

La liceità del trattamento sanitario

GIANCARLO BUONOCORE

Procuratore Capo, Procura della Repubblica, Tolmezzo (Udine)

I L CONCETTO DI SALUTE E LA TUTELA DELLA STESSA NELL'ORDINAMENTO

Il problema della individuazione delle norme che, nel nostro ordinamento, rendono lecita, ossia legittima, consentita, l'attività del sanitario resta un problema sostanzialmente irrisolto (come del resto si potrà vedere esaminando le varie posizioni giurisprudenziali sul punto); ciò perché, accertata la centralità del problema del consenso dell'avente diritto, come causa prima della legittimità dell'attività del sanitario (si parla, non a caso, di "signoria" del consenso), si finisce coerentemente - dal punto di vista tecnico-giuridico - con il pervenire a conclusioni che, in casi limite almeno, trovano ostacolo o in un canone di buon senso, ovvero in principi etici da molti ritenuti non negoziabili.

Si può finire, infatti, o con il parificare il bisturi del chirurgo al coltello dell'attentatore e ciò appare in contrasto, appunto, con il buon senso ovvero, per contro, con il legittimare soluzioni di tipo sostanzialmente "eutanastico" che - per molte sensibilità, specie fortemente influenzate dal credo religioso - sono assolutamente improponibili.

Affrontare la problematica della legittimità del trattamento sanitario postula necessariamente un approccio che parte dal concetto di salute e di tutela

della medesima, come previsti dalla nostra carta costituzionale.

L'art. 32 della carta costituzionale afferma solennemente che: "... *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività...*".

Stando, quindi, alla definizione che ne dà la nostra legge al primo comma dell'art. 32, quello della tutela della salute si profila come compito essenziale della Repubblica (riguardata nella varietà delle sue articolazioni: Stato-governo centrale, Regione, Provincia, Comune), che è tenuta a garantirla come "fondamentale diritto dell'individuo" e come "interesse della collettività"^a. Una lettura, per così dire, a tutto tondo, si è avuta solo in tempi relativamente recenti, parallelamente all'adozione delle grandi leggi di riforma in materia sanitaria, prime fra le altre la legge ospedaliera (ossia la legge n. 132 del 1968) e la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (ossia la n. 833 del 1978). Non a caso l'art. 1 di quest'ultima legge, quasi parafrasando il dettato costituzionale, puntualizza che "*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della*

^a Di tutta la collettività se è vero che, in data 1 aprile 2008, è stato controfirmato il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) che devolve alle Aziende Sanitarie Locali anche la tutela della salute delle popolazioni carcerarie.

collettività mediante il servizio sanitario nazionale”, la cui azione è finalizzata “al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzioni di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l’uguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio”^b.

È stato acutamente osservato come prima del 1968, sia la dottrina che la giurisprudenza avessero considerato in modo riduttivo il significato dell’art. 32 comma 1 della Costituzione, posto che lo stesso veniva in sostanza etichettato come una norma meramente *programmatica*, volta cioè tendenzialmente a pre-fissare le linee di azione del legislatore ordinario. L’art. 32 - si sosteneva - si limita ad enunciare un *diritto sociale*, cioè non un vero e proprio diritto in senso giuridico (perché un diritto in tanto è tale in quanto di fronte ad esso ci sia il dovere giuridicamente sanzionato di assicurarne l’attuazione), e, quindi, un semplice programma di massima, una speranza, un auspicio, che non deve peraltro ingenerare nei cittadini soverchie illusioni.

Contro la corretta interpretazione di questa norma e del significato pregnante del diritto alla salute come diritto “fondamentale” della libertà dell’individuo aveva giocato in origine il collegamento subito istituito tra la garanzia costituzionale della tutela della salute e la previsione di un’assistenza sanitaria pubblica spettante ai lavoratori “indigenti per inabilità” riconosciuta dal successivo art. 38 comma 2 della stessa Costituzione.

Fin dall’avvento della Costituzione del 1948, infatti, era stata operata una sorta di forzata attrazione dell’art. 32 nell’orbita precettiva dell’art. 38, accogliendo per così dire un’impostazione “assicurativo-previdenziale” del diritto alla salute, come proiezione di un processo di responsabilizzazione dello Stato, cui spettava il compito di erogare prestazioni per la tutela della salute di persone inabili al lavoro e sprovviste dei mezzi necessari per vivere, a causa di eventi che avevano inciso negativamente sulla loro attività di lavoro (e cioè in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria)^c. In quest’ottica, la malattia (intesa come pregiudizio o negazione della salute) rappresentava il presupposto

dell’intervento dello Stato, il quale era tenuto ad attivarsi per garantire ai lavoratori “indigenti per inabilità” alcune prestazioni di natura sanitario-assistenziale.

Verso la fine degli anni settanta, grazie ad alcune pronunce della Corte costituzionale, la prospettiva ha iniziato a cambiare essendosi avviati progressivamente verso il riconoscimento del diritto alla salute come “un diritto *primario ed assoluto* dell’individuo, pienamente operante anche nei rapporti tra privati, tale cioè da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione” (Corte Costituzionale, sentenza n. 88 del 1979). Il che significa che il diritto alla salute *non è solo ed esclusivamente un diritto sociale o un diritto pubblico soggettivo che spetta solo a determinate categorie di soggetti come i lavoratori inabili nei confronti dello Stato, ma è un vero e proprio diritto soggettivo azionabile direttamente e incondizionatamente davanti al giudice in qualunque rapporto interprivato*. In altri termini si è parlato, a proposito del diritto alla salute come di “*un diritto primario ed assoluto dell’individuo*”, pienamente operante anche nei rapporti tra privati, tale cioè da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione” (Corte Costituzionale, sentenza n. 88 del 1979).

Uno dei risvolti più eclatanti di questa impostazione si è concretato nel riconoscimento della *diretta risarcibilità* del “*danno alla salute*”, inteso come *ogni menomazione dell’integrità psicofisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul valore “uomo” in tutta la sua concreta dimensione, indipendentemente dalle conseguenze che ne possono derivare sul piano patrimoniale sotto forma di perdita o riduzione effettiva o potenziale del reddito o sul piano non patrimoniale, cioè sul piano dei danni morali derivanti da reato (la c.d. pecunia doloris)*.

È in quest’ottica che la giurisprudenza della Corte costituzionale è giunta ad ammettere la risarcibilità diretta del c.d. *danno biologico*, cioè di un *danno che si fa derivare direttamente dalla lesione del diritto alla salute garantito dalla Costituzione e che ricomprende tutti i riflessi pregiudizievoli che tale lesione abbia prodotto in ogni ambito di attività, situazioni e rapporti in cui un soggetto svolge ed articola la sua personalità, cioè in “tutte le attività realizzatrici della persona umana”* (Corte Costituzionale, sentenza n. 356 del 1999).

La Corte di Cassazione ha poi in particolare evi-

^b Così G. Santacroce, Presidente della Corte di Appello di Roma - relazione tenuta al convegno “La legge Penale ed il Rapporto medico-paziente”, tenutosi in Catania il 27 e 28 febbraio 2008, *inedito per gentile concessione dell’autore*.

^c G. Santacroce, *ibidem*.

denziato che il danno biologico risarcibile è tanto quello *personale* (cioè limitato alla sfera del soggetto leso) quanto quello *interpersonale* (cioè esteso alle sue relazioni con i terzi e, su questo versante, ha parlato di “danno alla vita di relazione”).

In tempi ancora più recenti il “diritto alla salute” è diventato una sorta di contenitore che racchiude ed intreccia una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate tra loro. Riferito all’individuo, è stato considerato un *diritto composito*, che si presenta per un verso come un classico *diritto di libertà*, e quindi come un diritto individuale pieno ed assoluto (quale *modo di essere* di quella che è stata chiamata con una felice espressione la “*sovranità della persona umana*” protetta dall’art. 32 della Costituzione), e dall’altro lato come una sorta di *diritto di credito* - e, quindi, come un diritto relativo - a ottenere prestazioni per la tutela della salute, da parte dello Stato o di una o più persone fisiche.

È evidente che un così forte riconoscimento del diritto alla salute come fondamentale diritto dell’individuo da intendersi come diritto al mantenimento della propria integrità psicofisica, secondo la personalissima valutazione di ciascun individuo e quindi la sua sostanziale natura di *diritto di libertà* assume, come più sopra accennato in premessa, una rilevanza estrema della problematica del consenso quale fondamento primo della liceità del trattamento sanitario e che può portare coerentemente a riconoscere che esista anche un diritto a perdere la salute, e quindi a *rifiutare le cure*.

In un tale contesto si è determinata progressivamente quello che può definirsi “*soggettivizzazione*” del concetto di salute, fino a giungere all’attuale definizione data dall’organizzazione Mondiale della Sanità.

Se infatti lo stesso è stato tradizionalmente inteso, in via generale, come *assenza di malattia*, se ne è andata tradizionalmente modificando l’accezione nel senso di una maggiore “*soggettivizzazione*” del concetto stesso, ossia come riferibilità ad una percezione individualizzata piuttosto che ad una concezione oggettivizzata dall’esterno; ciò appunto in guisa tale da pervenire all’attuale definizione di recente data dall’organizzazione mondiale della sanità, che individua *la salute come stato di completo benessere fisico e psichico*.

Diversamente opinando, infatti, non si comprenderebbe, ad esempio, la possibilità di ricorrere ad un intervento di chirurgia estetica al fine di miglio-

re il proprio aspetto fisico, a carico, almeno parziale, del servizio sanitario nazionale, come è accaduto sovente in passato e come - a determinate condizioni, almeno - continua a verificarsi attualmente; orbene secondo l’allegato 2A al DPCM del 29 novembre 2001, attuativo del D.Lgv. 30 dicembre 1992, n. 502 - riordino della disciplina in materia sanitaria a norma dell’art. 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, si prevede che siano totalmente esclusi di LEA (ossia i Livelli Essenziali di Assistenza) gli interventi di chirurgia estetica non conseguente ad incidenti, malattie o malformazioni congenite, ma è altrettanto vero che - in presenza di un accertato stato di profondo disagio psichico del soggetto che viva una sua peculiare condizione fisica come mortificante - e compatibilmente con le risorse, tali interventi possano essere effettuati nelle strutture pubbliche e almeno parzialmente a carico del servizio sanitario nazionale (si pensi ad un intervento di mastoplastica additiva per aumentare le dimensioni e migliorare l’aspetto di un seno che costituisce motivo di serio decremento per l’immagine di sé che una donna ha e, quindi, del suo complessivo benessere fisio-psichico). In tempi recentissimi, intorno alla fine di aprile 2008, è stato sottoscritto il DPCM che ridefinisce ulteriormente i LEA, di cui si è appena detto, stabilendo, in particolare all’art. 37 comma 4 che “*gli interventi di chirurgia plastica sono garantiti dal servizio sanitario nazionale solo in conseguenza di incidenti, malattie o malformazioni congenite*” conseguendone che occorre accertare l’esistenza di una malattia (anche psicologica, ossia uno stato di patologico disagio, dinanzi ad una propria peculiarità fisica), perché possa procedersi ad un intervento di chirurgia estetica anche totalmente a carico del Servizio Sanitario Nazionale.

Il sanitario, sia in sede di intervento medico-chirurgico propriamente detto che diagnostico, specie se strumentale, con la sua azione, ordinariamente, pone in essere un fatto astrattamente corrispondente ad una figura di reato, e ciò a prescindere dall’aspetto della correttezza o meno dello stesso (lesioni personali, anche consistenti nel “*minimum*” della penetrazione con un ago, o addirittura - nei casi più seri - stati di incoscienza protratti per ore con asportazioni di organi o parti di essi e quindi violenza privata - sanzionata dall’art. 610 c.p. -, secondo alcuni addirittura sequestro di persona - punito ex art. 605 c.p. - ovvero quello di lesioni personali gravissime di cui agli artt. 582 e 583 c.p.).

Il nostro legislatore, che pure è assai prodigo di provvedimenti normativi, non ha mai varato una norma specifica che disciplini tale delicata e socialmente rilevante attività; ciò appare (oltre che foriero di profondo “travaglio giurisprudenziale”, come si vedrà) paradossale ove si abbia riguardo alla circostanza che il medesimo (*lato sensu*) legislatore ha - come appena più sopra accennato - conferito dignità costituzionale al diritto alla salute prevedendolo nell’art. 32 della Carta Costituzionale. Si tratta, per la verità, di una situazione non “isolata”, benché tale constatazione sia assai poco confortante, sotto il profilo della “certezza del diritto”; basti pensare, ad esempio, alle attività sportive nelle quali il contatto fisico “duro” è frequente, come il rugby europeo ovvero a quelle in cui addirittura lo scopo essenziale dello sport è l’aggressione all’incolumità dell’avversario, fino a metterlo fuori combattimento, come la boxe; tanto che la dottrina si è affannata nella ricerca e delineazione di “cause di giustificazione non codificate”, che non precludessero lo svolgimento di tali attività sportive che lo Stato stesso, attraverso altre sue “emanazioni” (si pensi al CONI, ad esempio), largamente disciplina e “tutela”.

La conseguenza ovvia di una tale situazione normativa è che, in mancanza della individuazione di una disposizione che lo consenta, dovrebbe ritenersi penalmente rilevante qualsivoglia intervento medico che comporti anche una minima alterazione organica o funzionale nel soggetto interessato; ciò anche per il fatto che uno dei principi cardine del nostro ordinamento, previsto dall’art. 5 del codice civile, sancisce che: “... *gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico ed al buon costume...*” (c.d. principio di indisponibilità del proprio corpo); ed anche se deve riconoscersi che si tratta di un principio “storicamente datato” in quanto contenuto in una norma - il codice civile appunto - varata prima dell’ultimo conflitto (e, quindi, della Costituzione), non può non rilevarsi come tale impostazione sia da considerarsi pienamente “attuale” sol che si abbia riguardo, ad esempio, alla normativa in tema di cambiamento di sesso, ossia la legge 14 aprile 1982, n. 164; in tale disposizione, infatti, si prevede che il trattamento medico-chirurgico, necessario per adeguare i caratteri sessuali di un soggetto, debba essere autorizzato dal tribunale con sentenza (art. 3) e che solo l’accoglimento della domanda di rettifica-

zione di attribuzione di sesso *estingue i reati cui abbia eventualmente dato luogo il trattamento medico-chirurgico* (art. 7), conseguendone che addirittura (anche per le evidenti implicazioni in tema di stato civile), il solo consenso dell’avente diritto non è ritenuto idoneo a scriminare il sanitario che abbia operato in tal senso.

Per lungo tempo una tale problematica non si era posta in concreto, in virtù del peculiare atteggiamento che la collettività e la magistratura, in coerenza con il diffuso sentire della prima, hanno avuto nei confronti dell’operato del sanitario; si trattava di una sorta di “sudditanza psicologica” in conseguenza della quale non si osava porre in discussione la liceità dell’intervento del sanitario, ma con grande “prudenza” se ne valutava la correttezza, nei casi in cui l’attività del terapeuta portasse a serie conseguenze per la salute e (talvolta) la vita stessa del paziente.

L’evoluzione (o se qualcuno preferisce l’involuzione) culturale, prodottasi negli ultimi cinquanta anni, ha visto notevolmente mutare la valutazione del rilievo dell’attività sanitaria nel contesto sociale, non restando estranea a tale impostazione la sempre più sofisticata diversificazione dei mezzi di diagnosi e di cura, talvolta enfatizzati da campagne mediatiche, che hanno indotto più di taluno a ritenere che il *diritto ad essere curati* fosse da sostituire con il *diritto ad essere guariti*. Orbene la originaria concezione quasi “mistica” del rapporto “personalizzato” tra medico e paziente si è convertita in un atteggiamento estremamente critico e rigido nei confronti dell’attività del medico, di recente assai spesso (forse anche troppo) in discussione nelle Aule di Giustizia.

Con tali premesse appare del tutto logico che la dottrina e la giurisprudenza abbiano, in tempi recenti, elaborato una serie di teorie che consentano di apprezzare come giuridicamente lecito quel comportamento che è, peraltro, non solo largamente accettato dalla collettività ma - come è noto - costantemente e perentoriamente richiesto dal singolo paziente.

È appena il caso di prendere in sommaria considerazione talune impostazioni tecnico-giuridiche, in tema di liceità dell’intervento sanitario, anche per meglio comprendere i motivi che hanno indotto a valorizzare, come più avanti si vedrà, la scriminante del consenso dell’avente diritto, come situazione giuridica che, in primo luogo, rende lecita l’attività del sanitario.

TEORIE IN TEMA DI LICEITÀ DELL'OPERATO DEL SANITARIO

In primo luogo è stata valorizzata una impostazione definita *teoria della mancanza di tipicità dell'azione*; i vari reati che astrattamente sarebbero configurabili, in conseguenza di un intervento medico-chirurgico verrebbero meno in caso di esito fausto dell'intervento medesimo, posto che tale fatto si porrebbe in antitesi con quello previsto dalla norma incriminatrice; in caso di esito infausto verrebbe in rilievo la configurabilità di specifici reati a seconda della sussistenza o meno dell'elemento psicologico del singolo reato, ossia la "colpa professionale". Orbene a prescindere dalla circostanza che l'esito fausto o meno del trattamento è qualcosa che è estraneo alla norma di riferimento, è stato obiettato che anche in caso di esito fausto possono determinarsi menomazioni del tutto idonee (in linea astratta) a far ritenere configurabile il concetto di malattia o di lesione.

Altra concezione viene comunemente indicata come *teoria dell'azione socialmente adeguata*; la liceità dell'intervento del sanitario discenderebbe dall'alto valore morale e sociale della sua attività, consacrato addirittura in una norma di rango costituzionale, l'art. 32 della carta costituzionale, come più sopra accennato; se il comportamento del medico è immune da censure è irrilevante l'esito fausto od infausto del trattamento; il limite di tale teoria, che pure ha una indubbia forza di suggestione logica, è costituito dalla sua indeterminatezza, non apparendo possibile renderla del tutto compatibile con il principio di stretta legalità e l'esigenza di certezza del diritto; non è ipotizzabile, in altri termini, in talune materie, una sorta di "*communis opinio*", sostitutiva di criteri normativamente sanciti.

Tali teorie, pur criticabili, hanno un indubbio fondamento logico tanto da essere, in qualche modo riprese, successivamente, in una recente fondamentale pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni Unite.

Si sono così profilate rilevanti le impostazioni interpretative che conferiscono rilevanza significativa alle c.d. "cause di giustificazione", ossia le previsioni contemplate negli articoli da 50 a 54 del codice penale. È appena il caso di segnalare come tali istituti siano stati diversamente inquadrati, dalla dottrina, nell'esame della teoria generale del reato, tanto da essere addirittura variamente definite dallo stesso punto di vista terminologico, essendo state qualificate come

cause di esclusione del reato, scriminanti, cause di liceità; sono definibili come quelle situazioni in presenza delle quali un'azione, che altrimenti sarebbe punibile, diventa lecita perché una norma lo consente o lo impone; secondo il tradizionale indirizzo dottrinale verrebbe meno l'antigiuridicità del fatto^d.

Il codice le definisce testualmente, attraverso al richiamo che ne opera il disposto dell'art. 59 commi 1 e 4 c.p. come "circostanze di esclusione della pena".

Sotto tale profilo si valorizza, in primo luogo, l'*esercizio di un diritto* (previsto dal disposto dell'art. 51 del codice penale, secondo cui "... l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità..."); il medico agirebbe in maniera lecita perché si muoverebbe all'interno di una facoltà (espressione di un più ampio diritto-dovere conferitagli all'atto del rilascio dell'abilitazione professionale; la "rischiosità" dell'attività medico chirurgica e la sua estrema articolazione, anche in virtù del costante progresso scientifico, tuttavia, non consentono di ritenere decisiva tale teoria e praticabile la stessa senza alcun limite; ciò specie in materie delicate, come quelle - ad esempio - relative ai trapianti; di conseguenza vengono in rilievo altre due "cause di giustificazione", ossia il *consenso dell'avente diritto* e lo *stato di necessità*.

Si tratta di un binomio che, "di fatto" (e con le precisazioni giurisprudenziali che più avanti si proporranno), costituisce l'"ossatura giuridica" della giustificazione della liceità dell'attività sanitaria, in quanto sono le due disposizioni di legge che permettono di esperire i trattamenti sanitari senza esporre (almeno di regola) il sanitario a responsabilità penale per i suoi comportamenti, purché beninteso correttamente espletati (diversamente venendo in rilievo le disposizioni che sanzionano, a titolo di colpa, l'agente)^e.

Le fattispecie appena richiamate sono previste dal nostro legislatore, in particolare, agli articoli 50 e 54 del codice penale; ancor prima di affrontare un più

^d Vedasi, sul punto, per le varieguate impostazioni interpretative, tra gli altri, Commentario al Codice Penale di Crespi Stella e Zuccalà, pagg. 155 ss, Fiandaca e Musco, Diritto Penale, parte generale Zanichelli, pagg. 117 ss, Zanotti in Introduzione al Sistema Penale, AA VV, Giappichelli, pagg. 90 ss.

^e Anche se, come già accennato in sede di esame generale dell'art. 32 della Costituzione, una certa "enfaticizzazione" della rilevanza del consenso ha portato, poi, a soluzioni interpretative che, di fatto, finiscono con il legittimare, ancor prima della previsione legislativa "in fieri", pratiche di sostanziale sapore eutanascio.

dettagliato esame di tali figure va rimarcato come, al di là dell'aspetto strettamente tecnico-giuridico, si tratti di concetti che esprimono un sentire oramai sedimentato nella coscienza del legislatore più recente; basterà, ad esempio, avere riguardo al disposto della recente legge sulla "privacy" (ossia la 31 dicembre 1996, n. 675, poi modificata con D.Lgv. 9 maggio 1997 n. 123 e D.Lgv. 13 maggio 1998, n. 171 e successivamente riorganizzata nel codice della privacy di cui al D.P.R. 30 giugno 2003, n. 196) per constatare come i punti fermi per il "trattamento" dei dati siano appunto il *consenso dell'avente diritto* di cui all'art. 23, il quale prevede come il trattamento di dati personali, da parte di privati o di enti pubblici economici, sia ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato, espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, documentato per iscritto, e preceduto dalle informazioni di cui all'articolo 13 e lo *stato di necessità* (art. 24 lett. e) ove si statuisce che il consenso non è richiesto quando il trattamento è *necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo, ovvero dell'interessato nel caso in cui lo stesso non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere*.

È bene rammentare che l'esame della liceità dell'operato del sanitario è problema ontologicamente diverso da quello della valutazione della correttezza dell'operato medesimo e che investe l'esame della "colpa" dell'operatore: quest'ultimo, infatti, di più tradizionale impostazione, sottintende che il sanitario, in attività di formulazione della diagnosi, anche attraverso diagnostica strumentale ovvero nella fase di applicazione in senso stretto del trattamento terapeutico, chirurgico e non, agisca sfuggendo ai rimproveri di colpa professionale; è noto, infatti, che in conseguenza di trattamenti terapeutici non correttamente eseguiti possono cagionarsi al paziente lesioni personali ovvero addirittura provocarne il decesso, conseguentemente commettendo i delitti di lesioni personali (*punito dall'art. 590 del codice penale*) ovvero quello di omicidio colposo (*punito dall'art. 589 del codice penale*); il concetto di colpa, come noto, si individua sulla scorta del disposto dell'art. 43 del codice penale che la individua come negligenza, imprudenza od imperizia, ovvero violazione di leggi, regolamenti ordini o discipline; il secondo concetto, invece, in corso di esame, attiene alla legittimazione dell'intervento del sanitario, e quindi - anche dal

punto di vista logico e cronologico - precede l'attivazione dell'intervento sanitario stesso e prescinde dalla correttezza del medesimo.

L'ATTUALITÀ DEL "BINOMIO" FONDANTE DELLA LICEITÀ DEL TRATTAMENTO SANITARIO

Come appena più sopra accennato, dunque, solo in presenza del consenso dell'avente diritto o di uno stato di necessità l'operato del sanitario diventa sicuramente lecito e, quindi, sottrae l'operatore ai rischi di responsabilità penale, sotto il profilo - in primo luogo - doloso; tale impostazione peraltro, corrisponde non solo ad un'interpretazione largamente condivisa dalla giurisprudenza più recente, come più avanti si vedrà, ma anche ad un comune sentire, ad una valutazione largamente accettata dalla collettività, se è vero che anche il disposto del codice deontologico di recente approvato (in data 16 dicembre 2006 e pubblicato il 10 gennaio 2007), all'art. 33, confermando l'indirizzo già assunto con il codice deontologico del 3 ottobre 1998, stabilisce che "... il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente...".

Del resto la stessa carta costituzionale, al comma 2 dell'art. 32 sopra menzionato, statuisce che: *nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*.

Non pare fuori luogo, a tale riguardo, richiamare la norma che dispone in tema di trattamenti sanitari obbligatori, ossia l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 rubricata "Istituzione del servizio sanitario nazionale" che (in omaggio al principio costituzionale appena accennato) testualmente dispone: *Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari*.

Come pure non va trascurato che di consenso, quale fonte legittimante dell'attività del sanitario, si parlasse esplicitamente già nelle conclusioni cui giunse nel lontano 1992 il Comitato italiano di Bioetica che in tale forma si espresse nell'orchestrare il documento denominato *Informazione e consenso* all'atto medico del 20 giugno 1992: Il "*consenso all'atto medico*" è - come noto - alla base della stessa "*giustificazione*" dell'esercizio della medicina e fondamento, da secoli, del rapporto fra medico e malato. La deli-

catezza che riveste questa materia è dimostrata dal fatto che in quasi tutti i Paesi - i “Codici deontologici” per i medici (e per alcune categorie di personale sanitario a diretto contatto con il malato, sia pure in misura ridotta) trattano più o meno del “consenso informato”, a sottolinearne la doverosità come base della correttezza stessa della pratica professionale.

Ad ulteriore convalida di una certa attualità di tale impostazione cultural-giuridica, va evidenziato come - due legislature orsono - uno dei due rami del parlamento abbia licenziato un testo di legge, che sanciva esplicitamente la necessità del consenso del paziente per la praticabilità, sulla persona del medesimo, di trattamenti sanitari e prevedeva la possibilità di designare, da parte del paziente stesso, un soggetto che intervenisse con la sua volontà, in tema di interventi sanitari, nel caso che il soggetto delegante non fosse stato in condizione di prestare un valido consenso o dissenso (disegno di legge n. 5673 approvato dalla camera dei deputati nel luglio 2000); come pure che abbiano visto la luce ulteriori iniziative attraverso vari disegni di legge, in tema di “eutanasia” e di c.d. “testamento biologico”, in cui si dava ampiamente atto della centralità del problema del consenso.

Conferma ulteriore, quanto alla oramai sedimentata impostazione culturale e giuridica, si ricava dalle disposizioni di legge che hanno ratificato, anche per l'Italia, la “Convenzione di Oviedo” del 1997, in tema di *protezione dei diritti umani e della dignità dell'individuo, in tema di biologia e medicina*; invero con legge 28 marzo 2001, n. 145, pubblicata sulla G.U. n. 95 del 24 aprile 2001 si è autorizzata la ratifica della convenzione di cui sopra; è pur vero che al momento non sono stati ancora varati i decreti legislativi di cui all'art. 3, per favorire l'armonizzazione, con il diritto interno, dei principi della convenzione stessa, tuttavia va ricordato come l'art. 10 della Carta Costituzionale stabilisca che l'ordinamento italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e l'art. 117 della stessa Carta imponga il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitari e dagli obblighi internazionali^f; in particolare giova qui ricordare il disposto del capitolo II dell'accordo, laddove si stabiliscono le regole generali in tema di consenso al trattamento sanitario, premendosi che:

^f in tal senso si esprime anche la recente pronuncia della 1a sezione civile della Cassazione, n. 21748, depositata il 16 ottobre 2007.

CAPITOLO II - CONSENSO -

ARTICOLO 5- *Disciplina generale* -

Un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e consapevole.

Tale persona riceve preliminarmente informazioni adeguate sulle finalità e sulla natura del trattamento nonché sulle sue conseguenze e sui suoi rischi.

La persona interessata può, in qualsiasi momento, ritirare liberamente il proprio consenso.

ARTICOLO 6 - *Tutela delle persone incapaci di prestare consenso* -

Con riserva degli articoli 17 e 20, un trattamento può essere praticato su una persona incapace di prestare consenso solo se gliene derivi un beneficio immediato. Quando, per legge, un minore non ha la capacità di acconsentire ad un trattamento, quest'ultimo non può essere praticato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organismo designati dalla legge. *Il parere del minore è considerato elemento determinante in funzione dell'età e del suo livello di maturità.*

Quando, un maggiorenne è per legge, a causa di una tara mentale, di una malattia o per un motivo analogo, incapace di acconsentire ad un trattamento, quest'ultimo non può essere praticato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organismo designati dalla legge. La persona interessata deve, nei limiti del possibile partecipare al procedimento di autorizzazione.

Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organismo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle medesime condizioni, l'informazione prevista dall'articolo 5.

L'autorizzazione di cui ai paragrafi 2 e 3 può, in qualsiasi momento, essere revocata nell'interesse della persona in causa.

ARTICOLO 7 - *Tutela delle persone affette da turbe psichiche* -

La persona affetta da una grave turba psichica può essere sottoposta, senza il proprio consenso, ad un trattamento che ha lo scopo di curare tale turba solo se l'assenza di simile terapia rischi di essere seriamente pregiudizievole per la sua salute e con riserva dei requisiti di tutela previsti dalla legge comprendenti procedimenti di sorveglianza e di controllo nonché mezzi di ricorso.

ARTICOLO 8 - *Situazioni di urgenza* -

Quando a causa di una situazione di urgenza non è possibile ottenere il consenso, si potrà praticare ogni

trattamento necessario, dal punto di vista sanitario, per la salute della persona interessata.

ARTICOLO 9 - *Desiderata espressi anteriormente - I desiderata espressi anteriormente in ordine ad un trattamento sanitario da un paziente che, al momento del trattamento, non è in grado di manifestare la sua volontà saranno presi in considerazione.*

Stando alle c.d. *fonti interne*, rilevante si profila l'ancor più recente provvedimento normativo in tema di procreazione assistita, sia pure riguardante problematiche necessariamente "specifiche"; invero l'art. 6 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, intitolata appunto "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", significativamente rubricato "consenso informato" testualmente recita:

(CONSENSO INFORMATO)

1. Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita *il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro.*

Ancora più di recente, poi, va segnalato a definitiva conferma, a modo di vedere di chi scrive, della ufficializzazione del valore del consenso nelle normative di carattere sanitario, il disposto della legge 21 ottobre 2005, n. 219 la quale statuisce, all'art. 3 che:

ARTICOLO 3 - *Donazione di sangue, emocomponenti e cellule staminali emopoietiche -*

1. Sono consentiti la donazione di sangue o di emocomponenti, nonché il prelievo di cellule staminali emopoietiche periferiche, a scopo di infusione per allotrapianto e per autotrapianto, e di cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale, all'interno delle strutture trasfusionali autorizzate dalle regioni.
2. *Le attività di cui al comma 1 possono essere effettuate in persone di almeno diciotto anni di età, previa espressione del consenso informato e verifica della loro idoneità fisica. Per le persone di età inferiore ai diciotto anni il consenso è espresso dagli esercenti la potestà dei genitori, o dal*

tutore o dal giudice tutelare. La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato.

Un accenno, seppure forse meno significativo, si coglie poi nella recentissima legge 15 marzo 2010, n. 38 Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore. (10G0056) (G.U. n. 65 del 19-3-2010), ove all'articolo 1 si prevede che:

(FINALITÀ)

1. La presente legge tutela il diritto del cittadino ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore.
2. È tutelato e garantito, in particolare, l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore da parte del malato, come definito dall'articolo 2, comma 1, lettera c), nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 novembre 2001, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 33 dell'8 febbraio 2002, al fine di assicurare il rispetto della dignità e dell'autonomia della persona umana, il bisogno di salute, l'equità nell'accesso all'assistenza, la qualità delle cure e la loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni.
3. *Per i fini di cui ai commi 1 e 2, le strutture sanitarie che erogano cure palliative e terapia del dolore assicurano un programma di cura individuale per il malato e per la sua famiglia, nel rispetto dei seguenti principi fondamentali:*
 - a) *tutela della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione;*
 - b) *tutela e promozione della qualità della vita fino al suo termine;*
 - c) *adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale della persona malata e della famiglia.*

Come pure può farsi cenno ad uno dei progetti di legge, che sono stati sul punto di essere approvati, in tema di c.d. "testamento biologico" ossia le dichiarazioni di fine vita ove si statuisce - affrontando in maniera esplicita la problematica del consenso che:

ART. 2 - CONSENSO INFORMATO -

1. Salvo i casi previsti dalla legge, ogni trattamento

- sanitario è attivato previo consenso informato esplicito ed attuale del paziente prestato in modo libero e consapevole.
2. L'espressione del consenso informato è preceduta da corrette informazioni rese dal medico curante al paziente in maniera comprensibile circa diagnosi, prognosi, scopo e natura del trattamento sanitario proposto, benefici e rischi prospettabili, eventuali effetti collaterali nonché circa le possibili alternative e le conseguenze del rifiuto del trattamento.
 3. *L'alleanza terapeutica costituitasi all'interno della relazione fra medico e paziente ai sensi del comma 2 si esplicita in un documento di consenso informato, firmato dal paziente, che diventa parte integrante della cartella clinica.*
 4. È fatto salvo il diritto del paziente di rifiutare in tutto o in parte le informazioni che gli competono. Il rifiuto può intervenire in qualunque momento e deve essere adeguatamente documentato.
 5. *Il consenso informato al trattamento sanitario può essere sempre revocato, anche parzialmente.*
[...]
 9. Il consenso informato al trattamento sanitario non è richiesto quando la vita della persona incapace di intendere o di volere sia in pericolo per il verificarsi di un evento acuto.

IL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO: REQUISITI E FORME

Il consenso dell'avente diritto è disciplinato dall'art. 50 del codice penale, il quale stabilisce che: *"... non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, con il consenso della persona che può validamente disporne..."*.

Si tratta di una disposizione che oltre a consacrare un principio di carattere generale, largamente accettato nella società civile, trova coerente inquadramento giuridico nel più volte richiamato disposto dell'art. 32 della Costituzione.

Confinato inizialmente nel campo della ricerca e della sperimentazione, la categoria del "consenso", come regola di fondo che governa l'operato del sanitario, è stata poi trasferita a quello della pratica medica ordinaria. I primi atti specifici, di fonte "governativa" in cui è dato rinvenire un accenno al consenso informato sono alcuni decreti (quindi atti non aventi forza di legge) varati dall'allora Ministro della Sanità

(ora della Salute) Guzzanti, il 1° settembre 1995, che contenevano previsioni e prescrizioni in materia di trasfusioni di sangue ed emocomponenti, cioè di pratiche terapeutiche considerate "routinarie" in sede di pronto soccorso. Uno di questi decreti ministeriali, quello relativo alla costituzione dei comitati per il buon uso del sangue, in particolare prevedeva una disciplina analitica del consenso informato, con precise indicazioni sui soggetti legittimati a rilasciarlo e sulle situazioni di necessità e di emergenza che consentono al medico di intervenire senza di esso (art. 4).

Prima dell'affermarsi del principio del consenso, l'opera del sanitario era improntata al principio paternalistico in base al quale il medico poteva agire per il malato ove avesse ritenuto, secondo scienza e coscienza, l'intervento utile alla sua salute.

Nel predetto alveo culturale, di impostazione sempre paternalistica, era collocato altro principio legittimante, che nel passato - anche recente - faceva del medico l'unico interprete della salute e della malattia, e cioè il c.d. "privilegio terapeutico" (applicato quasi incondizionatamente), che consentiva di omettere di dare alcune informazioni in circostanze particolari, purché ciò fosse a vantaggio del paziente.

Una volta accolto, sia nella deontologia sia nell'ordinamento giuridico, il principio del consenso informato, il medico gradualmente è venuto perdere la veste di "sacerdote della salute", per indossare quella del professionista che stipula un contratto con il malato che si sottopone alle sue cure.

Coerentemente con tale impostazione il nostro ordinamento prevede, nel più sopra richiamato articolo 33 della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, l'eccezionalità dei trattamenti terapeutici obbligatori tra i quali possono indicativamente comprendersi i casi di:

- a) malattie infettive e diffuse per le quali sussista, anche sulla base di accordi nazionali ed internazionali, l'obbligo di vaccinazione;
- b) malattie veneree in fase contagiosa per le quali sussiste l'obbligo a carico dell'ammalato, di sottoporsi alla cura radicale qualora questi la rifiuti;
- c) malattie mentali da trattarsi in sede di degenza ospedaliera qualora le alterazioni siano gravi ed il paziente non accetti le cure del caso.

Orbene, come correttamente riportato anche nel testo del codice deontologico sopra richiamato, ciò che rileva è il c.d. "consenso informato", che costituisce il perno centrale intorno a cui ruota il problema della liceità del trattamento medico-chirurgico.

Sotto tale profilo particolarmente significative, per un più dettagliato approccio della problematica, si profilano alcune recenti pronunce della Cassazione in sede civilistica, essendosi affermati alcuni principi ermeneutici che, sebbene di impatto meno “eclatante” perché appunto afferente la materia risarcitoria (ossia pecuniaria ed assicurativa) e non quella della responsabilità penale (che investe la libertà e l’onore del sanitario), si profilano particolarmente idonee a chiarire la problematica:

- 1) *Nel contratto di prestazione d’opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista anche quando l’oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell’intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l’intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall’art. 32 comma 2 della Costituzione, a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, quanto dall’art. 13 della Costituzione, che garantisce l’invulnerabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica, e dall’art. 33 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità^g.*
- 2) *Nel trattamento sanitario volontario, per la validità del consenso del paziente, è necessario che il professionista lo informi dei benefici, delle modalità di intervento e dei rischi prevedibili, dovere particolarmente incombente nella chirurgia estetica, nella quale esso deve comprendere anche la possibilità del paziente di conseguire un effettivo miglioramento dell’aspetto fisico^h.*
- 3) *In tema di terapia chirurgica, il dovere di infor-*

mazione che grava sul sanitario è funzionale al consapevole esercizio, da parte del paziente, del diritto, che la stessa Carta Costituzionale, agli artt. 13 e 32 comma 2, solo a lui attribuisce (salvi i casi di trattamenti sanitari obbligatori), alla scelta di sottoporsi o meno al trattamento terapeutico. In particolare, dalla peculiare natura del trattamento sanitario volontario, scaturisce, al fine di una valida manifestazione di consenso da parte del paziente, la necessità che il professionista lo informi dei benefici, delle modalità di intervento, della eventuale possibilità di scelta tra diverse tecniche operatorie e, infine, dei rischi prevedibili in sede post-operatoria, necessità quest’ultima, da ritenersi particolarmente pregnante nel campo della chirurgia esteticaⁱ.

- 4) *La formazione del consenso presuppone una specifica informazione, proveniente dallo stesso sanitario cui è richiesta la prestazione professionale. L’obbligo di informazione assume rilievo nella fase precontrattuale, nel corso della quale si forma il consenso del paziente al trattamento o all’intervento e trova fondamento nel dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del consenso^j.*

Una volta evidenziato il rilievo che tale consenso ha per la ritualità dell’intervento sanitario, si pone il problema della individuazione dei requisiti che tale consenso deve avere per operare la sua efficacia scriminante.

Sulla scorta dei dati rinvenibili nell’elaborazione sia dottrina che giurisprudenziale il consenso, per esplicitare la sua rilevanza nel trattamento medico-chirurgico, deve essere:

A) CONSAPEVOLE (ossia informato).

Il consenso non può ritenersi valido se non è consapevole e per essere consapevole deve essere informato; in altre parole deve essere espresso da una persona che sa esattamente a che cosa acconsente; sulla scorta della giurisprudenza più sopra richiamata e soprattutto di quella che sarà valorizzata in sede di esame delle concrete conseguenze penali, per un sanitario che abbia agito in assenza di valido consenso, appare ragionevole concordare con chi ritiene che occorra informare il paziente degli elementi che sono determinanti per orientare la sua decisione e tali appaiono essere:

^g Cassazione Civile sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014.

^h Cassazione Civile, sez. III, 6 ottobre 1997, n. 9705.

ⁱ Cassazione Civile, sez. III, 6 ottobre 1997, n. 9705.

^j Cassazione Civile, sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364.

- *la diagnosi* (quindi a tale riguardo anche la scelta tra le varie opzioni strumentali - invasive e non - in ordine alla necessità di indagine per esprimere una compiuta ipotesi diagnostica);
- *i mezzi terapeutici disponibili;*
- *i rischi della terapia;*
- *gli effetti del trattamento* (e ciò non solo in riferimento alle possibilità o non di guarigione, ma anche rispetto alla “qualità” di vita che potrà essere assicurata in rapporto al tipo di intervento).

Quanto più completa sarà l’informazione, tanto più consapevole - perché meditato - sarà il consenso espresso dal paziente.

Se dunque all’originaria impostazione che legittimava addirittura il c.d. “silenzio pietoso”, nei confronti di prognosi infausta (soprattutto nei casi di probabilità di ulteriore depressione dello stato di salute e delle difese immunitarie), per contro attualmente si rafforza sempre più l’impostazione interpretativa che valorizza la necessità di esistenza di un consenso pieno e circostanziato del soggetto interessato al trattamento; è ovvio che il consenso andrà ricercato con un linguaggio che terrà conto del livello culturale e mentale del soggetto da informare, delle sue conoscenze tecniche e delle sue capacità di comprensione; in tal senso si muove anche il nuovo codice deontologico che all’art. 33 - confermando il contenuto concetto nell’art. 30 del codice previgente - stabilisce che: “... *Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate.*

Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l’adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche.

Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta.

Il medico deve, altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di prevenzione.

Le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza.

La documentata volontà della persona assistita di

non essere informata o di delegare ad altro soggetto l’informazione deve essere rispettata.”

È di tutta evidenza che correlare l’informazione al grado di cultura e conoscenza del soggetto deve intendersi non come una sorta di “barriera razzistico-culturale”, ma come capacità di comprendere da parte del paziente con necessità di uno sforzo di adattamento e di scelta terminologica da parte del medico; come pure deve valorizzarsi il fatto che la “fisiologica” ignoranza di nozioni medico-chirurgiche di un paziente medio può tradursi in una remora eccessiva al trattamento medico - chirurgico, conseguendone che nell’informare il paziente il medico deve opportunamente “ridimensionare” aspetti del trattamento che anche solo terminologicamente possono “atterrire” il paziente.

Ulteriore problema si pone, nella pratica, in riferimento alla necessità o meno di dover fornire, al paziente, dati statistici dei risultati operativi della struttura sanitaria ove deve svolgersi il trattamento; in linea di massima non pare indispensabile che si provveda ad un tal genere di informazione, salvo il caso che:

- si tratti di intervento che richieda, anche, ad esempio, solo come fase post-operatoria, una struttura e macchinari che non siano presenti nel complesso sanitario ove si deve svolgere l’intervento;
- si tratti di intervento le cui percentuali di esito favorevole, nella struttura sanitaria interessata, presentino dati palesemente inferiori alle medie della letteratura medica, e, quindi, tali da sconsigliare l’intervento medesimo in tale sede (oltre che, ovviamente, spingere i responsabili della struttura a rivedere procedure e professionalità); si tratterebbe, invero, di consenso palesemente viziato da incompletezza di informazione;

B) REALE E SPECIFICO.

Occorre distinguere il consenso quale manifestazione contrattuale di volontà che dà luogo al rapporto paziente-medico e il consenso al singolo atto di trattamento, diagnostico o terapeutico; il consenso deve esser manifestato in maniera chiara e può desumersi anche da fatti concludenti, ossia da un comportamento inequivoco tenuto dal paziente; si ritiene che il consenso debba avere un contenuto sempre più chiaro ed articolato ma mano che dai c.d. trattamenti di carattere più diffuso ed innocuo (il semplice prelievo di un campione ematico);

C) PREVENTIVO.

Deve, cioè, essere espresso ben prima dell'intervento o del trattamento, essendo stato ritenuto irrilevante un consenso postumo dalla giurisprudenza della Cassazione;

D) PERSONALE.

Il consenso deve di regola essere manifestato dal *paziente*, ossia dal soggetto che ha la disponibilità del bene giuridico protetto; il soggetto deve essere capace per tale intendendosi un soggetto che abbia l'età idonea per disporre di quel diritto e la capacità di intendere e di volere che si acquista con la maggiore età; qualora paziente interessato al trattamento sia un soggetto *minore*, sulla base anche del contenuto dell'art. 2 del codice civile, e spettando la rappresentanza ai genitori, si ritiene debbano essere questi ultimi a dover dare il consenso; in particolare, sul punto, allorché il trattamento diagnostico e/o terapeutico dovrà essere attuato su di una persona minore d'età, si pongono alcuni problemi che sinteticamente andranno così risolti:

- il consenso deve essere espresso dai genitori (e ciò anche se il minore ha superato il 14° anno di età); la petizione di principio postulata dalla normativa che ha ratificato la convenzione di Oviedo (e di cui si è più sopra fatto cenno), se da un lato può spingere a valorizzare in un contraddittorio con i genitori anche la partecipata volontà del minore, non appare tale da consentire un'interpretazione sicura di segno diverso; ad ulteriore conferma di un tale assunto può evidenziarsi il contenuto di una recente pronuncia della Corte di Cassazione che ha condannato la titolare di un esercizio commerciale che, nell'eseguire un tatuaggio su di una persona minore d'età, senza il consenso dei genitori delle stessa, aveva determinato una sia pur lieve lesioni sulla cute della ragazza medesima^k;
 - nel caso di protratta sostanziale irreperibilità di uno di essi, si potrà valorizzare il consenso del coniuge presente;
 - in caso che i genitori si oppongano all'espletamento del trattamento (e salvo che ricorra una situazione di "stato di necessità", che autorizzerebbe comunque il sanitario ad agire) il terapeuta potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria, ed in particolare al tribunale dei minorenni;
- qualora vi sia conflitto tra i genitori dovrà attendersi l'intervento del tribunale per i minorenni (e sempre che non ricorra - appunto - una indifferibile urgenza, che evochi una situazione di stato di necessità); va segnalato, per doveroso richiamo, che - secondo il testuale disposto dell'art. 316, comma 4, "*se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili*";
 - più delicata si articola la problematica, in ipotesi di genitori separati o addirittura divorziati; fondamentale si profila la disciplina dettata dall'art. 155 del codice civile, secondo il quale (comma 3, primo inciso): il coniuge (ossia nella quasi totalità dei casi, la madre) cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esclusivo esercizio della potestà su di essi salvo poi prevedere, al secondo inciso del predetto comma 3, che: le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori; può legittimamente opinarsi che:
 - in caso di trattamenti di non peculiare complessità o "rischiosità" (si pensi alla classica "frattura a legno verde" di un bambino, che necessità di una leggera doccia gessata, di una profilassi antitetica necessaria a prevenire le conseguenze di ferite in luoghi aperti e simili) potrà privilegiarsi l'opinione del coniuge affidatario salvo che lo stesso risulti - ad avviso del sanitario - pregiudizievole per il minore ed in tal caso potrà analogamente sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria;
 - in caso di protratta irreperibilità del coniuge affidatario dovrà tenersi conto del consenso espresso dal coniuge che sia presente;
 - in ipotesi di trattamenti complessi e delicati, suscettibili di margini di rischio, ma comunque da effettuarsi in regime di "elezione", quindi non di urgenza sarà opportuno ottenere il consenso di entrambi i genitori;
 - in ipotesi di soggetto interdetto la legittimazione ad esprimere il consenso dovrebbe ricadere in capo al tutore; è vero che un non lontano provvedimento, sia pure di merito, ha ipotizzato una soluzione diversa, affermando che non si rinviene - nel codice civile - alcuna disposizione che autorizzi il tutore ad esprimere un consenso per un atto personalissimo quale quello afferente un intervento chirurgico e sostenendo

^k Cassazione Penale, sez. V, 14 dicembre 2005, n. 45345.

che solo il sanitario, in via autonoma, deve stabilire l'opportunità di un simile intervento^l; tale soluzione, tuttavia, desta non poche perplessità, posto che consentirebbe al sanitario di prendere decisioni che concernono altri soggetti in via del tutto libera e scevra da "controlli" di sorta, e sulla quale potrebbero influire (in un senso od in un altro) valutazioni di tipo personalissimo, quali il mantenimento o meno di determinate "statistiche di intervento" e simili; e del resto rimane travolto da quanto disposto dalla Corte di Cassazione a proposito del c.d. "caso Englaro", essendosi stabilito^m che: ... *In tema di attività medica e sanitaria, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore un potere "incondizionato" di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del "best interest", deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.*

Con riferimento alle problematiche in tema di rappresentanza di persone "incapaci", viene poi in rilievo la normativa di cui alla Legge 9 gennaio 2004, n. 6 che ha introdotto la figura del c.d. "amministratore di sostegno"; benché le norme appaiano dettate soprattutto al fine di garantire le esigenze economiche dei soggetti a favore dei quali di opera l'intervento giudiziario, la collocazione sistematica della legge, che introduce l'articolo nel titolo XII del codice civile, rubricato

"infermità di mente, interdizione ed inabilitazione", ha indotto la giurisprudenza - almeno di merito - a qualificare la figura appunto dell'amministratore di sostegno, quale idonea anche ad esprimere una valutazione giuridicamente rilevante in tema di consenso alle cure; ed in effetti non di rado il ricorso viene proposto proprio allo scopo di pervenire ad un provvedimento che consenta di conferire l'incarico di amministratore di sostegno, al solo fine di poter prestare il consenso ad interventi terapeutici, per lo più chirurgici, in favore di anziani dalle compromesse capacità percettive e critiche; la giurisprudenza, tuttavia, si è orientata nel senso di affermare che l'amministratore di sostegno esprima consenso non ... "in luogo..." del soggetto amministrato ma "... con..." il soggetto stesso, ovvero cercando di interpretare la volontà del medesimo che, sia pure in condizioni fisio-psichiche compromesse, in coerenza con quanto affermato in premessa resta e deve restare "arbitro" del proprio stato di salute ossia di benessere fisio-psichico.

Sulla base di quanto sin qui accennato, quindi, ad eccezione che per i soggetti "tutelati" (minori, interdetti e simili), deve ritenersi irrilevante ogni consenso dato da parenti o da terzi.

A proposito, comunque, del valore della volontà espressa dai minori, va segnalato come vi siano stati diversi tentativi, da parte della giurisprudenza di merito, di valorizzarne la portata; significative sono state le recenti pronunce tra il 1988 ed il 1999 a Venezia, Brescia ed Ancona che hanno postulato una sorta di "dovere di ascolto" della volontà del minore, movendosi appunto nel solco della convenzione di Oviedo sopra richiamata; in particolare in caso di esito assai incerto delle prospettive di guarigione ed in presenza di rifiuto forte e motivato del minore della cura si è ritenuto di dover rispettare tale volontà. Si tratta, in ogni caso, di sentenze di merito e non di legittimità, che hanno cercato di recepire la volontà del minore apprezzandone, nel singolo e specifico caso concreto, una peculiare maturità.

Per ragioni di completezza va, poi, fatto cenno all'implicita (anche se foriera di ulteriori perplessità) conferma dell'assunto appena esposto, e fornito dalla "problematica" valutazione espressa di recente dalla Corte Costituzionale; quest'ultima, chiamata a valutare la conformità, al dettato costituzionale appunto, della legge regionale n. 63 del

^l Decreto del giudice tutelare di Palermo del 19 dicembre 2000.

^m Cfr. Sez. 1, sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007, Rv. 598963.

15 novembre 2004 della Regione Toscana, in tema di discriminazioni contro l'orientamento sessuale e l'identità di genere, si è espressa affermando che si profila l'incostituzionalità dell'art. 7 comma 1 della citata legge regionale, nella parte in cui prevede che *“ciascuno ha diritto di designare la persona a cui gli operatori sanitari devono riferirsi per riceverne il consenso ad un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato versi in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla salute o alla sua integrità fisica giustifichi l'urgenza e l'indifferibilità della decisione”*, solo per eccesso di competenza, essendo riservata allo Stato e non alle Regioni, la disciplina dell'istituto della rappresentanzaⁿ; il che lascia legittimamente presupporre che - anche secondo la Corte Costituzionale - la disciplina ordinaria potrebbe essere quella (purché prevista da una legge statale) di delegare una persona che esprima o meno il consenso ad un trattamento sanitario; in realtà, allo stato dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, anche recentissima, il consenso deve essere espresso dall'avente diritto, come più sopra chiarito, ovvero ci si deve trovare in una situazione di stato di necessità (e di cui si dirà più avanti) ed allora si può prescindere dal consenso medesimo; il consenso dato da terzi, almeno da un punto di vista penalistico, è da considerarsi irrilevante, come già precisato. Una previsione normativa, che volesse essere coerente con i principi generali del nostra attuale ordinamento, andrebbe opportunamente calibrata valorizzando l'evoluzione dottrina e giurisprudenziale sin qui esposta.

E) SEMPRE REVOCABILE.

I principi generali sopra richiamati impongono di rispettare la volontà del paziente in qualsiasi momento (quindi anche ad equipe allertata, a camera operatoria già allestita, a “preanestesia” già attivata, a macchinario “avviato”, con paziente introdotto nel “cilindro” della TAC, della RMN o della PET); salvo ovviamente che la revoca intervenga in un momento tecnico che non consenta di arrestare il trattamento medesimo senza rischio concreto per il paziente; in tal caso svolgerà efficacia la scriminante dello stato di necessità di cui si dirà;

F) SOTTOPONIBILE A CONDIZIONI.

Il paziente deve essere considerato libero di offrire un consenso sottoposto a condizione, ad esempio che l'intervento consistente in un'asportazione di parti di tessuti non importi deturpamento - si pensi al caso tipico di carcinoma mammario - ovvero comunque che detto deturpamento sia poi rimediabile attraverso un intervento di plastica; in tal caso vi può essere un consenso per così dire “composito” che preveda, cioè, la partecipazione in sede informativa al fine di acquisire il consenso, di un chirurgo “plastico”; se, infatti, la regola è che venga prestato al sanitario che dovrà svolgere il trattamento, chirurgico o meno che sia, perché solo quest'ultimo può correttamente informarlo di quanto necessità ad ottenere un valido consenso è possibile che ci si trovi, da parte del paziente, dinanzi a più interlocutori; come pure può essere, per così dire, *parziale*, ossia non esteso a tutto il protocollo sanitario ordinariamente previsto e consigliato; ad esempio tale da omettere la radio-terapia suggerita come integrazione al trattamento chirurgico;

G) IMMUNE DA VIZI.

Ossia scevro da elementi che possano turbare il processo intellettuale - volitivo che determina la scelta (quale potrebbe essere l'errore sulla esistenza, in capo al sanitario prescelto, di una specializzazione che egli non ha);

H) RACCOLTO DAL SANITARIO CHE DEVE ESEGUIRE IL TRATTAMENTO.

Ossia da chi è tenuto ed in condizione di fornire le informazioni che rendono il consenso scriminante; tale assunto, del tutto coerente con quanto sin qui riportato, si desume in maniera esplicita da una recente pronuncia^o; con tale sentenza la Corte, nel sollevare da ogni responsabilità il medico esterno alla struttura ospedaliera che aveva prescritto la terapia, nella specie una radioterapia, ha chiarito che l'obbligo di raccogliere il consenso, previa adeguata informazione, grava sul medico che esegue il trattamento medesimo.

È di tutta evidenza che, in presenza di una struttura complessa - quale un reparto ospedaliero altamente specializzato - il consenso può ragionevolmente ritenersi efficacemente raccolto da altro sanitario, sempre facente parte della struttura, pur-

ⁿ Sentenza n. 253 del 21 giugno 2006, depositata il 4 luglio 2006, della Corte Costituzionale.

^o Cassazione Civile, sez. III, sentenza n. 5444 del marzo 2006.

ché lo stesso sia in grado di dare adeguata informazione al paziente (in proporzione beninteso alla “complessità e delicatezza” dell’intervento), recedono i dubbi e le perplessità e non si limiti a consegnare uno stampato, richiedendo con insistenza di firmarlo adducendo, come pretesto, l’impossibilità altrimenti di operare il trattamento medesimo; ciò, peraltro, non impedisce il fatto che, una volta informato il paziente ed ottenuto dal medesimo il consenso, la sottoscrizione di un formale atto scritto (e di cui si dirà appena più avanti), che documenti l’avvenuto consenso, possa avvenire a mani di un operatore paramedico;

I) IN FORMA PREFERIBILMENTE, MA NON NECESSARIAMENTE, SCRITTA.

Non è previsto né da alcuna norma né da alcun pronunciamento (salvo casi specifici come quello delle trasfusioni) che la forma debba essere scritta, tuttavia, si tratta della modalità preferibile ai fini di un eventuale accertamento postumo, di responsabilità penale. Invero ben potrebbe un consenso essere valido ed efficace benché non formalizzato per iscritto, qualora si potesse provare, ad esempio, *per testes*, che vi fu adeguata informazione e convinta adesione al trattamento terapeutico proposto; come pure, al contrario, un consenso scritto che si accertasse essere consistito nella mera sottoscrizione del modulo, proposto magari da un infermiere e senza alcuna consapevolezza da parte di chi lo sottoscriveva, potrebbe essere non idoneo a scriminare.

In linea generale, e sempre coerentemente con la complessità del trattamento sanitario da eseguirsi, è sufficiente che il sanitario spieghi in linea generale in che cosa consista l’intervento, chiarisca quali potrebbero essere le eventuali controindicazioni, con quale margine di probabilità si possano porre, quale sia il rapporto “rischio/benefici”, anche in riferimento alle istanze del paziente (che potrebbe essere motivato ad accettare il rischio in presenza di una prospettata auspicabile migliore qualità della vita, ad esempio per il protrarsi della situazione di costante dolore) e dia atto, nel modulo poi sottoposto alla firma del paziente, di eventuali specifiche domande o perplessità del paziente stesso e delle risposte date.

**IL CONSENSO IN PARTICOLARE
NELLA CHIRURGIA ESTETICA**

Una problematica particolare si pone poi, in tema di consenso, con riferimento alla c.d. *chirurgia estetica* (e che può essere utile brevemente esaminare perché rafforza le considerazioni appena svolte in tema di consenso all’atto medico).

In linea generale l’intervento del chirurgo estetico può essere ricondotto a tre distinte categorie:

- a) interventi plastici che tendono a ricostruire una condizione somatica gravemente compromessa da infortuni (da intendersi nel senso più ampio del termine);
- b) interventi necessari per rimuovere gravi imperfezioni fisiche, che pregiudicano in maniera rilevante la vita di relazione;
- c) interventi palesemente non necessari (*quoad vitam aut valetudinem*) e che tendono a rimuovere lievi difetti ed imperfezioni modeste, ovvero - ancora più genericamente - ad “esasperare” alcune caratteristiche fisiche (si pensi, ad esempio, all’aumento del volume del seno).

Orbene - come già accennato in fase di esame della norma costituzionale - si è fatta strada una posizione “culturale e scientifica” che porta ad una nozione più ampia e, per così dire, “elastica” del concetto di malattia, all’interno del quale andranno ricomprese tutte le situazioni che possono incidere anche sul benessere “psichico”, ossia con l’opinione che di se stesso ha un individuo e ciò anche in riferimento alla maggiore sicurezza psicologica ed al migliore equilibrio complessivo, che un diverso aspetto fisico può ingenerare; un tale concetto si inquadra, appunto, nella valutazione della salute non solo come assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico; la problematica si era posta, in concreto, nel contesto di un procedimento civile intentato da una “spogliarellista” che aveva, in seguito ad intervento di mastoplastica, sì conseguito un migliore aspetto fisico nel senso di un seno più cospicuo e meglio sostenuto, ma con delle cicatrici che avevano reso improponibile il prosieguo dell’attività della stessa ossia di ballerina “in topless”; la donna ebbe soddisfazione del tribunale, con motivazione poi condivisa dalla Corte di Cassazione che confermò la statuizione, nel presupposto che non fosse stata adeguatamente presa in considerazione l’effettiva esigenza che la paziente voleva soddisfare con quel tipo di intervento e non fosse stata adeguatamente informata

- così viziando il consenso dalla medesima prestato all'intervento - circa la presenza delle cicatrici sulla parte operata^P.

Invero è rimasto incerto, in passato, se intendere l'obbligazione del chirurgo plastico come obbligazione di mezzi, quale è sempre stata intesa per la totalità degli altri sanitari, con obbligo quindi del medico di agire al meglio ovvero - per la peculiarità del trattamento posto in essere - obbligazione di risultato, tale cioè da ingenerare responsabilità del medico in caso di mancato conseguimento del risultato promesso; va subito detto che la più recente giurisprudenza si è assestata nel ritenere anche per il chirurgo estetico configurarsi obbligazione di mezzi, nell'oggettiva impossibilità di pretendere in capo al sanitario, il raggiungimento di un risultato certo. Peraltro la giurisprudenza, nel riconfermare che l'obbligazione assunta dal sanitario - anche in campo di chirurgia estetica - è obbligazione di mezzi e non di risultato, ha sancito l'esistenza di un peculiare dovere di informazione sulle possibili conseguenze dell'insuccesso, specie quando si interviene non per rimuovere gli effetti di un incidente o di una malattia, ma per migliorare l'opinione di sé che ha un soggetto; in particolare sul punto pare opportuno richiamare la sentenza già più sopra evocata nella quale si è statuito che: *in tema di terapia chirurgica, il dovere di informazione che grava sul sanitario è funzionale al consapevole esercizio, da parte del paziente, del diritto, che la stessa Carta costituzionale, agli art. 13 e 32 comma 2, a lui solo attribuisce (salvi i casi di trattamenti sanitari obbligatori per legge o di stato di necessità), alla scelta di sottoporsi o meno all'intervento terapeutico. In particolare, dalla peculiare natura del trattamento sanitario volontario scaturisce, al fine di una valida manifestazione di consenso da parte del paziente, la necessità che il professionista lo informi dei benefici, delle modalità di intervento, dell'eventuale possibilità di scelta tra diverse tecniche operatorie e, infine, dei rischi prevedibili in sede post operatoria, necessità, quest'ultima, da ritenersi particolarmente pregnante nel campo della chirurgia estetica (ove è richiesta la sussistenza di concrete possibilità, per il paziente, di conseguire un effettivo miglioramento dell'aspetto fisico che si ripercuota favorevolmente sulla sua vita professionale o di relazione), con la conseguenza che la ommissio-*

ne di tale dovere di informazione genera, in capo al medico, nel caso di verifica dell'evento dannoso, una duplice forma di responsabilità, tanto contrattuale quanto aquiliana. Anche gli stessi e gravi esiti cicatriziali residuati ad un intervento di chirurgia estetica eseguito in violazione del dovere di informazione da parte del sanitario possono integrare gli estremi della "alterazione anatomo-patologica dell'organismo" e, conseguentemente, l'elemento oggettivo del reato di lesioni colpose (al cui accertamento il giudice civile sia chiamato "incidenter tantum", onde statuire sulla risarcibilità del danno morale), allorquando tali esiti non siano riferibili ad interventi in cui le possibilità di simili conseguenze dannose erano già state preventivamente ed esaurientemente rappresentate al paziente dall'operatore^Q.

È di tutta evidenza che particolarmente delicato si fa il problema dell'effettiva acquisizione del consenso informato, con peculiare riferimento alla categoria di interventi di cui alla lettera c) e con precipuo riguardo alla opportunità di chiarire l'effettivo rapporto tra costi e benefici in concreto, nonché la possibilità che l'intervento possa non consentire di conseguire l'effetto sperato; perché se salute è anche l'opinione di sé stessi, sulla scorta dell'aspetto fisico, non deve sottacersi l'effetto deleterio che può seguire alla "delusione" che determina il mancato ottenimento del risultato auspicato; sarà, quindi, cura particolare del chirurgo estetico conseguire tale aspetto del consenso informato e documentarlo opportunamente.

LO STATO DI NECESSITÀ

Lo stato di necessità è disciplinato dall'art. 54 del codice penale, il quale testualmente dispone, al comma 1: "... non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un grave danno alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo...".

Si tratta di una disposizione generale sulla scorta della quale, in una particolare situazione di fatto, il

^P Cassazione, sez. II civile, sentenza 8 agosto 1985, n. 4349.

^Q Cassazione Civile, sez. III, 6 ottobre 1997, n. 9705 Musumeci c. Finocchiaro, in senso conforme anche Cassazione sez. III, sentenza 8 aprile 1997 n. 3046.

comportamento di un soggetto, sebbene lesivo di un bene giuridico penalmente tutelato di altro soggetto, a determinate condizioni non costituisce reato; affonda le radici, dal punto di vista logico-giuridico, nel principio della comparazione fra beni e del bilanciamento degli interessi contrapposti (si pensi - ad esempio - al naufrago che spinge in acqua il suo compagno di sventura che cerca di appendersi alla stessa tavola, che non può sorreggere più di una persona, o all'alpinista che recide la corda che lo lega al compagno, che si trova più in basso, in equilibrio instabile e prossimo alla caduta, per evitare di precipitare assieme a lui); ha trovato applicazione variegata nel capo del diritto penale essendosi stabilito, tra l'altro, che: *non è punibile per aver agito in stato di necessità, ai sensi dell'art. 54 c.p., colui che abbia commesso un tentativo di furto per procurare generi di sostentamento a se ed alla propria famiglia versando in obiettive condizioni disperate determinate dall'essere clandestinamente fuggito dai territori di guerra del proprio Paese (Fattispecie relativa ad esule dalla ex repubblica Jugoslava)^f.*

La disposizione trova congrua applicazione anche al campo del trattamento medico-chirurgico, segnatamente in tutti quei casi in cui non è possibile acquisire il consenso (o almeno un consenso valido) dell'avente diritto, il che può accadere:

- I) *perché il paziente è in stato di incoscienza dovuto a:*
- coma traumatico;
 - coma metabolico;
 - coma per lesione organica;
 - condizione farmaco-indotta, derivante, a sua volta, da:
 - trattamento terapeutico;
 - abuso volontario;
 - uso incongruo o accidentale di farmaci o sostanze stupefacenti;
 - esito di azione delittuosa nei suoi confronti;
- II) *perché il paziente, pur essendo cosciente, si trova in condizioni di non poter esprimere un valido consenso ovvero un dissenso "attendibile", a causa di:*
- delirio
 - etilismo
 - condizioni fisico-psichiche particolarmente defedate;

III) *perché vi sono ragioni di urgenza ed indifferibilità dell'intervento che non consentono:*

- di richiedere il consenso dell'avente diritto
- di attendere che il paziente valuti l'opportunità di prestare il suo consenso.

È opportuno, a tal punto, un esame analitico, nei limiti consentiti dalla presente trattazione, dei singoli elementi costitutivi della fattispecie normativa appena evocata:

- A) la *necessità* di salvare il paziente; tale presupposto va inteso come caratterizzato dalla *indilazionabilità* e dalla *cogenza*^s, essendosi esclusa la sufficienza della mera *opportunità*; deve quindi farsi riferimento a situazioni estreme, nelle quali l'intervento si palesi necessario ed urgente ed il paziente appunto si trovi in condizioni di non poter esprimere un valido consenso (anche se poi nella prassi - anche giurisprudenziale - talvolta si può tendere ad interpretare in maniera assai elastica tale principio);
- B) l'esistenza di un *pericolo attuale incombente* sul paziente; a tale riguardo si fa riferimento, nella giurisprudenza, alla imminenza cronologica del danno sottolineandosi che il pericolo deve estrinsecarsi nella estrema probabilità (e non solo nella possibilità) di un *danno grave alla persona*; si è, peraltro, affermato in giurisprudenza che: *in tema di stato di necessità l'attualità del pericolo non deve essere intesa in senso assoluto, come rapporto di assoluta immediatezza tra la situazione di pericolo e l'azione necessitata, ma sta a significare che, nel momento in cui l'agente pone in essere il fatto costituente reato, esiste, secondo una valutazione "ex ante" che tenga conto di tutte le circostanze concrete e contingenti di tempi e di luogo, del tipo di danno temuto e della sua possibile prevenzione, la ragionevole minaccia di una causa imminente e prossima del danno*^t.
- C) la *obbligatorietà* dell'utilizzo del trattamento medico-chirurgico per la salvezza del paziente (dal danno che può consistere non solo, come è ovvio, nella morte ma anche in un pregiudizio per l'integrità fisica); con particolare riferimento alla fase diagnostica strumentale (si pensi all'utilizzo di una TAC) che di per sé stessa non è suscettibile di apportare un diretto giovamento al paziente,

^f Pretura Lecce, 14 marzo 1994.

^s In tal senso Cassazione, 1985 mass. n. 171169 del Massimo Elettronico.

^t Cassazione Penale, sez. I, sentenza del 2 giugno 1988.

appare del tutto ragionevole argomentare in maniera alquanto elastica, valutando l'utilizzo di una tale apparecchiatura quale propedeutica e necessaria, alla formulazione di una diagnosi completa, e la conseguente attuazione di un efficace trattamento terapeutico "salvavita"; ne consegue che la configurabilità di una situazione di stato di necessità, quale delineata, deve logicamente ritenersi estenda la sua efficacia scriminante a tutte le attività che *lato sensu* concorrono (o almeno tendono a concorrere) all'attuazione del beneficio per la salute del paziente, che non è in grado di esprimere consenso;

- D) la *proporzione* tra l'importanza dell'intervento o del trattamento ed il pericolo imminente, dovendosi escludere quindi la legittimità del ricorso a tale circostanza in ipotesi di evidente sproporzione tra il "rischio" per l'integrità fisica del paziente e la complessità di un intervento diagnostico o terapeutico; praticare indagini invasive, in una concreta situazione di "rischio" per il paziente, quando altro genere di osservazione od esame può consentire di pervenire ad analoghi risultati, verrebbe inevitabilmente ad esporre a rischio di responsabilità il sanitario;
- E) la *mancaza di un qualsiasi concorso volontario del medico nel determinismo causale della situazione di pericolo*; tale condizione viene espressa dall'avverbio *volontariamente* contenuto nella norma e la giurisprudenza lo ha ritenuto ricomprensivo sia di un comportamento doloso che colposo^u; è di tutta evidenza che tale interpretazione riduce di molto l'operatività della scriminante venendo ad escludere tutti i casi in cui le condizioni di pericolo del paziente conseguano ad un comportamento colposo del sanitario (in casi del genere dovrebbe venire in rilievo un eventuale consenso del paziente al nuovo trattamento); peraltro la scriminante dello stato di necessità esplica la sua efficacia nei confronti del diverso sanitario che tentasse di porre rimedio alle inadempienze dell'incauto collega.

Va peraltro opportunamente segnalato che tale scriminante sia stata, ma in maniera impropria, in casi comunemente definiti di "medicina preventiva"; si era pervenuti - sia pure in tempi poco recenti - da

parte della corte di Appello di Firenze (sentenza 27 ottobre 1970) alla condanna di un sanitario che, durante un parto cesareo, senza il consenso effettivo della paziente, per salvare la stessa dal pericolo, in caso di futura gravidanza, di rottura dell'utero con rischio di morte per il feto e per la madre, aveva proceduto alla chiusura delle tube di Falloppio, essendo stato ritenuto del tutto carente il requisito dell'attualità del pericolo e quello della sua inevitabilità. La sussistenza, in concreto, dei requisiti sopra indicati è tale da legittimare, ai sensi dell'art. 54 c.p. appunto, anche l'eventuale intervento di un infermiere in pratiche sanitarie che sono proprie del medico laureato, purché però si presenti assolutamente indifferibile l'intervento e sia impossibile ricorrere in tempi idonei all'intervento di un sanitario.

Un recente pronuncia della Sezione Civile di Cassazione^v, in tema di emotrasfusione - sia pure resa in ambito civilistico - ha riaffermato, nel contesto di un più ampio di *excursus* di alto profilo etico e culturale, la rilevanza dell'ambito di efficacia della scriminante in esame; ed invero ribadendo il principio che anche il dissenso, come il consenso deve essere inequivoco e perdurante, ha affermato, rigettando la domanda di risarcimento avanzata da un testimone di Geova, cui era stata somministrata una trasfusione di sangue, da lui già rifiutata perché contraria ai propri principi etici e religiosi, che: "*è più che ragionevole chiedersi se il S., qualora avesse saputo dell'effettiva gravità della lesione e dell'attuale pericolo di vita, avrebbe senz'altro ribadito il proprio dissenso*". Ciò in virtù delle seguenti considerazioni:

1. *che anche il dissenso, come il consenso, deve essere inequivoco, attuale, effettivo e consapevole;*
2. *che l'originario dissenso era stato espresso dal S. in un momento in cui le sue condizioni di salute non facevano temere un imminente pericolo di vita, tanto che il paziente era stato trattato con terapie alternative;*
3. *che lo stesso S. aveva chiesto, qualora fosse stato ritenuto indispensabile ricorrere ad una trasfusione, di essere immediatamente trasferito presso un ospedale attrezzato per l'autotrasfusione, così manifestando, implicitamente ma chiaramente, il desiderio di essere curato e non certo di morire pur di evitare d'essere trasfuso;*

^u Cassazione, sez. IV, sentenza n. 179155 del Massimario elettronico dell'anno 1988.

^v Cassazione, sez. III civile, sentenza n. 4211 depositata il 23 febbraio 2007, Pres. Marrone.

4. *che alla luce di questi elementi e di un dissenso espresso prima dello stato d'incoscienza conseguente all'anestesia, era lecito domandarsi se sicuramente il S. non volesse essere trasfuso..., o se invece fosse altamente perplessa e dubitabile, se non certo, che tale volontà fosse riferibile solo al precedente contesto temporale, meno grave, in cui l'uomo non versava ancora in pericolo di vita.*

Ha aggiunto il suddetto giudice che, anche nell'ipotesi in cui il dissenso originariamente manifestato dal S. fosse ritenuto perdurante, comunque il comportamento adottato dai sanitari sarebbe stato scrinato ex art. 54 c.p. e che, quindi, esclusa l'illiceità di tale comportamento, doveva escludersi la sussistenza di un qualsiasi danno risarcibile.

L'INFARTO MIocardICO ACUTO

La diagnosi di infarto del miocardio rappresenta, senza dubbio, una situazione clinica connotata da requisiti di indifferibilità e cogenza che evocano una fattispecie, di regola, da stato di necessità; ovvero una delle situazioni - appena più sopra esaminate - che non impongono all'operatore sanitario di compulsare il paziente al fine di informarlo ed ottenere un consenso valido e compiuto; ciò non esclude, peraltro, che un accertamento concreto, nel caso specifico, porti a verificare che le circostanze dell'episodio avrebbero consentito comunque un'informazione preventiva al paziente, in altri termini di ricercare il consenso del medesimo; tendenzialmente tuttavia l'operato del sanitario andrebbe considerato lecito ex art. 54 del codice penale.

Un tale assunto, oltre che su di un'elementare valutazione di buon senso, affonda le radici soprattutto nella scienza medica che indica la situazione di infarto miocardico acuto (ovvero di sospetto infarto, e di cui si dirà più avanti), tra quelle che impongono un intervento quanto mai celere, tanto che la locuzione comunemente usata è quella di "riperfusion precoc", anche se poi la scelta tra le tecniche che consistono nell'applicazione di un presidio con modalità "chirurgica", come uno "stent", ovvero nell'inoculazione di un preparato trombolitico è connessa ad una serie di variabili, tra cui l'età e le altre condizioni generali del paziente, il tempo intercorso tra l'insorgenza dei sintomi e la concreta praticabilità dell'intervento e simili; ma non basta, perché vi sono anche precise indicazioni giurisprudenziali che tendono

qualificare tale situazione di paziente colpito da infarto miocardico acuto. Più volte, infatti, la Corte di Cassazione si è espressa nel senso di ritenere un rifiuto di un sanitario, di intervenire in presenza di un sospetto infarto, come suscettibile di integrare il delitto di omissione di atti di ufficio, di cui all'art. 328 c.p.; con tale norma, come noto, si stabilisce che: *il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni; orbene la Corte di Cassazione, proprio nel presupposto che la descrizione dei sintomi del paziente, in favore del quale si invocava il soccorso, si presentassero tali da suggerire una diagnosi di possibile infarto (poi risultato effettivamente tale), aveva ritenuto che fosse dovere del sanitario intervenire con la massima urgenza, tanto da qualificare il rifiuto di quest'ultimo, appunto tale da rendere lo stesso meritevole di condanna ex art. 328 sopra citato^w; tale assunto, confermato da ulteriori pronunce^x è stato poi assai di recente ulteriormente riaffermato, essendosi appunto stabilito che "... il medico di guardia è tenuto a compiere al più presto tutti gli interventi che siano richiesti dall'utente, qualora la richiesta di soccorso presenti inequivoci connotati di gravità; in caso contrario risponde del delitto di omissione di atti d'ufficio..."^y (nel caso di specie il paziente era, appunto, poi deceduto a seguito di infarto, accertato tramite esame autoptico).*

Orbene se tale è ritenuta, dalla giurisprudenza, una situazione di accertato infarto, pare del tutto logico affermare che operi appieno la scriminante di cui all'art. 54 c.p. più sopra richiamata.

LE CONSEGUENZE PENALI DELL'ILLICEITÀ DELL'ATTIVITÀ DEL SANITARIO:

L'OPERATO SENZA CONSENSO

E NON IN PRESENZA DI UNO STATO DI NECESSITÀ

La problematica delle conseguenze penali di un'azione del sanitario, sviluppatasi in assenza di una delle "situazioni legittimanti" di cui si è appena detto,

^w Cassazione, sez. VI, 30 novembre 1988, n. 11683.

^x Cassazione, sez. VI, 21 giugno 1999, Tedeschi e Cassazione, sez. VI, 7 settembre 2005, n. 33018.

^y Cassazione, sez. VI, 2 agosto 2007, n. 31670.

esplose con la sentenza nota come il c.d. “caso Massimo”, dal nome del chirurgo imputato nel processo ed in qualche modo tragicamente emblematico dell’antico broccardo latino “in nome homen”.

La Corte di Cassazione, con una sentenza^z che confermava le decisioni assunte dalla Corte di Assise di I e di II grado di Firenze (18 ottobre 1990 della Corte di Assise di primo grado e 26 giugno 1991 della Corte di Assise di Appello di Firenze), con le quali si era condannato, per il delitto di omicidio preterintenzionale un sanitario che aveva operato senza ottenere il previo consenso, un paziente, poi deceduto in conseguenza dei postumi operatori, ebbe modo di affermare che: *il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità, rispetto a quello meno cruento e comunque di lieve entità, del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta, sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte.* (Nella fattispecie la parte offesa era stata sottoposta ad intervento chirurgico di amputazione totale addominoperineale di retto, anziché a quello preventivo di asportazione transanale di un adenoma villosa benigno in completa assenza di necessità ed urgenza terapeutiche che giustificassero un tale tipo di intervento e soprattutto *senza preventivamente notificare la paziente o i suoi familiari che non erano stati interpellati in proposito né minimamente informati dell’entità e dei concreti rischi del più grave atto operatorio eseguito, sul quale non vi era stata espresa alcuna forma di consenso.*)

Tale rigidità interpretativa (la sanzione per il delitto di cui all’art. 584 c.p., rubricato appunto omicidio preterintenzionale, è - come noto - quella della reclusione da 10 a 18 anni!) peraltro di non agevole confutazione per la sua coerenza, è stata poi in qualche modo attenuata dalla successiva giurisprudenza della medesima Corte di Cassazione, sia pure attraverso un “sinusoide ermeneutico” che da un lato tradisce la complessità ed articolazione della materia e dall’altra denuncia il pericoloso “vuoto normativo” su di una materia così delicata. In realtà si è cercato di trasformare, in maniera non sempre del tutto con-

vincente la responsabilità “dolosa” scaturente dall’aver agito senza consenso ed in assenza di uno stato di necessità, in responsabilità colposa per non essersi diligentemente accertati dell’esistenza di una delle posizioni legittimanti appena accennate. Invero un primo accenno alla “rilettura” della precedente impostazione era possibile rinvenirlo nella pronuncia, peraltro in sede civilistica, nella quale si era affermato che: *deve ritenersi esente da responsabilità, perché privo di colpa, il comportamento del sanitario che abbia agito in base ad un ragionevole convincimento - sebbene poi rivelatosi fallace - e che, ritenendo erroneamente ricorrenti i presupposti dello stato di necessità e di urgenza, abbia ommesso di chiedere il consenso del paziente (nella fattispecie, sotto anestesia) al trattamento medico-chirurgico^{aa}.*

Successivamente intervenne altra pronuncia, stavolta in sede penale, nota come “caso Barese” con la quale si affermava che: *è da escludere la configurabilità dell’omicidio preterintenzionale (in luogo dell’omicidio colposo), a carico del medico chirurgo il quale, pur in assenza di oggettive ragioni di urgenza e travalicando i limiti del previo consenso prestato dal paziente, effettui un intervento chirurgico demolitorio da lui erroneamente ritenuto necessario e dalla cui maldestra esecuzione derivi la morte del paziente medesimo. Non può dirsi, infatti, in detta ipotesi, che fosse presente nell’agente, l’elemento soggettivo del delitto di lesioni volontarie, per la cui sussistenza (trattandosi di fatto commesso nell’esercizio di attività medico chirurgica), occorre che il sanitario agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell’integrità fisica o psichica del paziente^{ab}.*

A tale pronuncia aveva fatto seguito una nuova apparente “conversione” di indirizzo con un ritorno al passato, attraverso la c.d. sentenza Firenzani^{ac}, ossia la decisione nella quale, dopo un apparente esordio nel senso di ritenere l’attività medica di per sé lecita, vi è un immediato ritorno al vecchio assunto giurisprudenziale secondo il quale il chirurgo che opera senza consenso risponde del delitto di lesioni personali, e ciò anche in presenza di esito fausto dell’intervento; si era, invero, affermato che: *risponde del*

^z Cassazione Penale, sez. V, 13 maggio 1992, Massimo.

^{aa} Cassazione Civile, sez. III, 15 novembre 1999, n. 12621 Foro it. 2000, I, 3588.

^{ab} Cassazione Penale, sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, Riv Pen 2001, 806.

^{ac} Cassazione Penale, sentenza dell’11 luglio 2001, n. 1572.

reato di lesioni personali il sanitario che, in assenza di un valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, dell'esistenza del consenso. Giacché il reato di lesioni sussiste anche quando il trattamento arbitrario eseguito a scopo terapeutico abbia esito favorevole, e la condotta del chirurgo nell'intervento sia di per sé immune da ogni addebito di colpa, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale.

Un nuovo punto fermo sembrava autorevolmente posto dalla I sezione penale della Corte di Cassazione che, nell'apprezzabile tentativo di mediare tra rigore interpretativo e buon senso, giungeva da una decisione, nota come sentenza Volterrani^{ad}, con la quale, confermandosi che l'assenza di un consenso rendeva punibile a titolo di dolo l'azione del terapeuta, si è esclusa la possibilità di configurare, in caso di mancanza di consenso e di esito infausto l'ipotesi di omicidio preterintenzionale, prospettandosi la sola configurabilità della fattispecie di cui all'art. 610 c.p., ossia il delitto di violenza privata (punito con la pena della reclusione fino al massimo di quattro anni e senza minimo di legge). In realtà il rigore tecnico-giuridico della sentenza pronunciata in relazione al c.d. "caso Massimo" pare, come detto, non agevolmente superabile in tema di diritto puro e la soluzione adottata nel caso Volterrani, seppure apprezzabile sotto il profilo dell'equilibrio, appare meno convincente in punto di diritto; così come la soluzione che in qualche modo traspare dalla sentenza Firenzani - e cioè che in caso di esito infausto si profili l'ipotesi di omicidio colposo e non preterintenzionale - allorché si introduce l'elemento della colpa per non essersi accertati dell'esistenza di un valido consenso, pare altrettanto opinabile e suscettibile di pericolose estensioni, perché sovrappone una precedente condotta omissiva e/o superficiale (il non essersi accertati dell'esistenza di un valido consenso), al momento successivo dell'azione libera e consapevole del sanitario nell'intervenire su di un paziente che non è stato messo in condizioni di acconsentire liberamente e compiutamente al trattamento stesso.

A tale pronuncia ha poi fatto seguito altra sentenza, nota come caso Tumminello, con la quale si è di nuovo operata una sorta di parziale "conversione

interpretativa" al passato essendosi stabilito che non può considerarsi valido il c.d. "consenso informato", prestato dal paziente, ad un complesso intervento medico-chirurgico (nella specie, intervento di implantologia odontoiatrica), quando l'operatore non sia abilitato ad esercitare la professione medica^{ae}; anche in tale caso, tuttavia, l'imputazione elevata era quella di lesioni colpose di cui all'art. 590 c.p. e non quello di lesioni volontarie, di cui all'art. 582 (ed eventualmente 583) c.p.; ed ancora pressoché contestualmente, in campo civilistico, si è affermato che avesse diritto al risarcimento una paziente che aveva riportato danni, dopo essersi rivolta ad una clinica per un'operazione di chirurgia estetica (riduzione del seno), senza che la stessa avesse prestato un valido consenso informato^{af}.

Ulteriore pronuncia si è avuta nel 2006, con la sentenza Caneschi^{ag}, nella quale, pur confermandosi la necessità del consenso, come fonte di legittimazione della liceità dell'operato del sanitario, ma ribadendo che la violazione configurabile resta di tipo colposo; in tale pronuncia, invero, si è affermato che: *in tema di lesioni colpose, il consenso del paziente ad un trattamento medico - che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma che costituisce un presupposto per la validità e liceità dell'attività medica - perde di efficacia, ancorché consapevolmente prestato in ordine alle conseguenze lesive all'integrità personale, se queste si risolvano in una menomazione permanente che incide negativamente sul valore sociale della persona umana* (Nella specie, è stato ravvisato il reato di lesioni personali colpose in relazione ad un intervento odontoiatrico che aveva determinato nel paziente l'indebolimento permanente della funzione masticatoria).

Altra successiva pronuncia resa dalla Corte di Cassazione, in punto di consenso nell'attività sanitaria, risale al marzo dell'anno 2008^{ah}; anche in tal caso l'impostazione originaria, proposta dall'ufficio requirente (sulla scorta di una plurima denuncia che riguardava la "gestione", in un lasso di tempo pluriennale, di pazienti di un noto ospedale della capitale) era quella dolosa, ed in particolare di lesioni dolose gravissime e di omicidio preterintenzionale;

^{ad} Cassazione Penale, sez. I, sentenza 29 maggio 2002, Volterrani.

^{ae} Cassazione, Sez. VI, 24 maggio 2004, n. 606 (ud. 15 aprile 2004), Tumminello.

^{af} Sentenza n. 18853 del 20 settembre 2004.

^{ag} Cassazione, sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 11640, Caneschi.

^{ah} Cassazione, sez. IV, 16 gennaio 2008, depositata il 14 marzo 2008, n. 11355, pres. Marini.

all'esito del lungo iter processuale, "veicolato" dalla pronuncia del Giudice per le Indagini Preliminari (GIP) che aveva ritenuto di escludere il dolo, ma ritenendo configurabile la colpa, in assenza di un documentato consenso, la Corte di legittimità si è espressa ribadendo quanto segue, così statuendo che: *la prestazione di un trattamento chirurgico senza il consenso del paziente deceduto in seguito all'operazione non integra la fattispecie dell'omicidio preterintenzionale, atteso che per la configurabilità di quest'ultimo è necessario il dolo diretto intenzionale - e non meramente eventuale od indiretto - delle lesioni o delle percosse cui consegue l'evento morte. Le finalità curative che comunque muovono il sanitario, anche quando questi agisca senza il consenso del paziente, risultano, invece, concettualmente incompatibili con un dolo di questo genere, non potendosi sostenere che egli operi con la consapevole intenzione di porre in essere "atti diretti a" commettere il reato di lesioni. Pertanto, qualora la morte del paziente sia comunque addebitabile alle errate scelte terapeutiche del medico, questi risponderà del meno grave delitto di omicidio colposo^{ai}.*

Pur apprezzandosi lo sforzo interpretativo della Corte, orientato soprattutto ad evitare conseguenze "devastanti" per la vita del sanitario, appare difficilmente conciliabile la soluzione adottata con quanto riportato nella medesima motivazione, laddove si afferma (riprendendo in qualche modo l'iter argomentativo della sentenza Firenzani) che: *la prestazione da parte del paziente del consenso al trattamento costituisce un vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico, cui non è attribuibile un generico ed incondizionato diritto di curare, atteso che l'ordinamento riconosce allo stesso paziente, non solo la*

facoltà di scegliere tra diverse soluzioni terapeutiche, ma altresì quella di eventualmente rifiutare qualsiasi terapia o di interromperla in qualunque momento.

La problematica sembrava avere trovato un punto di approdo, pressoché definitivo, nella decisione della Corte di Cassazione adottata a Sezioni Unite con la sentenza n. 2437 del 18 dicembre 2008 - depositata il 21 gennaio 2009. Invero la pronuncia - nel riproporre, nella sostanza, alcuni dei principi generali espressi nelle teorie, avanti esaminate, in tema di azione socialmente adeguata e di esercizio del diritto - aveva introdotto il concetto di "scriminante di natura costituzionale", con riferimento all'attività sanitaria; nell'articolata motivazione sono contenute espressioni che "ricalibrano" la teoria del consenso, quale dinanzi esposta, essendosi affermato che: ... *in tale quadro di riferimento, dunque, sarebbe davvero eccentrico continuare a rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p., la base di semplice "non anti-giuridicità" della condotta del medico; ed ancora che: ... se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di "scriminante costituzionale", tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (è il caso, come è noto, degli interventi a carattere sperimentale puro o scientifico, e degli interventi che si risolvano in un trattamento di pura estetica). Come, quindi, l'attività del giudice che adotti, secondo legge, una misura cautelare personale non potrà integrare il delitto di sequestro di persona, e ciò non perché la sua condotta è "scriminata" "semplicemente" dall'art. 51 c.p., ma in quanto direttamente "coperta" dall'art. 13 della Costituzione, allo stesso modo può dirsi "garantita" dalla stessa Carta l'attività sanitaria, sempre che ne siano rispettate le regole ed i presupposti; ed infine che: ferma restando, dunque, la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili "contro" la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell'altrui volere, l'ipotesi controversa, sulla quale occorre soffermarsi, riguarda invece il caso in cui, anche se "in assenza" di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, il risul-*

^{ai} Anche nella sentenza appena riportata si rinviene l'espressione, con riferimento al consenso, secondo cui il requisito in questione non si identifica in quello di cui all'art. 50 c.p., già contenuta nelle sentenze sopra richiamate Caneschi e ancor prima Firenzani, secondo cui si tratterebbe di un "presupposto di liceità" del trattamento medico-chirurgico; non se ne comprende in maniera adeguata la portata dovendosi evidentemente fare riferimento ad un elemento nuovo, una sorta di "causa di giustificazione non codificata" che, come tale, non renderebbe invocabile il patrimonio ermeneutica consolidato con riferimento alla norme di cui all'art. 50 c.p., risultandone non agevolmente definibile nei suoi limiti e contorni; si rinvia sul punto alla efficace, anche se al riguardo "circospetta", nota alla sentenza Firenzani reperibile su *Juris data*, Giuffrè, ad opera del consigliere Iadecola, probabilmente il più qualificato esperto della problematica del consenso nella materia del trattamento sanitario.

tato dello stesso abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente.

A tale riguardo la sentenza ha precisato che - anche mancando il consenso del paziente - se l'intervento del sanitario ha avuto modo di determinare un miglioramento complessivo della salute del paziente, non sussiste il delitto di lesioni (per il quale si procedeva nel caso specifico); la pronuncia ha, infatti, chiarito che lesione dolosa penalmente rilevante, tale da integrare la fattispecie di cui all'art. 582 c.p., non può essere integrata dal semplice "taglio del bisturi", posto che il delitto di lesioni personali, richiede l'insorgere di un malattia che, per definizione, il miglioramento della salute del paziente esclude in radice.

Tale pronuncia, certamente "tranquillizzante" per la classe medica, lascia, comunque, aperti due problemi:

- come si riesce - sia pure in alcuni casi "limite" (si pensi alla chirurgia "estetico-ricostruttiva") - ad essere certi del "miglioramento" della salute del paziente se, come si è avuto modo di osservare, il concetto di salute è non più determinabile in maniera oggettiva, per così dire "dall'esterno", ma deve essere calibrato in modo più "soggettivo", con riguardo - cioè - allo stato di benessere percepito dal paziente medesimo?
- quali conseguenze, per il sanitario, allorché l'intervento senza consenso, o con acquisizione di consenso invalido (perché non adeguatamente informato, ad esempio), non determini un soggettivo ed oggettivo miglioramento della salute del paziente stesso?

A tale ultimo quesito risponde ulteriore pronuncia della Corte di Cassazione, in tema di consenso e legittimazione all'attività sanitaria, e che rappresenta una sorta di "ritorno al passato", ossia di riproposizione delle prime e più "rigide" pronunce; si è, infatti, affermato che: *integra il reato di lesione personale dolosa la condotta del medico che sottoponga, con esito infausto, il paziente ad un trattamento chirurgico, al quale costui abbia espresso il proprio dissenso. (Fattispecie di intervento di chirurgia correttiva della vista con esito infausto, per il quale il consenso del paziente era stato carpito, prospettandogli una metodologia esecutiva non invasiva)*^{aj}.

Ancora successivamente la Corte di Cassazione

ha avuto modo di pronunciarsi, in maniera rilevante, sulla problematica in questione, con riferimento a gravi episodi afferenti un noto istituto sanitario lombardo, essendosi accertato che numerosi interventi chirurgici erano stati effettuati, senza consenso ed in assenza di qualsivoglia necessità terapeutica, al solo scopo di procurare un profitto consistente all'operatore ed alla sua équipe; la pronuncia della Corte (Cassazione Penale, sezione V, sentenza del 6 settembre 2011 n. 33136) ha modificato radicalmente le valutazioni a suo tempo assunte del giudice di appello, rimettendo la questione ad altro giudice di primo grado imponendo che lo stesso si uniformasse - tra l'altro - alle valutazioni che si riportano (e che si ricollegano ad alcune argomentazioni articolate nella sentenza delle Sezioni Unite del 2008 di cui si è già fatto cenno): ... *le Sezioni Unite hanno ritenuto, per quanto sopra, che si deve considerare esclusa dall'area di responsabilità, nei vari settori dell'ordinamento, la mera esecuzione dell'atto operatorio in sé e con le "lesioni" che esso "naturalisticamente" comporta, ma che la responsabilità, nelle sue diverse forme, vada collegata, sia a situazioni di interventi eseguiti contro la volontà del paziente, sia in condizioni in cui l'azione del medico non sia volta al proprio specifico fine terapeutico e comunque non realizzi un beneficio per la salute complessiva del paziente, il vero bene da preservare, la cui tutela, per il relativo risalto costituzionale, fornisce copertura costituzionale alla legittimazione dell'atto medico.*

Il giudice di rinvio si è così assai di recente pronunciato (Corte di Assise di Milano, sezione prima, Presidente Maria Luisa Dameno, depositata il 31 maggio 2012) riprendendo appieno il ragionamento proposto dalla Corte di Cassazione del 2011; ne consegue che pare del tutto condivisibile la sintesi che di recente ne ha operato un qualificato giurista, conseguendone che quanto più avanti si riporta va considerato, come si usa dire, lo "stato dell'arte" in tema di problematiche di penale rilievo di un trattamento sanitario effettuato in assenza di un valido consenso informato:

- (i) in *situazioni normali*, quale è quella affrontata dalle Sezioni Unite in 'Giulini', in cui il medico agisce sì in assenza di un valido consenso del paziente, ma *pur sempre per finalità terapeutiche*, il medico non agisce col dolo diretto delle lesioni personali perché, da un lato, l'esito *fausto* del trattamento, quali che siano le conseguenze che in concreto comporta sull'organismo del

^{aj} Sez. IV, sentenza n. 21799 del 20 aprile 2010 Ud., depositata l'8 giugno 2010, Rv. 247341.

paziente, non è nemmeno qualificabile come ‘malattia’ ai sensi della norma che incrimina le lesioni personali; mentre, dall’altro lato, nei casi di esito *infausto*, dove effettivamente si ha una ‘malattia’ ai sensi dell’art. 582 c.p., al più potrebbe esservi stata *accettazione del rischio* (dunque dolo eventuale, non dolo diretto) di causare, con il trattamento, una malattia. Pertanto la morte del paziente come conseguenza del trattamento non potrebbe fondare una responsabilità per omicidio preterintenzionale richiedendo la norma di cui all’art. 584 c.p. che il fatto base di lesioni personali sia commesso perlomeno con dolo diretto;

- (ii) il caso di specie, però, è affatto peculiare, perché il medico non solo ha agito senza il consenso del paziente - caratteristica comune anche al caso ‘Giulini’ -, ma soprattutto ha agito *senza perseguire alcuna finalità terapeutica*, avendo eseguito trattamenti inutili al solo scopo di ottenere maggiori compensi, *sicché i principi statuiti dalle Sezioni Unite in ‘Giulini’ non sono applicabili in questa sede*;
- (iii) in particolare, in questo caso, *“non è possibile limitarsi a porre l’attenzione sulle condizioni dei pazienti dopo l’intervento, perché così facendo si arriverebbe al paradosso per cui nessuna responsabilità potrebbe ravvisarsi in capo ad un chirurgo che abbia effettuato una operazione perfettamente riuscita, ma assolutamente inutile, su un paziente sano, che tale sia rimasto anche dopo il decorso post-operatorio”*: ciò significa - se abbiamo ben inteso il pensiero della Corte - che *quando il medico opera senza perseguire alcuna finalità curativa, tutte le conseguenze di un trattamento chirurgico, anche se con esito fausto, integrano la nozione di ‘malattia’ rilevante ai sensi dell’art. 582 c.p. e sono coperte dal dolo diretto del medico*, avendo egli agito con piena rappresentazione (e volontà) delle conseguenze ‘normali’ che un trattamento chirurgico, per quanto ben praticato e ben riuscito, inevitabilmente provoca;
- (iv) ecco allora che se in conseguenza di un trattamento chirurgico, anche se ben riuscito, praticato non solo in assenza del consenso informato del paziente ma altresì *in assenza di alcuna finalità terapeutica*, e come tale in sé costitutivo del delitto di lesioni personali dolose (con dolo diretto), deriva la morte del paziente, tutti gli

estremi dell’omicidio preterintenzionale risultano integrati;

- (v) la conclusione, nel caso di specie, non muterebbe nemmeno se si accedesse a una *interpretazione costituzionalmente orientata della norma sull’omicidio preterintenzionale, richiedendosi almeno la colpa rispetto all’estremo della causazione dell’evento letale*, dal momento che *nel caso concreto era emerso altresì un profilo di negligenza-imperizia a carico del medico* (il paziente deceduto era stato negligenzemente dimesso con un infarto miocardico in atto, conseguenza prevedibile di un trattamento cardiocirurgico qual era quello praticato).

Si tratta, peraltro, di un’affermazione di principio importante, e per nulla scontata, ai fini della definizione della *nozione di malattia*: *anche un trattamento dall’esito clinicamente ‘fausto’ può provocare una ‘malattia’ nel paziente*, nel caso in cui l’intervento non solo non sia ‘coperto’ dal consenso del paziente, ma sia effettuato per finalità non terapeutiche (Valsecchi, caso Humatitas su Diritto Penale Contemporaneo, luglio 2012).

Orbene tali valutazioni lasciano emergere, in sostanza, che il distinguo tra la punibilità a titolo di dolo, quindi per i delitti di lesioni gravi o di omicidio preterintenzionale ovvero a titolo di colpa per i delitti di lesioni o di omicidio colposo, assai meno gravemente sanzionati, sarebbe da ricondurre all’accertamento dell’esistenza o meno di una *finalità terapeutica*; di conseguenza pare legittimo richiamare la necessità di una particolare cautela, da parte del chirurgo plastico/estetico, in considerazione della circostanza che lo stesso può - non di rado - praticare interventi chirurgici che non hanno un’immediata e rilevante necessità terapeutica in senso stretto (pur volendo accedere al più “elastico” concetto di malattia come disagio anche solo psichico); ne deriva, quindi, la necessità di far sempre precedere il proprio operare da un’informazione quanto mai articolata ed esaustiva (come già più sopra segnalato) e quindi da un consenso che sia compiutamente definibile “informato”.

Sta di fatto che, allo stato dell’arte, un sanitario che si avventurasse in un intervento di qualsivoglia genere, senza avere ottenuto un valido consenso informato, ovvero senza trovarsi in una situazione di urgente necessità, rischia di vedersi processato condannato per un grave delitto doloso, di lesioni o di omicidio preterintenzionale (con la sola “speranza” di

una condivisione, da parte dell'organo giudicante, del percorso interpretativo già fatto proprio da alcune della pronunce sopra ricordate e che portasse ad un'ipotesi di lesioni o di omicidio colposo).

Né può sottacersi che una fattispecie di reato quale quella di cui all'art. 586 c.p., oltre che comminare una pena assai grave - da 10 a 18 anni di reclusione - rientra, al pari ad esempio un'ipotesi di grave mutilazione, sanzionabile ex art. 583 c.p., tra i delitti che la normativa in tema di mandato di cattura europeo pone tra quelle per le quali la procedura di "consegna" (*rectius* estradizione secondo la vecchia terminologia) è più agevole perché prescinde dal requisito della c.d. "doppia incriminabilità", ossia la circostanza che il fatto sia considerato reato in entrambi i Paesi; invero nella normativa in questione che è entrata a far parte del patrimonio legislativo nazionale con Legge 22 aprile 2005, n. 69 si dispone quanto segue:

(CONSEGNA OBBLIGATORIA)

1. *Si fa luogo alla consegna in base al mandato d'arresto europeo, indipendentemente dalla doppia incriminazione, per i fatti seguenti, sempre che, escluse le eventuali aggravanti, il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà personale sia pari o superiore a tre anni:*
 - a) partecipare ad una associazione di tre o più persone finalizzata alla commissione di più delitti;
 - b) compiere atti di minaccia contro la pubblica incolumità ovvero di violenza su persone o cose a danno di uno Stato, di una istituzione od organismo internazionale, al fine di sovvertire l'ordine costituzionale di uno Stato ovvero distruggere o indebolire le strutture politiche, economiche o sociali nazionali o sovranazionali;
 - c) costringere o indurre una o più persone, mediante violenza, minaccia, inganno o abuso di autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio di uno Stato, o a trasferirsi all'interno dello stesso, al fine di sottoporla a schiavitù o al lavoro forzato o all'accattonaggio o allo sfruttamento di prestazioni sessuali;
 - d) indurre alla prostituzione ovvero compiere atti diretti al favoreggiamento o allo sfruttamento sessuale di un bambino; compiere atti diretti allo sfruttamento di una persona di età

- infantile al fine di produrre, con qualsiasi mezzo, materiale pornografico; fare commercio, distribuire, divulgare o pubblicizzare materiale pornografico in cui è riprodotto un minore;
- e) vendere, offrire, cedere, distribuire, commerciare, acquistare, trasportare, esportare, importare o procurare ad altri sostanze che, secondo le legislazioni vigenti nei Paesi europei, sono considerate stupefacenti o psicotrope;
- f) commerciare, acquistare, trasportare, esportare o importare armi, munizioni ed esplosivi in violazione della legislazione vigente;
- g) ricevere, accettare la promessa, dare o promettere denaro o altra utilità in relazione al compimento o al mancato compimento di un atto inerente ad un pubblico ufficio;
- h) compiere qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi ovvero la diminuzione illegittima di risorse iscritte nel bilancio di uno Stato o nel bilancio generale delle Comunità europee o nei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse; compiere qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi; compiere le medesime azioni od omissioni a danno di un privato, di una persona giuridica o di un ente pubblico;
- i) sostituire o trasferire denaro, beni o altre utilità provenienti da reato, ovvero compiere in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza illecita;
- l) contraffare monete nazionali o straniere, aventi corso legale nello Stato o fuori di esso o alterarle in qualsiasi modo dando l'apparenza di un valore superiore;
- m) commettere, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, un fatto diretto a introdursi o a mantenersi abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero danneggiare o distruggere sistemi informatici o telematici, dati, informazio-

- ni o programmi in essi contenuti o a essi pertinenti;
- n) mettere in pericolo l'ambiente mediante lo scarico non autorizzato di idrocarburi, oli usati o fanghi derivanti dalla depurazione delle acque, l'emissione di sostanze pericolose nell'atmosfera, sul suolo o in acqua, il trattamento, il trasporto, il deposito, l'eliminazione di rifiuti pericolosi, lo scarico di rifiuti nel suolo o nelle acque e la gestione abusiva di una discarica; possedere, catturare e commerciare specie animali e vegetali protette;
- o) compiere, al fine di trarne profitto, atti diretti a procurare l'ingresso illegale nel territorio di uno Stato di una persona che non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente;
- p) *cagionare volontariamente la morte di un uomo o lesioni personali della medesima gravità di quelle previste dall'articolo 583 del codice penale;*
- q) procurare illecitamente e per scopo di lucro un organo o un tessuto umano ovvero farne comunque commercio;
- r) privare una persona della libertà personale o tenerla in proprio potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica o una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione;
- s) incitare pubblicamente alla violenza, come manifestazione di odio razziale nei confronti di un gruppo di persone, o di un membro di un tale gruppo, a causa del colore della pelle, della razza, della religione professata, ovvero dell'origine nazionale o etnica; esaltare, per razzismo o xenofobia, i crimini contro l'umanità;
- t) impossessarsi della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, facendo uso delle armi o a seguito dell'attività di un gruppo organizzato;
- u) operare traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti di antiquariato e le opere d'arte;
- v) indurre taluno in errore, con artifici o raggi-
ri, procurando a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno;
- z) richiedere con minacce, uso della forza o qualsiasi altra forma di intimidazione, beni o promesse o la firma di qualsiasi documento che contenga o determini un obbligo, un'alienazione o una quietanza;
- aa) imitare o duplicare abusivamente prodotti commerciali, al fine di trarne profitto;
- bb) falsificare atti amministrativi e operare traffico di documenti falsi;
- cc) falsificare mezzi di pagamento;
- dd) operare traffico illecito di sostanze ormonali e di altri fattori della crescita;
- ee) operare traffico illecito di materie nucleari e radioattive;
- ff) acquistare, ricevere od occultare veicoli rubati, o comunque collaborare nel farli acquistare, ricevere od occultare, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto;
- gg) costringere taluno a compiere o subire atti sessuali con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità;
- hh) cagionare un incendio dal quale deriva pericolo per l'incolumità pubblica;
- ii) commettere reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale;
- ll) impossessarsi di una nave o di un aereo;
- mm) provocare illegalmente e intenzionalmente danni ingenti a strutture statali, altre strutture pubbliche, sistemi di trasporto pubblico o altre infrastrutture, che comportano o possono comportare una notevole perdita economica.
2. L'autorità giudiziaria italiana accerta quale sia la definizione dei reati per i quali è richiesta la consegna, secondo la legge dello Stato membro di emissione, e se la stessa corrisponda alle fattispecie di cui al comma 1.
3. Se il fatto non è previsto come reato dalla legge italiana, non si dà luogo alla consegna del cittadino italiano se risulta che lo stesso non era a conoscenza, senza propria colpa, della norma penale dello Stato membro di emissione in base alla quale è stato emesso il mandato d'arresto europeo.
- Una tale eventualità rappresenta un casistica suscettibile di aumentare, nella constatata esistenza di uno sviluppo sempre più elevato di tecnologie di intervento "robotizzate" e a distanza, con paziente che si trova in uno Stato ed il chirurgo che opera tro-

vandosi in un altro Paese, manovrando delicate strumentazioni in contatto telematico con il tavolo operatorio stesso.

LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE “PUTATIVE”

Un breve accenno merita, in tale sede, perché pertinente in una situazione quale quella in cui viene ad operare un sanitario che si trovi, ad esempio, dinanzi ad una diagnosi di probabile infarto, la problematica delle cause di *giustificazione* (quali sono il consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità, appunto) c.d. “putative”; si definiscono “putative” le cause di giustificazione ritenute esistenti dal soggetto che agisce, opinando di trovarsi in presenza di una di dette situazioni; orbene l'erronea opinione del soggetto, viene valorizzata dall'ordinamento con il disposto dell'art. 59 comma 4 del codice penale, il quale stabilisce che: “... se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo...”; a tale riguardo, tuttavia, la giurisprudenza ha chiarito che: *l'erronea opinione della sussistenza della situazione di necessità non deve basarsi su un criterio meramente soggettivo, riferito cioè al solo stato d'animo dell'agente, bensì su dati di fatto concreti che, se pur non idonei a realizzare quelle condizioni di fatto che farebbero scattare l'esimente, siano tali da giustificare l'erroneo convincimento di trovarsi in una situazione di pericolo*^{ak}.

In altri termini, il soggetto che agisce (ad esempio, l'infermiere che valuti la necessità di attuare un trattamento riservato al medico, ritenendo di trovarsi in presenza di un caso di stato di necessità, *sarà giustificato* (oltre che ovviamente se ricorra un caso di stato di necessità vero e proprio) *anche se abbia in buona fede ritenuto di trovarsi in presenza di una situazione di stato di necessità quale delineata dall'art. 54 del codice penale purché - tuttavia - la convinzione sia derivata da oggettivi dati di fatto, sia pure erroneamente valutati, e non da pura e semplice soggettiva opinione.*

Così in tema di consenso si è affermato che: *l'esimente putativa (nella specie consenso dell'avente*

diritto) può trovare applicazione solo quando sussista un'obiettiva situazione - non creata dallo stesso soggetto attivo del reato - che possa ragionevolmente indurre in errore tale soggetto sull'esistenza delle condizioni fattuali corrispondenti alla configurazione della scriminante^{al}.

È appena il caso di evidenziare come il consenso erroneamente presupposto, o “putativo”, sia cosa ben diversa dal consenso c.d. “presunto”; il primo, infatti, consiste nell'erronea opinione, in cui versa l'agente, riguardo alla prestazione del consenso da parte del titolare (e rileva, appunto, ex art. 59 c.p. appena richiamato), ossia l'operatore ritiene, per errore appunto, che il consenso sia stato validamente prestato, mentre il presunto concreta un consenso che, chi agisce, *sa* non esservi, ma che ritiene l'avente diritto avrebbe prestato se avesse potuto conoscere la situazione concreta e fosse stato all'uopo interpellato [caso classico è quello della violazione di domicilio del vicino di casa che, in assenza del legittimo proprietario, sfonda la porta e chiude i rubinetti dell'acqua, avendo constatato una rottura di tubature, per scongiurare l'allagamento; egli *sa* che il consenso non esiste, perché manca addirittura chi dovrebbe prestarlo, ma *presume* che, se fosse stato in grado di prestarlo, anche solo telefonicamente, il vicino di casa avrebbe acconsentito all'ingresso nella propria abitazione]; si è discusso, in dottrina, circa la possibilità di valorizzare tale situazione come rilevante sotto il profilo dell'elisione dell'antigiuridicità mentre la giurisprudenza si è espressa nel senso di ritenerlo plausibile solo quando l'agente agisce nell'interesse del titolare del diritto^{am}. In effetti la sentenza della Corte di Cassazione in tema di trasfusione “coattiva” sopra richiamata a proposito dello stato di necessità, al di là del lessico adoperato, pare in qualche modo richiamare anche tale problematica.

È probabilmente una elastica valorizzazione delle cause di giustificazione erroneamente presupposte che potrebbe, senza eccessiva forzature, legittimare la via all'applicazione, in chiave colposa, dei trat-

^{al} Cassazione, sez. III, sentenza 7186 del 24 maggio 1990, n. 7186, Rv. 184366.

^{am} Cfr. sul punto Codice Penale, nella collana Le Fonti del Diritto Italiano, a cura di Tullio Padovani, Giuffrè, IV edizione, pag. 396, ove si fa riferimento - tra l'altro - all'esempio del vicino di casa che consuma una violazione di domicilio, per scongiurare il danneggiamento ulteriore dell'abitazione - ove è assente il titolare - ed è colpita da una perdita delle tubature dell'acqua.

^{ak} Cassazione Penale, sez. V, sentenza del 19 maggio 1989, n. 14771, Rv. 182420.

tamenti sanitari operati in assenza dei requisiti cui si è più sopra fatto cenno (si tratta, invero, della strada percorsa da alcune delle pronunce sopra richiamate - *vedasi note af e ag*), ben tenendo presente, tuttavia, i limiti dell'applicabilità delle scriminanti c.d. putative; del resto stando a tale impostazione, qualora il sanitario che abbia agito senza consenso (così da rispondere a titolo colposo) ponga in essere, inoltre, un intervento di per sé negligenze o imprudente o imperito, potrebbe addirittura trovarsi, di fatto, ad essere immune da censura sotto tale profilo perché già sanzionabile ex art. 590 o 589 c.p., per avere agito senza consenso o al di fuori di uno stato di necessità. La soluzione più equilibrata potrebbe allora configurarsi nella "creazione" da parte del legislatore di una nuova fattispecie incriminatrice, di trattamento sanitario "arbitrario", autonomamente sanzionabile a prescindere dalla correttezza o meno dell'intervento stesso.

Sicuramente il sanitario che opera nel campo dell'emergenza avrà, ragionevolmente, maggiori possibilità di vedersi riconosciuta la sussistenza di una scriminante erroneamente supposta.

È appena il caso di evidenziare che, nel testo del progetto di legge ed in particolare nella parte denominata *Principi di delega al Governo per l'emanazione del nuovo Codice Penale* finalizzato al varo del nuovo codice penale è contenuto nell'art. 16, denominato "cause soggettive di esclusione delle responsabilità", il seguente concetto - *di cui alla lettera d)* - che pare attagliarsi compiutamente a molte delle situazioni esaminate, e dinanzi alle quali potrebbe trovarsi un sanitario.

Prevedere come cause soggettive di esclusione della responsabilità:

- a) l'esecuzione di un ordine illegittimo vincolante, nel caso di esecuzione di un ordine non sindacabile della pubblica autorità, sempre che non si tratti di ordine manifestamente criminoso o la cui criminalità sia comunque nota all'esecutore;
- b) la necessità cogente, nell'ipotesi in cui il soggetto abbia commesso il fatto per salvare sé od altra persona a lui legata da speciali vincoli affettivi, dal pericolo attuale, non altrimenti evitabile né volontariamente causato, di morte o di danno grave all'integrità fisica o alla libertà personale o sessuale, purché l'interesse salvato presenti una sostanziale equivalenza rispetto a quello offeso, stabilendo che non si escluda la responsabilità di chi agisca per salvare se stesso, avendo un particolare dovere di esporsi al pericolo;
- c) l'eccesso dai limiti della legittima difesa per grave turbamento psichico, timore o panico, in situazioni oggettive di rilevante pericolo per la vita, per l'integrità fisica, per la libertà personale o per la libertà sessuale di un soggetto aggredito in luoghi isolati o chiusi o comunque di minorata difesa;
- d) *l'affidamento nel consenso altrui, in ragione della verosimile utilità obiettiva del fatto commesso per il titolare dell'interesse, sempre che questi non abbia manifestato il suo dissenso;*
- e) l'ordine del privato nell'ipotesi in cui il soggetto esegua un ordine impartito nell'ambito di un rapporto di lavoro di diritto privato, in caso di tenuità del fatto e delle sue conseguenze.

La **SICPRE** ringrazia i colleghi e soci Bruno Azzena, Alessandro Casadei, Daniele Fasano, Eugenio Fraccalanza, Pier Camillo Parodi, Mauro Schiavon e Luca Siliprandi del Gruppo Triveneto-Emiliano Romagnolo di Chirurgia Plastica (**GTVER**), autori del libro "Il consenso informato consapevole in Chirurgia Plastica Estetica" (ISBN 978-88-8041-059-1), edito dalla casa editrice new MAGAZINE, da cui è tratto questo prospetto informativo.