siano derivate lesioni personali o la morte del paziente, potranno sussistere profili di responsabilità colposa in presenza di violazione di regole cautelari dell'*ars medica*.

Per concludere, in prospettiva *de iure condendo*, le scelte di intervento del legislatore dovranno rispondere a due questioni: può rilevare in via autonoma l'intervento in

mancanza di acquisizione del consenso oppure rileva penalmente la condotta del medico solo in presenza degli esiti infausti delle lesioni personali o della morte del paziente? In entrambi i casi, qualora il paziente abbia riportato lesioni personali o sia deceduto, si porrà un profilo di responsabilità colposa del medico, qualora della colpa sussistano gli estremi.

In ogni caso, entra in gioco la nozione di esito "fausto/infausto" che si intreccia a quella di malattia ai fini della sussistenza delle lesioni personali: l'interpretazione da ultimo data dalle Sezioni unite è apprezzabile in relazione all'accoglimento della nozione funzionale di malattia, ma a parte della dottrina non ha convinto il richiamo all'esito fausto/infausto che sembra prendere in considerazione solo l'esito finale dell'intervento secondo un apprezzamento medico oggettivo che pone in secondo piano la valutazione soggettiva del paziente del proprio stato di salute e non considera gli immediati effetti post-operatori.

b) Intervento medico in caso di dissenso del paziente.

Qualora sussista il dissenso all'atto medico, la giurisprudenza è giunta alla conclusione che "l'agire del chirurgo sulla persona del paziente contro la volontà di costui, salvo l'imminente pericolo di morte o di danno sicuramente irreparabile ad esso vicino, non altrimenti superabile, esita in una condotta illecita capace di configurare più fattispecie di reato, quali violenza privata (art. 610 c.p., la violenza essendo insita nella violazione della contraria volontà), lesione personale dolosa (art. 582 c.p.) e, nel caso di morte, omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)"; dunque "il medico chirurgo non può manomettere l'integrità fisica del paziente, salvo pericolo di vita o di altro danno irreparabile altrimenti non ovviabile, quando questi abbia espresso dissenso" (Cass., sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, Cicarelli, cui addono le Sezioni unite del 2008).

c) Intervento medico con consenso ritenuto valido.

Le ipotesi innanzi indicate, contemplan tutte casi in cui il medico è consapevole dell'assenza del consenso; in altri casi, invece, sussistano elementi di colpa in capo al medico proprio in relazione alla presenza del consenso, "qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso" (Cass., sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, Firenzani). In questi casi l'imputazione dovrà essere colposa.

d) Intervento medico a fini non terapeutici.

Si può, infine prospettare un ultimo caso (marginale nella prassi, anche se non puramente scolastico), quello in cui l'intervento medico non abbia finalità terapeutiche (es. carattere puramente sperimentale; finalità puramente economiche): la liceità dell'atto medico è, infatti, subordinata al carattere terapeutico dell'atto; in tal caso l'intervento, ad avviso della giurisprudenza, va inquadrato nelle lesioni dolose e, in caso di decesso del paziente, nell'omicidio preterintenzionale.

Progetti di riforma

Si segnala il progetto di riforma del codice penale della Commissione Pagliaro. In particolare, lo schema di legge delega prevede due disposizioni rilevanti che riguardano la causa di giustificazione dell'attività terapeutica e la norma incriminatrice sull'intervento medico arbitrario.

Quanto alle cause di giustificazione, il progetto dispone che l'attività medica costituisca una causa di giustificazione:

“sempre che:

vi sia il consenso dell'avente diritto o, in caso di impossibilità a consentire, il suo consenso presumibile e la urgente necessità del trattamento;

il vantaggio alla salute sia verosimilmente superiore al rischio;

siano osservate le regole della migliore scienza ed esperienza” (art. 16).

Il consenso costituisce, dunque, una delle condizioni per scriminare l'attività medica.

Quanto all'intervento medico arbitrario, ossia senza consenso del paziente, l'art. 70 del progetto Pagliaro prevede di introdurre un nuovo delitto così configurato:

“attività medica o chirurgica su persona non consenziente, consistente nel compimento di un'attività medica o chirurgica, anche sperimentale, su una persona senza il consenso dell'avente diritto (e sussistente se il fatto non costituisce un reato più grave).

Escludere la punibilità quando il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona”.

La fattispecie si muove nella prospettiva di attribuire rilevanza specifica all'offesa alla libertà di autodeterminazione del paziente, senza incorrere nelle obiezioni rivolte dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina in ordine all'applicabilità *de iure condito* del delitto di violenza privata all'intervento medico in assenza di consenso. L'applicabilità di questa nuova fattispecie di “intervento medico arbitrario” è comunque esclusa in presenza di due casi che fungono da condizioni negative:

- se il fatto integra una più grave fattispecie di reato che, in forza del principio di assorbimento, prevale (es. lesioni personali e omicidio colposi);
- se il fatto comporta comunque per il paziente vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona.

In relazione a quest'ultimo elemento, la norma non si distanzia dall'orientamento seguito da ultimo dalle Sezioni unite della Corte di cassazione: queste rimettono al giudice l'apprezzamento in ordine all'esito fausto o infausto dell'esito dell'intervento; nel progetto Pagliaro, invece, è dirimente l'accertamento di un “effettivo pregiudizio alla persona”. Nell'una e nell'altra soluzione, il punto da sciogliere è costituito dalla consistenza degli effetti per così dire “residuali” che l'intervento medico produce sull'incolumità fisica del paziente: “esito fausto/infausto” e “effettivo pregiudizio alla persona” rimettono al giudice un significativo margine di apprezzamento. Sembra preferibile la soluzione del progetto Pagliaro in quanto il richiamo alla “persona” dà rilevanza al significato che l'atto medico ha rispetto alla percezione che il paziente ha del proprio stato di salute, così da evitare la lettura in termini eccessivamente oggettivi che gli aggettivi “fausto/infausto” sembrano possedere (potrebbe, ad esempio, essere considerato effettivo pregiudizio anche un decorso post operatorio molto

complesso, travagliato e doloroso che pur porti ad un esito finale positivo per la salute psicofisica del paziente).

Qualora si decidesse di dare rilevanza sul piano penale all'offesa alla libertà di autodeterminazione del paziente, la soluzione del progetto Pagliaro potrebbe costituire un utile punto di partenza, specie perché è attenta al bilanciamento di tale interesse con quelli dell'incolumità fisica del paziente e dell'interesse del medico a svolgere in modo sereno la propria professione.

Va peraltro segnalato che il progetto Pagliaro non distingue tra mancanza del consenso e dissenso espresso.

L'eventuale introduzione di una fattispecie analoga porrebbe anche altre due questioni: la previsione della procedibilità a querela (che sembra coesistente ad una fattispecie incentrata sulla lesione alla libertà di autodeterminazione ed incolumità fisica della persona); il trattamento sanzionatorio che dovrebbe prevedere limiti edittali più contenuti di quelli delle lesioni colpose.

Infine, non va anche trascurata un'altra prospettiva: considerata la pluralità di situazioni che la emergono dalla prassi, ci si potrebbe anche interrogare se, a fronte di una giurisprudenza che negli ultimi anni si è consolidata in modo omogeneo per rispondere alle esigenze di tutela, non sia preferibile che il legislatore si astenga dall'introdurre specifiche norme di incriminazione dell'intervento medico in assenza di consenso che potrebbero complicare il quadro della disciplina.