

Preoccupanti **svolte** giurisprudenziali in tema di **consenso informato**

S eppur nella consapevolezza di aver già ampiamente disquisito in materia di consenso informato, le pronunce della Suprema Corte che di seguito andrò a ripercorrere destano vive preoccupazioni per quanto concerne la responsabilità civile e, purtroppo, anche penale del medico.

Partendo da quest'ultimo profilo, mi preme segnalare che con **ordinanza n. 5076 del 9 febbraio 2010 la Corte di Cassazione Penale - Sezione IV ha sollecitato le Sezioni Unite a rivisitare quell'orientamento garantista che preservava il medico da imputazioni di reati dolosi in caso di intervento con esiti peggiorativi non preceduto dall'acquisizione del consenso informato.**

Nel caso di specie la Corte è stata chiamata a valutare la correttezza dell'imputazione del reato di lesioni colpose ascritta ad un sanitario, che senza acquisire il consenso informato del paziente aveva effettuato un intervento da cui era derivato l'indebolimento permanente della vista.

Più precisamente, il Procuratore Generale ricorrente lamentava che nella sentenza impugnata il competente Tribunale aveva aderito a quella giurisprudenza, confermata dalle Sezioni Unite della Corte, secondo la quale il fine terapeutico esclude il dolo di lesioni personali, salvo casi eccezionali.

Sposando la tesi dell'accusa e, quindi, approcciandosi al reato di lesioni personali dolose (articolo 582 codice penale) in termini oltremodo penalizzanti per gli esercenti la professione sanitaria, la Corte ha lapidaria-

mente statuito che *"la norma di cui all'art. 582 c.p. mira a tutelare l'incolumità individuale, sicuramente già compromessa con l'intervento terapeutico non assentito, non certo la "salute complessiva del paziente": tale aspetto, semmai, afferisce alla valutazione del "rapporto finale costi-benefici del trattamento medico ed attiene ad un altro campo, quello dell'equilibrio psico-fisico dell'uomo", e non può non costituire, in ogni caso, oggetto di valutazione esclusiva del titolare del relativo diritto, non certo del "monologante" sanitario, in un inaccettabile revival del cd. paternalismo medico da decenni del tutto espunto in materia"*.

Richiamando, poi, la nozione penalistica di malattia, che nel caso che qui ci occupa si pone quale elemento costitutivo del reato di lesioni, i Giudici di legittimità si sono così espressi: *"Non può dubitarsi che la menomazione funzionale dell'organismo cagionata dall'intervento medico non assentito - che, giova ricordare, può anche essere "localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali" (ma nella fattispecie che occupa si è contestativamente trattato di "indebolimento permanente del senso della vista"), come riportano le stesse Sezioni Unite - concretizza, di per sé, un evento lesivo"*.

Pertanto, accertata la mancanza di consenso e l'alterazione funzionale dell'organismo, la IV Sezione del Supremo Collegio ha ritenuto irrilevante lo scopo terapeutico che ha improntato l'agire del medico: *"la circostanza che tale malattia sia stata determinata, senza alcun consenso dell'avente diritto, al fine di guarirne un'altra, "a fini terapeutici"*, non incide affatto sugli elementi costitutivi del reato, se la malattia-mezzo si è realizzata ed è stata volontariamente

determinata". Seguendo l'impostazione dei Giudici di legittimità, nel momento in cui procede alle manovre operatorie il medico non può non essere consapevole di invadere la sfera dell'incolumità individuale del paziente.

Pertanto, qualora non ricorra a monte un consenso informato sull'atto terapeutico dal quale è derivata una malattia anche solo transitoria, la condotta del sanitario dovrebbe configurarsi come dolosa a prescindere dal fatto che il di lui operato sia ascrivibile all'esclusiva finalità di tutelare la salute complessiva del paziente.

In limine a tali considerazioni, accompagnate dal rilievo che nella materia in esame si è in presenza di un vuoto legislativo da colmare, la Sezione IV della Suprema Corte ha disposto la rimessione degli atti alle Sezioni Unite. Quest'ultime, quindi, verranno chiamate ad una decisione di significativa portata, posto che una conferma dell'orientamento espresso nella sentenza che precede esporrebbe i medici ad imputazioni a titolo di dolo che sembravano ormai proprie di un lontano passato giurisprudenziale.

Venendo, poi, alle conseguenze di natura civile ricollegabili all'omessa raccolta del consenso informato, merita un attento richiamo la sentenza n. 2847, depositata lo scorso 9 febbraio, dalla Corte di Cassazione Civile, Sezione III.

Prima di entrare nel dettaglio del provvedimento, occorre prendere atto che quest'ultimo, rifacendosi a due altre sentenze di recentissima emanazione (nn. 2468/2009 e 13/2010), sembra confermare l'intendimento del Supremo Collegio di dare vita ad un nuovo indirizzo giurisprudenziale. Indirizzo che, ribaltando almeno in parte il precedente, pone a carico dei sanitari ulteriori profili

di responsabilità. Ebbene, nella parte motiva della sentenza che qui ci occupa il Supremo Collegio conferisce assoluto rilievo al diritto del paziente all'autodeterminazione in ordine alla tutela per via terapeutica della propria salute.

Sulla base di questa premessa, i **Giudici di legittimità hanno individuato un'ipotesi di danno per mancata acquisizione del consenso informato a prescindere dall'esito fausto dell'intervento: "anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio"**. Contemperando le negative evenienze legate alla penalizzante conclusione di cui sopra, **la Corte ha confinato la responsabilità risarcitoria del medico al solo ambito del danno non patrimoniale.**

La sussistenza di tale tipologia di danno viene così giustificata dal Supremo Collegio: "L'informazione cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene; e che non si verifichi quanto di male potrebbe capitare, perchè inevitabile. Il paziente che sia stato messo in questa condizione - la quale integra un momento saliente della necessaria "alleanza terapeutica" col medico - accetta preventivamente l'esito sgradevole e, se questo si verifica, avrà anche una minore propensione ad incolpare il medico..... Ma se il paziente non sia stato convenientemente informato,



quella condizione di spirito è inevitabilmente destinata a realizzarsi, ingenerando manifestazioni di turbamento di intensità ovviamente correlata alla gravità delle conseguente verificatesi e non prospettate come possibili. Ed è appunto questo il danno non patrimoniale che, nella prevalenza dei casi, costituisce l'effetto del mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente”.

Ad ogni buon conto, onde evitare un'indiscriminata estensione del contenzioso sul punto, nella sentenza viene precisato che **il danno di cui si discute deve rivestire un'apprezzabile gravità**, dovendo cioè superare una soglia di tolleranza il cui parametro

di riferimento è costituito dalla coscienza sociale propria del determinato momento storico.

Riguardo, invece, la risarcibilità delle non imprevedibili lesioni subite dal paziente in conseguenza di un intervento tecnicamente corretto ma non preceduto dall'assunzione del consenso informato, la Corte fa ricadere sul paziente medesimo un preciso e stringente onere probatorio, egli dovendo comprovare che l'intervento sarebbe stato da lui rifiutato ove il medico gli avesse puntualmente rappresentato le sue possibili conseguenze.

Avv. Alessandro Lanata

