

prof. LUIGI CORNACCHIA

Università del Salento

## TRATTAMENTI SANITARI ARBITRARI DIVERGENTI

SOMMARIO: 1. Ancora la liceità dell'atto medico: l'inanità delle categorie giuridiche di fronte all'evidente – 2. Trattamenti sanitari arbitrari coatti e divergenti – 3. Interventi arbitrari a esito infausto: la divergenza come presupposto del *versari in re illicita*? – 4. Colpa medica e medicina difensiva – 5. Esito terapeutico e riflessi collaterali – 6. Prevedere una fattispecie incriminatrice per i trattamenti sanitari arbitrari divergenti?

### 1. *Ancora la liceità dell'atto medico: l'inanità delle categorie giuridiche di fronte all'evidente*

Con sentenza 2437 del 2009 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ritorna sul tema della liceità penale dei trattamenti sanitari arbitrari: un problema di carattere marcatamente etico, che in maniera emblematica riflette l'evoluzione del modo di concepire la relazione tra medico e paziente.

In via preliminare, ripercorrendo il dibattito degli ultimi vent'anni, la Suprema Corte si è trovata a dovere rendere omaggio, ancora una volta, a quella sorta di *preambulum iuris* che è la questione della legittimazione dell'atto medico in sé, terreno fertile per astrazioni teoriche, ad onta dell'evidenza indiscussa della piena rispondenza dell'attività sanitaria a interessi sociali di rango primario, addirittura costituzionale, come la salute: percorsi interpretativi che rampollano poi talora in barocchismi dialettici forieri di complicazioni e ambiguità, anziché di soluzioni chiare, sul piano della valutazione delle conseguenze in tema di responsabilità.

Più difficile, insomma, l'inquadramento all'interno delle categorie giuridiche offerte dall'ordinamento che la risposta di senso comune.

Eppure una trattazione di tale profilo sul piano giuridico difficilmente viene obliterata dalla prassi giurisprudenziale, specialmente quando occorre affrontare il diverso, complesso problema dei trattamenti praticati senza un consenso pieno e informato del paziente.

La soluzione che la Suprema Corte dichiara ormai sostanzialmente *ius receptum* della giurisprudenza penale, quella dell'autolegittimazione dell'attività medica, è in sé del tutto condivisibile: non risiede nel consenso del paziente la giustificazione dell'esecuzione del trattamento sanitario (né tale giustificazione va ricercata in alcuna causa di giustificazione, codificata o meno), perché esso è legittimo in sé, per la sua finalità di tutela della salute, bene costituzionalmente garantito, *ex art. 32 Cost.*, non solo nella sua dimensione collettiva, ma anche in quella individuale, come diritto soggettivo

fondamentale, primario e assoluto, operante anche tra privati.

Piuttosto potrebbe risultare in certo qual modo ridondante la ricerca ad ogni costo di una fondazione costituzionalmente orientata: al di là dei possibili dubbi circa la configurabilità di un diritto assoluto alla salute in forma di diritto a essere curato, azionabile *erga omnes* – ma è la stessa pronuncia a contemplarne il possibile bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale e il contemperamento con limiti oggettivi di attuazione anche sul piano dell’allocazione delle risorse organizzative e finanziarie contingentemente attingibili –; e circa l’enfasi sul parametro costituzionale del diritto alla salute come fondamento di giustificazione dell’atto medico (al punto da indurre i giudici a ipotizzare una sorta di “scriminante costituzionale”, che assegnerebbe alla Carta Fondamentale della Repubblica compiti davvero supererogatori in materia penale); forse basterebbe riconoscere che il medico-chirurgo esercita legittimamente la sua attività – anche quando si estrinsechi in lesioni materiali dell’integrità fisica del paziente, purché sia esperita in modo conforme ai requisiti della necessità e della proporzione – semplicemente per la posizione professionale rivestita, in virtù della *sfera di competenza* di cui è portatore nella relazione, concettualmente inseparabile, di alleanza terapeutica di cui si fa carico nei confronti del paziente (instaurata con il consenso di questi) e che comporta il dovere giuridico di curarlo.

Che si dia pregio alla prospettiva apparentemente più radicata nei principi o piuttosto a quella planare di senso comune – certo non alternative – è invece l’ultimo dato menzionato il miglior punto di partenza per una riflessione sui profili ulteriori e diversi di responsabilità del sanitario rispetto agli esiti infausti del suo operato: di solito si richiama la sua posizione di garanzia in modo non del tutto felice – per la sua collocazione, nella tradizione giuridica, esclusivamente nell’alveo della teoria del reato omissivo improprio – come presupposto di obblighi giuridici – in realtà di vario contenuto, tanto positivo quanto negativo – in direzione della tutela del paziente, la cui violazione può comportare il rimprovero anche in sede penale, laddove assuma almeno (e di norma) i contrassegni della colpa.

## 2. *Trattamenti sanitari arbitrari coatti e divergenti*

La seconda tesi fondamentale enunciata dalla sentenza in oggetto è quella della liceità penale dei trattamenti sanitari divergenti dalla volontà espressa dal paziente, per mancanza della tipicità tanto del reato di violenza privata, quanto di quello di lesioni personali.

Il riconosciuto, indiscusso ruolo del consenso – presupposto generale di liceità, e non causa di giustificazione *ex art. 50 c.p.* – non assume dunque rilievo rispetto alla definizione della responsabilità per le conseguenze: in altre parole, la questione della colpa professionale è del tutto eccentrica rispetto a quella relativa alla sussistenza di un consenso pieno, libero e informato, perché il vizio o addirittura la stessa mancanza totale di quest’ultimo non corrisponde a violazione di dovere di diligenza in vista

degli esiti dell'intervento né la può in alcun modo surrogare.

Dall'iter argomentativo della pronuncia si può sceverare una distinzione particolarmente interessante all'interno della categoria – di fonte interpretativa – degli interventi sanitari arbitrari.

In primo luogo emerge la figura del *trattamento arbitrario coatto*, intendendosi con tale espressione quello praticato nonostante l'esplicito dissenso del paziente, contro la sua volontà, direttamente o indirettamente manifestata: fuori discussione la sua illiceità penale, la fattispecie sotto cui inquadrare tale comportamento dovrebbe essere, pur con qualche dubbio, quella di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., sicuramente quando la stessa somministrazione dell'anestesia sia praticata contro la volontà del paziente (salvi i casi in cui a ridurre questi in stato di incoscienza attraverso trattamento idoneo a sopprimere la coscienza sia persona diversa dall'esercente professione sanitaria, se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità della persona, rispetto ai quali si configurerà la contravvenzione dell'art. 728 c.p.)

Diverso è invece il *trattamento sanitario arbitrario* che potremmo denominare *divergente*, ossia difforme rispetto a quanto espressamente consentito dal paziente previamente informato (consenso prestato per un trattamento diverso), quindi in assenza di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, per mutamento del tipo di intervento rispetto a quello concordato.

In questo secondo caso, le Sezioni Unite della Cassazione, implementando orientamento già espresso da importanti pronunce giurisprudenziali recenti, affermano che, se l'esito è infausto, si tratterà di valutare la colpa del sanitario; ma se l'esito è fausto, nessuna conseguenza penale è ascrivibile all'autore dell'intervento eccedente rispetto a quello illustrato al paziente.

La *ratio* di tale soluzione sul piano giuridico sta nell'assenza di tipicità del comportamento del medico: il trattamento arbitrario divergente, almeno *de iure condito*, non integra gli estremi di alcuna fattispecie penale presente nell'ordinamento giuridico penale.

Non l'art. 610, per la coincidenza tra coefficiente di violenza (violazione del consenso del paziente in situazione in cui egli, anestetizzato, non può opporre resistenza) e evento di coazione a tollerare l'operazione chirurgica non voluta: essendo imprescindibile il requisito dell'aggressione fisica finalizzata a un effetto concettualmente distinguibile dalla violenza stessa, la Corte rimarca l'eterogeneità incolmabile tra questa e l'effettuazione di intervento diverso da quello consentito (che potrà integrare semmai la condotta di abuso, o approfittamento della situazione di incapacità del paziente), comportamenti non assimilabili anche alla luce del disposto dell'art. 609 bis c.p.

Non l'art. 582, sulla base di una riproposizione dell'argomento, frequente nell'interpretazione giurisprudenziale, "teleologico" – comunque inutilizzabile rispetto a interventi estetici o a carattere sperimentale puro o scientifico – che fa leva non tanto sull'incompatibilità della condotta tipica della fattispecie con l'orientamento curativo dell'atto chirurgico; quanto sull'oggetto del dolo di fattispecie, nel quale deve rientra-

re anche quell'alterazione funzionale dell'organismo che sostanzia, secondo l'interpretazione assunta come corretta dalla pronuncia, la "malattia", escluso dalla finalità terapeutica generale della condotta del medico (profili che, peraltro, tendono ovviamente a coincidere se si concepisce il dolo come tipicità).

Le lesioni non sarebbero integrate dunque né dall'intervento operatorio sul corpo del paziente in sé, per le ragioni evidenziate rispetto al tema della legittimazione dell'attività del sanitario, né dal trattamento arbitrario, nel quale l'assenza del consenso o la non coincidenza del suo oggetto non valgono comunque a integrare una condotta diretta a cagionare una malattia nel corpo o nella mente.

Di fronte a un esito fausto dell'operazione, non si realizza alcun reato, in realtà per mancanza dell'evento tipico: con riguardo poi alla discrepanza tra quanto realizzato dal medico e quanto consentito dal paziente, essa non assume alcuna rilevanza penale.

Il consenso, decantato baluardo invalicabile del diritto di "autodeterminazione terapeutica" e presupposto di legittimità di ogni trattamento sanitario, fosse pure il più innocuo e routinario, appare dunque in questi casi poco più che un espediente retorico, in realtà non tutelabile nella sua pienezza quando l'esito è positivo: laddove il miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente assurge a dato postulato "obiettivo", ma in sostanza rimesso alla discrezionalità giudiziale, senza alcuno spazio "giustificabile" per scelte e valorizzazioni del paziente.

A rigor di logica, poi, la medesima conclusione dovrebbe valere anche in caso di esito infausto: ossia, ferma restando l'esigenza di accertare se vi sia stata violazione delle *leges artis* e quindi se si siano integrati profili di colpa professionale in capo al sanitario, nessun rilievo dovrebbe assumere la contingenza dell'arbitrarietà (nel senso della divergenza) del trattamento praticato, in assenza di una fattispecie idonea a prevederlo.

### 3. *Interventi arbitrari a esito infausto: la divergenza come presupposto del versari in re illicita?*

Con una curiosa operazione di "retromarcia", invece, la Suprema Corte, proprio nei periodi finali della sentenza, sembra ribaltare questo ordine di idee rispetto appunto all'ipotesi di esito infausto: in tal caso, la condotta del sanitario ovviamente potrà integrare, ove ne ricorrano i requisiti, il reato di lesioni (o addirittura di omicidio), e rispetto alla condotta del sanitario "... potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata 'copertura costituzionale'..."

L'arbitrarietà – per divergenza – del trattamento ritorna allora parametro per valutare la tipicità del reato di lesioni nei casi in cui l'intervento non vada a buon fine: in altre parole, la discrepanza tra intervento compiuto e consenso prestato assume, secondo la Cassazione, significato di violazione di *lex artis* in relazione alle conseguenze indesiderate che si sono effettivamente realizzate. Non riesce comprensibile, però,

che valenza cautelare in vista dell'esito negativo possa assumere la contingenza che il sanitario non si sia attenuto scrupolosamente a quanto concordato con il paziente: l'unica spiegazione sembrerebbe quella dell'assunzione del rischio di tutte le conseguenze infauste della propria scelta, ovvero la logica del *versari*, laddove la "*res illicita*" non riesce peraltro nemmeno ad assumere rilievo penale, per assenza di una fattispecie in cui farla rientrare.

Se invece il senso dell'affermazione dei giudici di Cassazione è che occorrerà accertare concretamente come il rischio che in qualche modo si è assunto il sanitario discostandosi da quanto consentito dal paziente si sia realizzato nell'evento lesivo per la salute di quest'ultimo, ossia, se la realizzazione di quel rischio nell'evento stesso sia da addebitarsi a violazione da parte del medico di doveri cautelari, in breve se sussistano gli estremi della colpa, allora non si vede che rilievo possa assumere a riguardo la divergenza tra realizzato e consentito. Laddove anche la qualificazione dell'intervento praticato alla luce dei criteri della necessità e proporzione, propri della professione sanitaria, rientreranno nel giudizio di responsabilità colposa, ma non dipenderanno certo dalla conformità dell'intervento stesso alle illustrazioni previamente fornite al paziente.

Ancor più difficile da intendere è il prosieguo del ragionamento, in cui la Corte di Cassazione, recependo in modo anomalo giurisprudenza recente (il caso Beretta, espressamente menzionato), richiama le ipotesi c.d. di colpa impropria degli artt. 55 e 59, comma 4 c.p. con riguardo, sembra di capire, sempre ai trattamenti arbitrari, e in particolare a casi in cui il sanitario erri colposamente sull'esistenza del consenso del paziente rispetto a quel tipo di trattamento "divergente" ovvero ne superi, sempre colposamente, i limiti (laddove, a tacer d'altro, già sembra difficile ricondurre alla disciplina dell'art. 55 l'art. 50, esplicitamente escluso, se non attraverso un'operazione analogica chiaramente *in malam partem*, vietata dall'ordinamento). Inoltre il consenso del paziente all'atto sanitario, qualificato dalla giurisprudenza ormai nettamente maggioritaria (e dalla sentenza in oggetto) come presupposto di liceità, ma non come scriminante nel senso dell'art. 50, "regredisce" di nuovo a causa di giustificazione quando l'evento sia infausto.

#### 4. *Colpa medica e medicina difensiva*

Le perplessità che solleva la parte finale della pronuncia permettono peraltro di viscerare una rimarchevole tendenza interpretativa della giurisprudenza in tema di responsabilità medica a enfatizzare la dimensione di vera e propria "lotteria" della colpa: l'evento infausto – o l'eventuale qualifica che in sede giudicante verrà data di esso – fa diventare illecita una condotta in sé già eccedente rispetto a quanto consentito dal paziente.

Ma, al di là degli appunti che si possono muovere, la sentenza in oggetto va senz'altro apprezzata per la soluzione alla questione fondamentale delle conseguenze

dei trattamenti arbitrari divergenti almeno *de iure condito*, soluzione che in qualche maniera pone un freno agli eccessi di quel processo di stigmatizzazione dell'operato della classe medica che, come noto, costituisce causa primaria del fenomeno deleterio della c.d. medicina difensiva.

Un ulteriore passo in avanti in questa direzione potrebbe farlo il legislatore, non nel senso di ritornare agli stilemi di una sorta di responsabilità differenziata (come quella del noto *trend* giurisprudenziale di alcuni decenni orsono, orientato a mitigare quella dei sanitari mutuando paradigmi civilistici come l'art. 2236 c.c.) o comunque a modelli "di privilegio", ma piuttosto mettendo mano a un'opera coraggiosa di riforma, che potrebbe portare alla depenalizzazione generale della colpa incosciente, fatte salve le ipotesi di colpa grave.

### 5. *Esito terapeutico e riflessi collaterali*

Lo schema interpretativo delle Sezioni Unite non permette di trovare una soluzione chiara per una serie di ipotesi.

Così quella in cui l'esito è fausto rispetto a un pericolo più grave – es. rischio di morte – ma comporta comunque conseguenze pregiudizievoli per il paziente – es. ripercussioni fortemente dolorose sull'organismo –.

Talora poi può non risultare certo se l'esito sia stato fausto: ad es. il paziente, non in pericolo di vita, non ha subito pregiudizi alla salute, ma, nel bilanciamento tra vantaggi e benefici, questi si pongono in situazione di "pareggio" (ad es., asportazione di organo, in situazione in cui tale intervento radicale era consigliabile ma non assolutamente urgente, laddove la menomazione "anatomica" subita può essere o meno considerata anche funzionale a seconda del valore che si attribuisce agli effetti collaterali che ne derivano, come quello di doversi sottoporre periodicamente a ulteriori trattamenti correlati). Né è sempre di lapalissiana evidenza se si possa parlare di un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente (es. quando queste si sono mantenute stazionarie, mentre è incerto se avrebbero potuto peggiorare senza l'intervento).

E particolarmente dubbie sono poi quelle situazioni nelle quali le alternative disponibili sono diverse: così se, in ipotesi, il paziente, ove informato, non avrebbe accettato di sottoporsi a quel tipo di intervento, preferendone altro (che, magari, secondo giudizio *ex post*, avrebbe dato benefici maggiori, non identificabili chiaramente *ex ante*).

### 6. *Prevedere una fattispecie incriminatrice per i trattamenti sanitari arbitrari divergenti?*

Resta aperto infine il problema se quello della normale irrilevanza penale del trattamento sanitario eccedente rappresenti un vuoto normativo da colmare, incoerente

con un sistema giuridico in cui il consenso, sia pur inteso in una prospettiva non propriamente negoziale (per assenza della dimensione sinallagmatica, dato che il paziente è soggetto per definizione bisognoso di cure e normalmente incompetente sul piano delle opzioni terapeutiche, e soprattutto perché il sanitario non persegue attraverso l'esecuzione dell'intervento un "interesse" proprio da massimizzare e comporre con quello altrui) e in un'accezione non scriminante, costituisce comunque presupposto indefettibile dell'alleanza che si origina tra i due soggetti della relazione terapeutica.

La prospettiva di una incriminazione *ad hoc* – patrocinata da autorevole dottrinale, soprattutto quella più orientata a valorizzare in massimo grado la libertà di disporre del paziente – dovrebbe fare i conti con gli esiti di tale opzione legislativa.

Unica decisione sicura per il medico diverrebbe – e già oggi è – quella di esporre previamente al paziente tutte le possibilità astrattamente ipotizzabili *ex ante*, richiedendo espressamente un consenso ad alcune di queste (o a tutte).

Qualora il sanitario non abbia richiesto, magari per indominabilità della situazione, un consenso previo esplicito proprio a quel tipo di intervento che in corso di operazione divenga opportuno, secondo i parametri della necessità e proporzione propri dell'arte medica, non gli resterebbe che sospendere l'anestesia, risvegliare il paziente e sollecitare uno specifico consenso informato.

Laddove la situazione non sia imprevedibile, ma semplicemente dubbia, l'opzione più consigliabile sarebbe quella di astenersi dall'intervento.

Così la tutela incondizionata della libertà di autodisposizione (attraverso introduzione di una norma incriminatrice ad essa deputata) potrebbe sortire esiti più o meno marcati nel senso paventato della medicina difensiva.

