

Consenso informato a metà

L'assenza dell'atto non basta a determinare la condanna del medico

Giovanni Negri

Il medico non va condannato in maniera automatica per lesioni volontarie per l'intervento effettuato in assenza del consenso della paziente. È questo l' ammonimento che arriva dalla corte di Cassazione con la sentenza n. 40252, della Quinta sezione penale, depositata il 28 ottobre. La pronuncia ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte d'appello di Genova che aveva condannato due chirurghi per avere effettuato un intervento (laparostereotomia) nei confronti di una

LA LACUNA

Nessuna disposizione penale sanziona espressamente questa omissione del camice bianco

donna senza il suo consenso informato. In conseguenza dell'operazione la donna aveva subito la perdita della capacità di procreare. Sia in primo grado sia in appello, anche se in misura diversa, i due sanitari erano stati condannati per il reato di lesioni volontarie aggravate.

Una conclusione che ha però incontrato la contrarietà della Cassazione. Che ha innanzitutto ricordato come mancano disposizioni penali che sanzionino espressamente la condotta del medico che non ha osservato l'obbligo del consenso informato, previsto da un'ampia normativa

oltre che dai codici deontologici di categoria. La legittimità dell'attività medico-chirurgica «viene ricondotta talvolta alla mancanza di tipicità (azione socialmente adeguata, talaltra a una scriminante codificata (articoli 50, 51 e 54 del Codice penale), talaltra ancora ad una causa di giustificazione non codificata».

La sentenza della Corte d'appello fa riferimento a un'interpretazione della normativa secondo la quale la mancanza del consenso informato porta a individuare il dolo intenzionale nella condotta del medico. Non avrebbe alcuna rilevanza, in questa prospettiva, la finalità terapeutica oppure la corretta esecuzione dell'intervento.

La più recente giurisprudenza, sottolinea adesso la Cassazione, ha preso però una strada diversa, sostenendo che le condotte terapeutiche, anche se lesive e prive di consenso, non sono tipiche e comunque non sono dolose. In questa direzione, l'autolegittimazione dell'attività medica, presupposto della liceità della condotta, trova un fondamento negli articoli 13 e 32 della Costituzione. Il consenso, allora, non è richiesto per i trattamenti obbligatori per legge e quando il paziente rifiuta di prestarlo o non è in grado di farlo e l'intervento è urgente e indifferibile.

Sempre secondo le sentenze più recenti la mancanza del consenso o la sua invalidità rende arbitrario l'intervento medico che diventa penalmente rilevante: ■ sotto il profilo della violenza pri-

vata o dello stato di incapacità procurato con violenza o, ancora, di sequestro di persona nel caso di trattamento non chirurgico; ■ di lesioni personali in caso di operazione chirurgica perché a essere compromessa, in caso di esito infausto, è l'integrità fisica del paziente.

Dal punto di vista soggettivo il reato è di natura colposa se il medico ha agito nella convinzione erronea dell'esistenza del consenso.

Difficile allora, riconosce la pronuncia, trovare un punto di equilibrio tra enfattizzazione del peso del consenso informato e una visione «paternalistica» della medicina «per la quale il coinvolgimento del malato nelle scelte terapeutiche sotto il profilo penale è inessenziale». In ogni caso, all'attività medica è attribuita una rilevanza sociale che porta comunque, ammette la Cassazione, anche a interrogarsi sui suoi limiti.

L'indicazione della Corte è quella di fare riferimento alla categoria delle scriminanti per favorire la soluzione dei casi in cui l'atto medico è afflitto da vizi del consenso. In primo piano possono così emergere fattispecie come l'erronea supposizione della causa di giustificazione e l'eccesso colposo della causa stessa. È su questo punto che la sentenza di Genova mostra la corda, perché non ha esplorato la possibilità di applicare gli istituti della colpa impropria che avrebbe condotto a riconsiderare la posizione dei medici.

Le scusanti

■ **Cassazione penale, sentenza n. 40252 del 28 ottobre 2008**

In tal modo, si riversa sul piano del fatto tipico una serie di temi e problemi, che rischiano di smarrire la loro specificità. Facendo ricorso alle scriminanti, invece, si agevola la soluzione dei casi in cui l'atto medico è affetto da vizi del consenso, utilizzando le categorie dell'erronea supposizione della causa di giustificazione (articolo

59, comma 4, Codice penale) e dell'eccesso colposo nella causa stessa (articolo 55, Codice penale). D'altro canto, essendo pacificamente riconosciuta l'utilità sociale dell'attività medica, è innegabile l'esistenza del problema dei limiti e delle regole entro le quali l'attività stessa deve svolgersi.

