

prof. LUCIANO EUSEBI
Università Cattolica del S.C. - Piacenza

VERSO UNA RECUPERATA DETERMINATEZZA DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA IN AMBITO PENALE?

SOMMARIO: 1. Consenso e medicina difensiva. – 2. Lo statuto dell'attività medica svolta «lege artis». – 3. Una nozione soggettivizzata di salute? – 4. L'atto medico «arbitrario».

1. *Consenso e medicina difensiva*

Non di rado è sembrata imporsi, in rapporto all'ambito sanitario (ma non solo), l'idea secondo cui proprio l'estensione dell'intervento penale connessa a modalità che ne rendano scarsamente determinati i confini rappresenterebbe una valida strategia per affinare le prassi comportamentali. Non è vero, tuttavia, che dilatare il rischio di una condanna, e più ancora di un'incriminazione, produca comunque effetti preventivi delle condotte anti giuridiche, sebbene con evidenti costi garantistici. Esiste, infatti, anche un diritto penale *criminogeno*, che ai nostri fini può favorire, in particolare, la medicina difensiva.

Le Sezioni Unite, mediante la pronuncia n. 2437 del 2009, hanno operato un'opportuna chiarificazione in senso contrario alla prospettiva menzionata, con riguardo a un compito del medico – la corretta acquisizione del consenso all'attività terapeutica, quando esso sia dovuto – che necessita di trovare supporto in adeguati strumenti volti a contrastare negligenze inaccettabili, ma che assai poco si presta a una gestione di carattere penale.

La tesi presa in esame, e dalla quale la Corte si discosta, è quella secondo cui l'attività medica non coperta dal consenso rappresenterebbe ordinariamente *ipso iure*, in quanto incidente sulla sfera corporea, un delitto di lesione personale.

Su tale via era andata delineandosi in un recente passato, com'è ben noto, l'ipotesi di una responsabilità penale del medico riferita non soltanto alla violazione – ove abbia prodotto conseguenze lesive – di regole concernenti la buona pratica clinica o chirurgica, ma altresì alla mera inottemperanza delle regole riguardanti il consenso (con applicabilità, se giudicata dolosa, dell'omicidio preterintenzionale nel caso in cui l'intervento sanitario non assistito dal consenso abbia prodotto la morte).

Un'ipotesi la quale, a ben vedere, rende qualsiasi atto medico che si espliciti sulla persona del malato suscettibile, in pratica, di dar luogo a conseguenze penali, essendo ben difficile per il medico azzerare *ex ante* il rischio di censure relative al consenso. Col pericolo della tendenza all'astensionismo sanitario specie in situazioni patologiche complesse che esigano il ricorso a terapie caratterizzate da tassi non trascurabili

di possibili eventi sfavorevoli, in tal modo risultando maggiormente esposte all'eventualità futura di una denuncia.

Appare infatti assai complesso per il medico sia garantire la copertura formale del consenso rispetto a ogni specifico passaggio terapeutico che in teoria lo richiederebbe, sia evidenziare, nell'informativa al malato, tutti i possibili scenari conseguenti all'intervento sanitario e, in particolare, tutti i possibili eventi avversi.

Del resto, moduli di consenso estremamente capziosi o analitici, come evidenzia la riflessione bioetica, non sono da ritenersi corretti, poiché rispondono – privilegiando la formalizzazione del rapporto – a esigenze difensive del medico e non allo scopo di far sì che il malato possa valutare nel loro giusto spessore, attraverso una visione necessariamente sintetica, i problemi in gioco.

In sede di valutazione ad opera dei comitati etici (*ex d. min. san. 15-7-1997 e 18-3-1998*) sull'adeguatezza dei prospetti informativi concernenti sperimentazioni farmacologiche, per esempio, viene richiesto sovente allo sperimentatore di rendere *comprensibili* quei testi, semplificandoli dal punto di vista tecnico: non senza ansietà, peraltro, da parte dei comitati quanto alle possibili conseguenze di una simile indicazione nel caso di un futuro contenzioso giudiziario.

Va considerato, poi, che se il medico non può mai mentire, talora deve pur sempre fornire al malato un'informazione in qualche misura *graduale*, per adeguarla alla concreta possibilità del medesimo di sostenere, in un dato momento, il peso di notizie psicologicamente gravose: così da scongiurare atteggiamenti di rimozione o chiusura, che generino indisponibilità a cooperare (si pensi all'insorgere di una grave patologia degenerativa in giovane età).

Né può dimenticarsi come spesso sia problematico valutare il significato autentico di manifestazioni della volontà del malato che appaiano psichicamente condizionate, a diverso titolo, dallo stato di malattia; e come oggi vi sia discussione circa i confini stessi del rilievo di tali manifestazioni in ambito medico (lo attesta anche il complesso iter parlamentare delle norme sul *fine vita*): fermo che non ogni richiesta relativa a un'attività medica rende quest'ultima lecita solo perché proveniente dal soggetto interessato o da chi lo rappresenta¹.

Complessivamente, se ne può dedurre che una certa enfasi riscontrabile, nonostante i problemi evidenziati, circa il rilievo penale delle violazioni riferibili al consenso del malato abbia avuto, in effetti, lo scopo di orientare verso una progressiva *contrattualizzazione* dell'attività medica, cioè verso una medicina sempre meno caratterizzata – una volta che abbia informato circa le sue potenzialità tecniche nel caso concreto – da regole applicative sue proprie e rispetto alla quale, pertanto, l'espressione forma-

¹ Si pensi, per esempio, al contenuto degli artt. 579, 580 e 583-*bis* c.p. e, in genere, al fatto che non può domandarsi al medico di agire *per la morte* del malato, in quanto l'attività medica è finalizzata esclusivamente, secondo l'art. 3 del codice deontologico, alla salvaguardia della vita e della salute, nonché al lenimento della sofferenza (v. anche *infra*, nota 11).

lizzata del volere di chi ne richieda l'intervento tenda a costituire l'unico criterio normativo.

In sintesi, un quadro giuridico in cui il rischio di incriminazione per il medico divenga infinitamente più elevato dal punto di vista statistico con riguardo all'*agire* che all'*omettere* non risponde certamente a una buona strategia politico-criminale.

Il rilievo penale diretto delle violazioni in tema di consenso esporrebbe *sempre* il medico che intraprenda un atto terapeutico alla possibilità – di fatto non dominabile – dell'accusa d'aver agito, per qualche aspetto, in modo arbitrario; laddove invece la scelta astensionistica ben raramente porterebbe a responsabilità penale, stante l'obiettivo difficoltà di provare oltre ogni ragionevole dubbio il nesso eziologico tra la condotta omissiva e il danno che ne sia derivato per il paziente o la stessa morte (anticipata) del medesimo, tanto più nel caso in cui quel paziente fosse affetto da una patologia grave.

È ben noto, d'altra parte, che la stessa ampiezza dei rischi di contestazione *sul piano tecnico* dell'attività sanitaria, cui il medico si espone (assai più di altri professionisti) per interessi non propri, crea – a sua volta – grande preoccupazione sotto il profilo dell'esigenza di contrastare atteggiamenti difensivi, come si evince dal Progetto di gestione del contenzioso relativo alla pratica clinica redatto dal Centro «F. Stella» dell'Università Cattolica e presentato in questo stesso fascicolo². Così che apparirebbe poco razionale estendere ulteriormente per altra via, e in modo ancor meno circoscrittibile, l'area dell'esposizione medica a tali rischi.

2. *Lo statuto dell'attività medica svolta «lege artis»*

La sentenza in esame si fonda sull'assunto secondo cui da un intervento chirurgico eseguito senza il necessario consenso, ma *lege artis*, il quale abbia raggiunto lo scopo suo proprio di contrastare efficacemente un certo stato patologico, «non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur *anatomicamente* lesivo, non soltanto non ha provocato – nel quadro generale della salute del paziente – una diminuzione *funzionale*, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era afflitto».

Escluso altresì da parte della sentenza che un tale intervento possa essere ricondotto, piuttosto che al reato di lesioni, a quello di violenza privata³, non ne deriva, tuttavia, che l'atto medico privo del dovuto consenso sia da considerarsi *lecito*, bensì – ovviamente – che «potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale».

Ciò implica una serie di conseguenze.

Innanzitutto il riconoscimento del fatto che la medicina non identifica mere abilità

² Cfr., per l'intero progetto e la sua discussione, AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti, M. Cattino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, ETS, Pisa, 2010.

³ V. *infra*, § 4.

tecniche utilizzabili in linea di principio secondo qualsiasi richiesta concernente il corpo dell'individuo che la proponga, ma risponde a criteri di appropriatezza – sintetizzabili nella nozione di conformità alla *lex artis* – che hanno per paradigma il contrasto delle patologie e il lenimento delle sofferenze.

Su questa base, la sentenza delle Sezioni Unite individua l'atto medico rispondente alla *lex artis* come appropriato (sulla base di regolarità statistiche e della ponderazione fra rischi e benefici) a contrastare una patologia: per cui il conseguimento del risultato suo proprio quale beneficio *funzionale*, anche in mancanza del consenso dovuto, non è compatibile col rilievo come lesione dell'alterazione *anatomica* che l'atto medico, in particolare quello chirurgico, può implicare.

Da ciò si evince che una condotta conforme alla *lex artis* non può essere ritenuta tale da produrre il rischio *non consentito* del realizzarsi di una lesione; e che norme come quelle sul consenso, le quali pure devono essere rispettate nell'esercizio *lege artis* di un'attività medico-chirurgica, non possono essere intese quali regole finalizzate a evitare il prodursi di una lesione.

L'atto medico eseguito *lege artis* ma senza il necessario consenso, pertanto, si distingue in modo sostanziale dalla condotta di un feritore: non perché tale atto sia intrinsecamente lecito, ma perché non risulta offensivo con riguardo ai reati posti a tutela dell'incolumità personale⁴.

Il che fa chiarezza, crediamo, rispetto alle annose discussioni sullo statuto dell'attività medico-chirurgica. Simile attività risulta estranea (salvo forzare la realtà e il buon senso) all'ambito delle condotte in radice illecite: condotte le quali non possono mai essere tenute, salvo situazioni eccezionali (riducibili, per lo più, alla legittima difesa e allo stato di necessità). Piuttosto, è da ricomprendersi tra le condotte che possono essere tenute purché si rispettino determinate regole: alcune intese a far sì che tali condotte realizzino gli obiettivi loro propri, escludendo o riducendo a un livello tollerabile i rischi connessi al loro esercizio (così che quest'ultimo possa dirsi *lege artis*: si pensi alle regole del codice della strada con riguardo alla guida degli autoveicoli o a quelle che fanno da cornice all'esercizio del diritto di cronaca); altre intese alla salvaguardia di esigenze ulteriori, ma pur sempre riferibili alla tenuta delle medesime condotte (si pensi alla correttezza delle scritture contabili quanto all'esercizio di un'attività d'impresa o, per l'appunto, alla copertura del consenso che, di regola, deve accompagnare l'attivazione di una terapia).

Ne deriva che sarebbe del tutto fuorviante identificare l'atto medico posto in essere *lege artis* come una condotta in sé illecita, ma scriminata dal consenso: il quale, del resto, non rappresenta né una condizione sempre necessaria all'esercizio di un'attività medica (si pensi ai casi d'urgenza), né una condizione da sola sufficiente a garantirne la liceità (si pensi alla richiesta di una mutilazione genitale femminile).

⁴ Si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penal*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, fasc. 3, p. 727 ss.

Le regole in tema di consenso all'attività medico-chirurgica, nel quadro argomentativo proposto dalle Sezioni Unite, non possono dunque assumere il ruolo di regole (cautelari o di diligenza) finalizzate a evitare il pericolo di lesioni⁵. Così che il delitto di lesioni non sarà ascrivibile al medico, in forma colposa, neppure allorquando da un atto terapeutico posto in essere *lege artis* sia derivato un esito infausto⁶. Sarebbe d'altra parte del tutto irrazionale valutare una medesima condotta idonea a scongiurare esiti lesivi oppure trasgressiva di una regola finalizzata a evitare quei medesimi esiti, fondando l'alternativa sul fatto (a parità di comportamento, *casuale*) che l'obiettivo cui quella condotta è orientata – nel nostro caso, il contrasto di una patologia – si sia prodotto o meno: tenuto conto della circostanza che gli interventi terapeutici conformi alla *lex artis* – e come tali assistiti da una sicura preponderanza dei benefici attesi rispetto ai rischi che il malato correrebbe per la sua malattia – non possono comunque escludere il prodursi di eventi avversi.

Ciò considerato, appare assai poco comprensibile l'*obiter dictum* delle Sezioni Unite, espresso del resto in forma alquanto criptica, secondo cui rispetto a un intervento medico eseguito *lege artis*, ma carente del necessario consenso, potrebbe pur sempre operarsi lo «scrutinio penale», in particolare con riguardo a ipotesi di errore o eccesso colposi, riguardanti lo stesso consenso.

E infatti non è certo la sola mancanza del dolo di lesioni che impedisce di imputare

⁵ «Sembra doversi evincere che le Sezioni Unite non intendono far propria la tesi secondo cui sarebbe la stessa mancata acquisizione del consenso a giustificare un rimprovero di colpa»: tesi fondata sulla «ritenuta attraibilità del dovere di richiedere il previo consenso del paziente nel novero delle regole cautelari tipiche dell'attività medica», ma «in verità contestabile e contestata, potendosi obiettare che ben diversa è la finalità delle *leges artis* (evitare la produzione involontaria di danni alla salute) rispetto a quella sottesa al dovere di richiedere preventivo consenso (rispettare il diritto all'autodeterminazione del paziente)»: così G. FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Giur. pen.*, 2009, II, c. 313, e ivi ulteriori riferimenti; in senso analogo, con ampia trattazione, F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 183 ss.

⁶ In senso contrario F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 402 s., ravvisa nell'inosservanza delle regole sul consenso (ferma l'inidoneità della stessa a determinare il reato di lesioni nel caso di esito fausto) la scelta di far correre al paziente «i coefficienti di rischio che sono insiti nell'agire medico anche quando esso è conforme alla perizia doverosa», cioè quelli che, «nonostante il rispetto delle *leges artis*, possono trasformarsi in un'offesa per il bene giuridico» (su questa via l'Autore critica A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, p. 1287 ss., secondo cui l'atto terapeutico praticato *lege artis* non potrebbe ritenersi causale rispetto a un eventuale evento avverso). In tal modo, peraltro, l'acquisizione del consenso rispetto a un atto medico praticato *lege artis* viene proposta come regola cautelare finalizzata a evitare lesioni (consistenti negli esiti avversi che anche un atto medico *lege artis* può di certo produrre), quando invece è proprio la denegazione del consenso che, nel caso in esame, rende *di gran lunga più probabile* il prodursi di conseguenze lesive: il che appare poco ragionevole e coerente. Una simile lettura soggettivizzante del significato di un obbligo come quello relativo all'acquisizione del consenso appare confermare, piuttosto, la riferibilità delle regole sul consenso alla tutela dell'*autonomia* e non a quella dell'*incolumità* individuale.

l'art. 582 c.p. nel caso di intervento eseguito *lege artis*, bensì anche e prioritariamente, come s'è detto, la non finalizzazione delle regole sul consenso alla tutela dell'incolumità personale⁷. Così che, risultando irrilevante rispetto al prodursi del delitto di lesioni colpose l'inosservanza di tali regole, non si vede come invece potrebbero considerarsi rilevanti, al medesimo fine, le ipotesi summenzionate di errore o eccesso⁸.

3. Una nozione soggettivizzata di salute?

La sentenza delle Sezioni Unite, una volta precisato che l'atto medico il quale ottenga risultati conformi alla *lex artis* non produce una malattia, si domanda se ai fini di quel giudizio (o meglio della conformità dell'atto medico alla *lex artis*) debbano assumere rilievo considerazioni attinenti al personale modo d'intendere la salute (e l'esito *fausto*) da parte del paziente. La risposta della sentenza è negativa *de iure condito* («sul piano del fatto tipico descritto dall'art. 582 c.p. il concetto di malattia – e di tutela della salute – non può che ricevere una lettura *obiettiva*»), unita peraltro all'auspicio di una considerazione del problema *de iure condendo*.

Si argomenta, in ogni caso, che il «miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente» sotteso al giudizio di esito *fausto* debba essere riferito non solo alla validità di un dato intervento secondo le regole proprie della scienza medica, ma anche «alle alternative possibili», con rilievo a questo fine della volontà espressa dal paziente.

Ora, il tema esige qualche importante precisazione complessiva (per poi riprendere l'assunto della Corte cui da ultimo s'è fatto cenno).

Se si vuole, può certo affermarsi che ognuno, dal punto di vista giuridico, è libero di gestire come crede la sua salute (salvo determinati limiti: per esempio, non è lecito assumere stupefacenti, né assumere doping, quantomeno nell'ambito di un'attività agonistica; e salvo il problema costituito da alcune aspettative giuridicamente rilevanti all'altrui efficienza psico-fisica); anche se tutto questo non significa che si possa chiedere una cooperazione medica a scelte di mancata tutela della propria salute.

Ma ben altra cosa sarebbe sostenere che la salute stessa consista nella condizione soggettiva di chi abbia realizzato qualsiasi scelta personale attinente alla sfera della propria corporeità, vale a dire nella c.d. auto-percezione del proprio benessere psico-

⁷ Diversamente, come è noto, la questione è stata affrontata, *finora*, in sede civile, ove il risarcimento del danno (nel nostro caso per esito infausto di un intervento medico) s'è fatto dipendere dalla mera incidenza causale della violazione di un diritto (nel nostro caso, la mancata preventiva acquisizione di un «consenso consapevolmente prestato» da parte del paziente): peraltro correttamente precisandosi, ai nostri fini, che tale incidenza causale necessariamente presuppone «l'accertamento [del fatto] che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato» (così, di recente, Cass. civ., sez. III, 9-2-2010 [dep.], n.2847).

⁸ Al di là delle questioni concernenti la loro configurabilità in concreto: cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, c. 313 s., e F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 404.

fisico (ci si potrebbe domandare, tra l'altro, se essa sia da valutarsi *ex ante* o *ex post*): così che produrrebbe automaticamente uno stato di malattia ogni intervento (non minimo) sulla sfera corporea il quale, sebbene abbia causato *lege artis* un miglioramento funzionale dell'organismo, si manifesti carente del consenso⁹.

Del resto, ritenere che solo in senso *paternalistico* potrebbe parlarsi, in ambito medico, di un giudizio su tale miglioramento funzionale, e dunque sulla salute, sembra davvero contraddire il *proprium* della ricerca clinica, privando lo stesso malato di ogni riferimento oggettivo per le sue decisioni. Come sembrerebbe davvero una forzatura giungere a sostenere, per esempio, che la scelta di fumare, pur nella consapevolezza dei rischi, *fa bene* – dal punto di vista soggettivo, che sarebbe l'unico rilevante – alla salute di chi la compie.

Si finisce, in questo modo, per assimilare realtà fra loro diverse: l'inosservanza delle regole sul consenso (cioè la salvaguardia di una sfera di decisione personale) e il cagionare una malattia. Su questa via rendendo davvero difficile intendersi su ciò che con un medesima espressione – il danno alla salute – s'intenda rappresentare.

Significativamente, pertanto, Cass. civ. 9-2-2010¹⁰ afferma che «il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute» e che, in tal senso, «la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute»¹¹.

Quando, dunque, la sentenza in esame delle Sezioni Unite menziona la valutazione delle alternative terapeutiche possibili ai fini del giudizio di *esito fausto* fa riferimento, da un lato, a una ponderazione oggettiva necessaria per la stessa qualifica di conformità dell'atto medico alla *lex artis* e, dall'altro, al diverso profilo costituito dalla necessità, di regola, del consenso attualmente prestato all'atto terapeutico dal paziente informato in modo corretto (talora anche scegliendo, alla luce di tutti i fattori in gioco, fra diverse strategie egualmente proponibili secondo la *lex artis*).

⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 178 ss.

¹⁰ V. *supra*, nota 7 (la sentenza richiama anche Cass. n. 10741/2009 e Cass. n. 18513/2007).

¹¹ Dallo stesso punto di vista disponibile a dare «il maggiore spazio possibile alla percezione soggettiva dei pazienti», l'impraticabilità di una soggettivizzazione radicale dell'approccio medico alla salute è del resto avvertita anche da G. FIANDACA, *op. cit.*, c. 312, laddove precisa che «esigenze di complessiva razionalità penalistica impongono in ogni caso di ricorrere a criteri di valutazione dell'offesa che consentano nondimeno di valutarne la possibile incidenza alla stregua di qualche adeguato standard obiettivo», come per esempio «la ragionevolezza del tipo di sofferenza o disagio» cagionato dall'atto medico. Ma non si tratta, forse, di un'esigenza nella sostanza analoga a quella per cui chi scrive ritiene indispensabile il riferimento a un giudizio di *non proporzione* dell'atto terapeutico (giudizio che può includere anche l'incidenza, ma secondo criteri generalizzabili e dunque condivisibili, di elementi del vissuto personale) quale condizione necessaria perché possa domandarsi a un medico di interrompere una terapia in atto o di astenersi, per il caso di incoscienza futura del richiedente, dall'utilizzazione di determinati presidi terapeutici? (cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 6, p. 1227 ss.; *Dignità umana e indisponibilità della vita. Sui rischi dell'asserito «diritto» di morire*, in *Med. mor.*, 2009, 3, p. 389 ss.).

4. L'atto medico «arbitrario»

La sentenza delle Sezioni Unite esclude altresì, con argomentazioni del tutto convincenti, che l'atto medico posto in essere violando le norme sul consenso possa costituire una violenza privata *ex art.* 610 c.p. Ciò in quanto, come si evidenzia in dottrina, manca nel caso in esame qualsiasi risultato ulteriore che la vittima sia costretta a tollerare come esito della condotta anti-giuridica¹².

Dunque, la rilevanza delle violazioni in tema di consenso all'atto medico viene collocata su un piano extrapenale e, in sostanza, su quello civile: anche alla luce della giurisprudenza che ritiene a tal fine rilevante la *mera violazione* delle regole sul consenso, così che quest'ultima potrebbe costituire sia il presupposto per il riconoscimento di danni connessi all'esito infausto di una terapia, ma solo nel caso in cui il paziente, ove debitamente informato, non avrebbe prestato il suo consenso all'atto medico (e dunque la violazione possa dirsi *causale* rispetto all'evento), sia il presupposto per un autonomo risarcimento anche in caso di esito fausto¹³.

L'opzione relativa alla rilevanza extrapenale delle violazioni concernenti la corretta acquisizione del consenso all'atto medico è da condividere, in rapporto alle considerazioni svolte nella prima parte di questo contributo, che valgono *a fortiori* anche con riguardo all'ipotesi della qualificazione come reato – *di pura condotta* – del c.d. atto medico arbitrario.

Una simile opzione non si pone per nulla in contrasto rispetto all'esigenza che si operi per la migliore implementazione nella cultura medica delle regole concernenti l'informazione del paziente e il ruolo del consenso. Anzi, evitando un rischio indiscriminato connesso alla forma più intensa della stigmatizzazione sanzionatoria, che avrebbe applicazioni episodiche e una cifra oscura elevatissima, rende simili regole più autorevoli e credibili.

Abbiamo davvero interesse a far sì che il rischio di «perdere» il malato, in contesti patologici complessi, possa risultare maggiormente accettabile per il medico, sotto il profilo delle conseguenze penalistiche prevedibili, rispetto al rischio di agire senza la certezza assoluta di non subire contestazioni in merito all'acquisizione del consenso?

Semmai vi è da chiedersi se le stesse forme tradizionali dell'intervento civilistico – che viene riferito, come s'è visto, anche alla mera trasgressione, esente da esiti lesivi, di obblighi concernenti il consenso¹⁴ – non favoriscano quelle tendenze difensive in ambito sanitario cui s'intende far fronte attraverso modalità volte a promuovere in primo luogo (anche attraverso procedure di mediazione conciliativa) la trasparenza e, dunque, la controllabilità dei comportamenti¹⁵.

¹² Cfr., anche per ulteriori riferimenti, G. FIANDACA, *op. cit.*, c. 307, e F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 162 ss.

¹³ Cfr. la sentenza di cui *supra*, nota 7.

¹⁴ Cfr. *supra*, note 7 e 10.

¹⁵ Valga ancora il richiamo al Progetto di cui *supra*, nota 2.

Proprio in quest'ottica si può considerare se vi sia spazio, in rapporto al giudizio sull'acquisizione del consenso da parte del medico, per un'eventuale valorizzazione, secondo procedure più accuratamente definite rispetto al passato, della competenza deontologico-professionale, così da offrire un contesto valutativo adeguato alla complessità dei fattori significativi e alla scarsa possibilità di una formalizzazione rigida dei medesimi (meglio rispondenti, forse, a criteri d'inquadramento mediante *linee guida*): in tal modo facilitando l'individuazione dei casi in cui il malato abbia effettivamente patito un'offesa dei suoi diritti.

Attualità
Carcere, salute e umanizzazione

