

Convegno Roma – San Filippo Neri del 2 aprile 2012 – Relazione

La responsabilità professionale medica nell'evoluzione giurisprudenziale

Giorgio Santacroce

Presidente della Corte di Appello di Roma

1. Considerazioni preliminari. Il crescente aumento del contenzioso sulla responsabilità professionale e le sue cause. Il ruolo della giurisprudenza

Nei listini della borsa del diritto, il titolo “responsabilità professionale” viene segnalato in continuo e forte rialzo, alimentando un profondo senso di disagio nella classe medica in generale e in alcune specializzazioni in particolare (chirurghi, ginecologi, radiologi, ecc.), il cui effetto più preoccupante (ma sarebbe forse meglio dire: devastante) è il ricorso alla pratica della medicina *difensivistica*, nella sua duplice forma di rinuncia a prestare la propria opera in situazioni di rischio clinico, suscettibili di strascichi giudiziari, e di prescrizione in via cautelativa di accertamenti diagnostici e interventi terapeutici, il più delle volte non strettamente necessari, se non addirittura inutili.

È, questo, un fenomeno non solo enfatizzato dai *mass-media* sempre pronti a dare il massimo risalto mediatico alle vicende di “malasanità”, ma realmente e oggettivamente in crescita esponenziale, come dimostra l'aumento di cause civili e penali di responsabilità professionale, a riprova dell'incidenza che l'insuccesso medico, vero o presunto che sia, finisce per avere sulla vita dei pazienti e dei loro familiari.

L'aumento del contenzioso medico-legale è dovuto al fatto che, rispetto al passato, i giudici sono diventati molto più sensibili e attenti nei confronti del c.d. evento avverso che colpisce il paziente, data la mancanza di norme giuridiche di riferimento sull'atto medico. Non facili da introdurre, bisogna subito aggiungere, sia perché il dibattito giuridico in questo settore si misura sempre più spesso con questioni ideologiche e di deontologia clinica (come dimostra la vicenda delle dichiarazioni anticipate, meglio nota come “testamento biologico”), sia perché è diffuso il timore che l'opinione pubblica possa interpretare la previsione di una disciplina legislativa speciale dell'attività medica come la ratifica di una sorta di impunità, che introduce esclusioni o limitazioni in favore del medico, in contrasto con il principio generale di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

Tutto questo vale a spiegare perché il tema della responsabilità medica trovi la sua disciplina preminente nell'elaborazione giurisprudenziale (o, se si preferisce, nel “diritto giurisprudenziale”

o “diritto vivente” come siamo abituati a chiamarlo noi), che, specie in sede di legittimità, gioca un ruolo determinante, perché non si limita alla decisione delle singole fattispecie esaminate, ma si spinge a enunciare principi di carattere generale, in ossequio alla funzione nomofilattica che è propria della Cassazione.

Si parla in proposito di giurisprudenza “normativa”, precisando che essa si colloca fuori dalla rigida gerarchia delle fonti che contraddistingue i paesi di diritto scritto, ma è perfettamente in linea con l'attività interpretativa svolta dal giudice in un contesto ordinamentale semiaperto com'è il nostro che consente proprio al giudice di adeguare il significato e l'ambito precettivo delle norme in vigore all'evolversi dei tempi, per soddisfare le esigenze di tutela poste da attività umane rischiose come quella medica, per la quale un intervento legislativo specifico potrebbe rivelarsi inadatto e di non facile formulazione. Il che val quanto dire che il primato della legge passa in alcuni settori attraverso l'attività ermeneutica del giudice per salvaguardare nel modo migliore alcuni interessi fondamentali, come sono certamente quelli personalissimi della vita e della salute, nella loro duplice caratterizzazione di beni individuali e collettivi. Anche se il nostro ordinamento resta caratterizzato dall'osservanza del principio di legalità (il *Rule of Law* del diritto anglosassone), il legislatore italiano conferisce al giudice il compito per così dire di contestualizzare le norme giuridiche vigenti in un determinato momento storico attraverso l'individuazione (là dove consentito, come avviene quando sono coinvolti diritti fondamentali della persona) di nuove aree di protezione degli interessi, dandogli la possibilità, ove ritenga che la legge non tuteli a sufficienza una situazione giuridica ritenuta meritevole alla stregua dei valori costituzionali, di creare la forma giuridica di tutela necessaria e più appropriata.

Al di là di questa chiave di lettura, resta il fatto che, in mancanza di criteri legali di orientamento, il capitolo della responsabilità medica ha risentito per troppo, lungo tempo, di indirizzi giurisprudenziali discontinui, passando da una preconcepita indulgenza valutativa nei confronti del medico, originata da una sorta di presunzione di eccellenza professionale della sua opera, a una severità eccessiva, giunta a lambire talvolta i confini della

responsabilità oggettiva, scaturita dal riconoscimento di una dimensione più realistica e meno onnipotente dell'attività del medico, che ha fatto perdere talora di vista la complessità e i rischi che comporta l'esercizio della sua attività, provocando le giuste rimostranze dei medici, costretti a inseguire disorientati la varietà (e non poche volte l'opinabilità) di alcune interpretazioni della giurisprudenza.

È indubbio, infatti, che ci siano state in un recente passato punte di oggettivo rigore valutativo, specie per quanto riguarda il tema dell'accertamento del nesso di causalità tra la condotta omissiva del medico e il danno subito dal paziente e il tema della qualificazione giuridica del c.d. trattamento sanitario arbitrario dove si è giunti a ipotizzare addirittura il delitto di omicidio preterintenzionale a carico del medico che esegua un intervento pesantemente invasivo senza aver acquisito prima il consenso del paziente (il famoso caso Massimo).

Accantonata la "storia infinita" del danno non patrimoniale come categoria onnicomprensiva al cui interno non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie se non con una valenza meramente descrittiva (Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975), il tema della responsabilità medica sembra essersi avviato nelle pronunce più recenti verso approdi più equi e soddisfacenti, e, quindi, verso una più razionale ed equilibrata definizione della cornice generale e dei principali punti di disciplina sulle singole questioni sul tappeto. A cominciare dal corposo intervento delle Sezioni Unite che, con dieci pronunce coeve dell'11 gennaio 2008 (dalla n. 576 alla n. 585), si sono espresse sul "nuovo fronte" della responsabilità civile conseguente al danno da trasfusioni di sangue infetto che è stato l'occasione sia per una "messa a punto" del sistema generale, sia per un'importante correzione di rotta su alcuni problemi specifici del diritto civile e del diritto penale.

In estrema sintesi, si è consolidata la configurabilità della responsabilità medica e della struttura sanitaria come *contrattuale*, traendone importanti conseguenze sul piano dei criteri di imputazione della colpa e del riparto dell'onere della prova, del nesso di causalità e del ruolo del consenso informato al trattamento medico, fino ad arrivare al ripudio della vecchia distinzione tra prestazioni di facile esecuzione (o routinarie) e prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e al ridimensionamento di una dicotomia classica come quella tra "obbligazioni di mezzi" e "obbligazioni di risultato". Su alcuni di questi profili vale la pena di tratteggiare in rapidissima sintesi le linee di fondo delle più recenti posizioni giurisprudenziali, molte delle quali sono già state enunciate dai relatori che mi hanno preceduto, al fine di puntualizzare meglio gli aspetti ritenuti meritevoli di qualche riflessione critica.

2. Il diverso approccio della giurisprudenza civile e penale in tema di responsabilità medica. La natura contrattuale della prestazione medica. Alcuni effetti collaterali in tema di nesso

causale e di riparto dell'onere della prova

Si concorda tra gli operatori del diritto e nella dottrina medicolegale sulla *diversità di atteggiamento valutativo* della giurisprudenza di legittimità nel *settore penale*, che fa registrare decisioni ispirate ad equità e ragionevolezza connotate dal grande merito di rimediare alcune asprezze di giudizio proprie del passato, e nel *settore civile*, all'interno del quale si è venuto delineando, in una sorta di crescendo rossiniano, un approccio decisamente sfavorevole alla posizione del medico.

La peculiarità di questa differenza emerge espressamente da una sentenza della stessa Cassazione (Sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471), secondo la quale "*il sistema della responsabilità civile è un'opera di ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene lo studio dei criteri di traslazione del danno*". Da qui "*l'individuazione di standards di condotta alla luce dei quali l'intera teoria della colpa, del nesso causale e dello stesso danno, sotto il profilo tanto sostanziale quanto probatorio, ne esce, in definitiva, profondamente mutata, rispetto agli archetipi tradizionali*". Tradotto in un linguaggio meno oscuro e più accessibile, il senso della frase mira a far emergere due esigenze intrecciate tra loro, da un lato quella di fornire più efficaci strumenti di tutela al paziente e, dall'altro, quella di una presa d'atto del fenomeno di progressiva spersonalizzazione dell'attività medica. Il quale porta a inquadrare la disciplina della responsabilità del medico in una più ampia "responsabilità medico-sanitaria", finalizzata a mettere in risalto come alla responsabilità del singolo professionista si affianchi ormai pacificamente quella della struttura in cui il sanitario opera, sia essa una struttura pubblica o una casa di cura privata. Incentrando la responsabilità civile su una sorta di oggettivizzazione della colpa medica, in vista dell'esigenza di garantire la tutela riarcitoria del paziente, pur in assenza del requisito fondamentale della colpa (come nel caso di danno da emotrasfusione: Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577).

La giurisprudenza più recente in materia di danno causato al paziente da un medico dipendente da una struttura sanitaria, pubblica o privata che sia, si è ormai assestata sul *principio unitario della responsabilità contrattuale dell'ente e del medico dipendente*. A fianco della relazione diretta tra il paziente e la struttura che lo accoglie, inquadrabile in un modello contrattuale atipico denominato "contratto di spedalità" o "contratto di assistenza sanitaria", cui si applicano le norme sulla responsabilità contrattuale dettate dall'art. 1321 del codice civile, la giurisprudenza si è affannata a costruire il rapporto tra paziente e medico dipendente, ricorrendo alla figura dell'obbligazione da "contatto sociale" di matrice tedesca, equiparandola *tout court* alla tipica obbligazione da contratto, pur non scaturendo formalmente da alcun contratto. L'accoglimento di questa soluzione unitaria è stata percepita come la conclusione di un tormentato percorso interpretativo che, a fronte della genericità del dato normativo e della varietà delle elaborazioni dottrinarie, si è svi-

luppato nel corso degli anni, passando in rapida evoluzione dall'affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità del medico alla regola del concorso di responsabilità, contrattuale e extracontrattuale (o aquiliana che dir si voglia) per arrivare all'odierna configurazione di una responsabilità schiettamente contrattuale, comune alla struttura e al medico che opera al suo interno.

Il *significato pratico del riconoscimento civilistico della natura contrattuale della responsabilità medica* si coglie essenzialmente sul terreno processuale-probatorio. Nei giudizi di risarcimento del danno extracontrattuale, previsto dall'art. 2043 cod. civ., il paziente è tenuto a provare la colpa del medico e la violazione da parte sua delle *leges artis*, mentre nei giudizi di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, la colpa del medico si presume per espressa previsione dell'art. 1218 cod. civ. (cfr., tra le decisioni più recenti, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847; Id., 16 gennaio 2009, n. 975; Id., 30 gennaio 2009, n. 2468; Id., 15 settembre 2008, n. 23676; Id., 8 ottobre 2008, n. 24791).

Dalla tesi della responsabilità da contratto derivano alcuni effetti collaterali, sul duplice versante della verifica di esistenza del nesso di causalità, che consente di mettere a fuoco più nel dettaglio i termini della serie causale, e della ripartizione dell'onere della prova.

Per quanto riguarda i *criteri di accertamento della causalità* (in particolare della causalità omissiva, che solleva i problemi più delicati), la giurisprudenza civile seguita a ripetere che il rapporto di causalità in materia civile è soggetto a regole diverse da quelle che disciplinano lo stesso rapporto in materia penale: il che vuol dire che la Cassazione civile non condivide le conclusioni cui è pervenuta l'ormai famosa sentenza Franzese (Sez. Un. Pen., 12 luglio 2002, n. 27), che ha praticamente riscritto la teoria della causalità omissiva, offrendo una chiave di lettura dell'art. 40 cpv. cod. pen. diversa da quella accolta fino a quel momento, aggiungendo al principio che *"non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo"* le parole *"se il compimento dell'attività omessa avrebbe impedito con quasi certezza il verificarsi dell'evento"*.

È noto come per lungo tempo si fosse consolidato nella dottrina e nella giurisprudenza l'assunto che, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta omissiva e l'evento lesivo verificatosi (morte o lesioni del paziente), al criterio della *certezza degli effetti* della condotta andava sostituito quello della *probabilità di tali effetti*, determinando per questa via un aumento del rischio per il medico, chiuso tra l'incudine di un giudizio severo quando fa e il martello di un giudizio altrettanto severo (se non addirittura più severo) quando non fa. Secondo questa impostazione, consolidatasi nella giurisprudenza penale fino al 2000 (anche se non manca ancora oggi qualche voce isolata tuttora favorevole a questo indirizzo), il rapporto causale tra la condotta omissiva e l'evento sarebbe configurabile in tutti quei casi in cui l'opera del medico, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avreb-

be avuto non già la certezza bensì soltanto *serie ed apprezzabili probabilità di successo*, tali da salvaguardare la vita o l'integrità fisica del paziente, alla stregua di una valutazione di ordine statistico espressa in cifre percentuali.

La punta più avanzata di questa tendenza fu un caso giudiziario che ebbe larga eco negli organi di informazione di allora. Riguardava il colpevole ritardo di due medici nel diagnosticare la sintomatologia tipica dell'infezione tetanica in una partorientente: *"la diagnosi e il ricovero ospedaliero intempestivi – affermò apoditticamente la Cassazione (sent. 12 luglio 1991, n. 371) – hanno privato la paziente del 30% di probabilità di vincere il male e di salvare la vita"*.

Le Sezioni Unite Penali della Cassazione, chiamate a risolvere un contrasto giurisprudenziale sorto all'interno della Quarta Sezione Penale (che è quella che si occupa di responsabilità professionale), hanno affermato un principio nuovo e diverso, e cioè che il rapporto di causalità tra condotta omissiva ed evento lesivo sussiste solo quando si accerti che, se fosse stata posta in essere la condotta doverosa omessa, l'evento concretamente verificatosi sarebbe stato evitato con una *probabilità di grado elevato vicina alla certezza, e cioè con un alto grado di probabilità logica ovvero con una elevata credibilità razionale*.

Già all'indomani della sentenza Franzese, la giurisprudenza civile aveva preso le distanze da questa conclusione, ribadendo che il giudizio controfattuale doveva considerarsi soddisfatto riguardo alla responsabilità omissiva quando si poteva ritenere che, in presenza della condotta omessa, il danno verificatosi avrebbe avuto *"serie ed apprezzabili possibilità"* di non accadere (Cass., 4 marzo 2004, n. 4400; Id., 26 giugno 2007, n. 14759). Sono sorti però dei contrasti e sono intervenute le Sezioni Unite Civili, adottando però questa volta una decisione per così dire *"cerchiobottista"*, che ribadisce, in apertura, che le condotte omissive sono soggette in via generale alle stesse regole sia in sede penale che in sede civile (e cioè agli artt. 40 e 41 cod. pen.), ma svincola poi la portata del principio, precisando che l'accertamento del nesso causale in sede civile richiede una prova meno rigorosa, bastando la dimostrazione che la condotta omessa, ove intervenuta, avrebbe impedito l'evento con una probabilità superiore al 50%, secondo la regola del *"più sì che no"*.

Ne deriva che, mentre per la Cassazione penale il nesso causale tra omissione ed evento esige l'accertamento che senza l'omissione il danno non si sarebbe verificato *"con alta o elevata credibilità razionale"*, per la Cassazione civile il nesso causale tra l'omissione e l'evento non esige la certezza o la quasi certezza che senza la condotta omessa il danno sarebbe accaduto, ma si limita a richiedere semplicemente la *"probabilità"* di ciò. Con buona pace del proclamato principio della *"unicità del nesso causale"* in materia civile e penale.

Sul fronte dell'*onere della prova* le conseguenze del riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità medica segnano un viraggio importante nella ripartizione dell'onere

della prova, scopertamente sbilanciata a favore del paziente danneggiato: ratificando, per un verso, il definitivo ripudio della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, che, sulla scia della giurisprudenza d'oltralpe, è stata accolta anche da noi (pur in mancanza di un qualsiasi riscontro normativo) e provvedendo, per altro verso, a ridimensionare la tipologia degli interventi eseguiti, non importa se di esecuzione routinaria o di esecuzione complessa.

Riconoscendo che l'obbligazione del medico, come quella di ogni altro debitore avvinto da un rapporto contrattuale al creditore, implica un risultato dovuto che è presente in tutte le obbligazioni contrattuali (e che, nel caso del medico, non coincide ovviamente con la guarigione del malato), significa alleggerire l'onere probatorio posto in capo al paziente rispetto a quello posto in capo al medico. A differenza di quello che avviene in tema di responsabilità extracontrattuale, dove – come ho già segnalato – il creditore è tenuto a dimostrare la colpa del debitore, specificando in che cosa è consistita, oggi il paziente, poiché la colpa si presume, è tenuto a dimostrare soltanto la sussistenza e il contenuto del contratto, il danno o il maggior danno e il nesso di derivazione causale di questo dalla prestazione medica. Al medico, che è tenuto ad adempiere la prestazione fino al limite dell'impossibilità derivante da causa a lui non imputabile (in ciò consiste il risultato che deve garantire) resta l'onere di dimostrare che non c'è stato alcun inadempimento (e, quindi, che la prestazione è stata eseguita in modo corretto e diligente) ovvero che gli eventuali esiti peggiorativi denunciati dal paziente sono stati determinati da un evento impreveduto e imprevedibile o, comunque, inevitabile secondo l'ordinaria diligenza professionale (si pensi alla preesistenza di una specifica situazione morbosa del paziente) ovvero che l'inadempimento non è stato nella vicenda eziologicamente rilevante.

3. Il consenso informato, come momento fondamentale della disciplina giuridica dell'attività medica. Aspetti costituzionali, civili e penali. I confini del c.d. accanimento terapeutico

Uno dei conflitti più laceranti che attraversano la medicina odierna è quello tra un accresciuto ruolo decisionale attribuito al paziente, come conseguenza del riconoscimento dei diritti fondamentali della persona anche nel campo biomedico, e la rivendicazione da parte del medico di una maggiore autonomia di valutazione e di decisione sui trattamenti da eseguire, che lo spinge a volte fino all'obiezione di coscienza, in una forma così ampia da lasciar intravedere sullo sfondo sempre nuovi e diversi scenari conflittuali.

Stiamo parlando, naturalmente, del consenso informato, promosso da semplice dovere confinato nell'etica della professione a momento fondamentale della disciplina giuridica dell'attività medica. Su di esso si registrano non poche novità nella giurisprudenza più recente, sia civile che penale.

A cominciare dalla valorizzazione della portata costituzionale

dell'istituto.

In una sentenza del 2008 (la n. 438) il giudice delle leggi, dopo aver affermato che il consenso informato, essendo espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura come un vero e proprio diritto della persona che trova il suo fondamento negli articoli 3, 27 e 32 della Costituzione, ne ha posto in risalto *“la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute”*. Perché *“se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha altresì il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative: informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente, e, quindi, la sua stessa libertà personale”*.

Su questa scia anche nella giurisprudenza di legittimità e in quella dei giudici di merito il consenso informato è diventato lo strumento per assicurare un più ampio potere di governo del proprio corpo e della propria salute; un governo che si è gradualmente spinto fino al rifiuto delle cure mediche, considerato che *“il consenso informato del paziente ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere fra diverse possibilità di trattamento, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e/o di decidere consapevolmente di interromperla in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”* (Cass. Pen., Sez. IV, n. 37077 del 2008). Questa conclusione è fondata sul rispetto del diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione, e ha un significato preciso: *“consolidare la relazione medico-paziente, che deve basarsi sulla libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita”*. La pregnanza dell'autodeterminazione del singolo è stata riconosciuta, peraltro, già da tempo con riferimento al rifiuto alla trasfusione di sangue da parte dei testimoni di Geova, dovendo riconoscersi al paziente *“un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita”* (Cass. Civ., Sez. III, 22 maggio 2008, n. 23676, dove si precisa però che *“allorché il paziente si trovi in stato di incoscienza, la manifestazione del ‘non consenso’ a un determinato trattamento sanitario, ancorché salvifico, dovrà ritenersi vincolante per i medici soltanto se contenuta in una dichiarazione articolata, puntuale ed esplicita, dalla quale emerga inequivocabilmente detta volontà, oppure proveniente da un rappresentante ad acta, designato dallo stesso paziente, e all'esito dell'informazione sanitaria”*. Il che ha finito per rendere ancora più complessa e compatta l'alleanza che deve instaurarsi tra il medico e il paziente in vista della terapia e della cura, perché in questa alleanza entrano in gioco *“non solo la pretesa a essere curati e il dovere di curare, ma anche la pretesa di poter contribuire a identificare la cura e le*

terapie a cui essere sottoposti”.

In questo contesto si colloca il principio (non proprio nuovo, ma certamente reso in modo più esplicito che non in passato) che il consenso informato è necessario ogni qualvolta ci si trovi di fronte a un intervento chirurgico autonomo rispetto a quello “già autorizzato” dal paziente.

La Cassazione ha tratto spunto dalla vicenda di un chirurgo che nel corso dell’operazione aveva trasformato l’intervento di laparoscopia iniziato su una paziente in una laparotomia, provocandole gravi complicazioni intestinali, per ribadire la centralità e il valore costituzionale del consenso informato, spiegando che “*la laparotomia è un intervento completamente diverso dalla laparoscopia ed è solo occasionalmente una variante obbligata dell’urgenza*” (Cass. Civ., Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543). La mancata rappresentazione dell’eventualità di un intervento diverso (più rischioso e invasivo di) quello per il quale era stato richiesto e prestato in origine il consenso dalla paziente rappresenta – si legge nella sentenza – non già la compressione dell’autonomia di intervento del medico, ma un *vulnus* al diritto inviolabile del paziente di autodeterminarsi.

Nella stessa prospettiva di ampliamento dei doveri di informazione la Cassazione ha sancito il dovere del medico che operi all’interno di una struttura sanitaria, ne sia o meno dipendente, di informare il paziente di eventuali carenze o limiti organizzativi o strutturali della stessa, pena il risarcimento dei danni in solido con la struttura per il *deficit* organizzativo o strutturale riscontrato, ove possa presumersi che il paziente, se correttamente informato, si sarebbe avvalso di un’altra struttura (Cass., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 3847, Rv. 616274).

Sul versante penale viene naturale osservare che il problema della violazione del consenso informato è comune ad altri Paesi, dove pure non mancano casi giudiziari clamorosi, con la differenza però che da noi questi casi sono spesso e volentieri usati o vissuti per alimentare polemiche o timori astratti o campagne denigratorie contro gli operatori sanitari o contro i giudici (emblematico è stato il caso Englaro), anziché come occasione di riflessione di proposte normative concrete. Una delle quali viene indicata nell’introdurre anche nel nostro ordinamento una norma penale che incrimini il *trattamento sanitario c.d. arbitrario*, cioè il trattamento eseguito dal medico senza il consenso o con il consenso invalido del paziente (perché prestato, ad esempio, da un minore di età o da un infermo di mente), a tutela della libertà di autodeterminazione terapeutica di questi, indipendentemente dall’esito fausto o infausto dell’intervento eseguito. Sulla falsariga della soluzione adottata all’estero, e, in particolare, nel codice penale austriaco e nel progetto di riforma del codice penale tedesco e suggerito da noi in uno dei tanti progetti di legge delega per l’emanazione di un nuovo codice penale.

La previsione di una norma penale espressa in tema di trattamento sanitario arbitrario eviterebbe certamente di dover continuare a ricorrere ad adattamenti di figure di reato che il legislatore non ha ipotizzato per il medico e che hanno origine e campi

di applicazione completamente diversi da quello sanitario (come la violenza privata, lo stato di incapacità procurato mediante violenza e financo il sequestro di persona), che pure sono stati utilizzati dalla giurisprudenza in presenza di casi di prestazioni mediche eseguite senza il consenso del paziente o, addirittura, con il suo rifiuto libero e consapevole.

Se nell’ottica del penalista l’assenza del consenso informato del paziente investe essenzialmente la qualificazione giuridica della condotta arbitraria del medico e le possibilità di scriminarla, è stato tuttavia a lungo motivo di discussione se fosse opportuno prevedere una *tutela diretta* del consenso in quanto tale, indipendentemente cioè dal verificarsi di un evento lesivo (morte o lesioni personali del paziente), o se, al contrario, si dovesse preferire una *tutela indiretta*, nel senso che solo quando la condotta del medico assuma i tratti tipici delle corrispondenti disposizioni di parte speciale del codice penale scatta la necessità della repressione: ipotesi che, ovviamente, non si verifica per ogni intervento effettuato senza il consenso o in presenza di un consenso viziato del paziente, ma solo quando l’intervento arbitrario è sfociato in un evento lesivo.

La necessità della ricorrenza del fatto tipico descritto nella fattispecie penale è stata ribadita di recente dalla Corte di cassazione, precisando che il disvalore penale della condotta medica deve essere polarizzato sulla lesione dell’integrità fisica del paziente, sicché il trattamento medico eseguito arbitrariamente, ma *in conformità delle regole dell’arte e con esito fausto* non espone il medico ad alcuna responsabilità penale, né per il delitto di violenza privata, né per quello di lesioni personali (Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, Giuliani).

Sulla soluzione adottata (che è in pratica quella realistica della tutela indiretta del consenso) hanno influito indubbiamente, quali criteri di valutazione ermeneutica, il *principio di offensività* e quello di *tassatività* della fattispecie (della serie: se non c’è stata lesione dell’integrità fisica e morale del paziente non può esserci reato, a prescindere dalla prestazione o meno del consenso). Il profilo più interessante di questa sentenza è però un altro e ha un sapore vagamente avveniristico: perché è quello di aver posto in evidenza per la prima volta nella giurisprudenza, in apertura della stessa sentenza, il carattere di *extrema ratio* della tutela penale in materia di responsabilità professionale del medico “*a fronte – leggo testualmente – di eventuali meccanismi sanzionatori alternativi che operano sul terreno civilistico-risarcitorio o anche amministrativo-disciplinare*”. Si ha qui conferma che la più recente giurisprudenza di legittimità intende risparmiare il più possibile al diritto penale un contenzioso quanto mai spinoso e delicato come è quello dell’acquisizione del consenso informato, che pone spesso notevoli difficoltà nella ricostruzione del fatto, lasciandolo al diritto civile e a quello disciplinare, nel cui ambito, peraltro, viene già trattato e discusso da tempo.

Il tema del consenso informato spinge anche a interrogarsi sui

confini del c.d. accanimento terapeutico (o, come anche si dice, della medicina estrema). Il problema non è nuovo. Nuovo, semmai, è il profilo di responsabilità penale del medico che su espressa richiesta del malato intervenga chirurgicamente nel tentativo di procrastinare il momento della morte, sebbene per la scienza medica da quel trattamento “*non si possa fondatamente attendere alcun beneficio per il paziente*”.

Diciamo subito che l'accanimento terapeutico non è solo quello previsto per chi, in fin di vita, ricorre alla medicina di frontiera che offre respirazione artificiale o alimentazione forzata. L'accanimento terapeutico è una realtà quotidiana che fa i conti con terapie che promettono una sopravvivenza aumentata anche ad anziani affetti da tumore e a pazienti con malattie “difficili”. La domanda da porsi è se un'ipotesi di (vero o presunto) accanimento terapeutico, autorizzato peraltro dal paziente deceduto poi a seguito dell'intervento, possa fondare una responsabilità nei confronti del medico. O se si preferisce: se la posizione di garanzia attribuita al medico possa spingersi fino a tanto.

Lo spunto è offerto da una sentenza della Quarta Sezione Penale della Cassazione dell'anno scorso (Sez. IV, 13 gennaio-7 aprile 2011, n. 13746; in *Guida al diritto*, 2011, n. 24, p. 82 ss.), che ha beneficiato di un'eco mediatica spropositata e anche di patenti fraintendimenti nelle grossolane ricostruzioni fatte dalla stampa non specializzata, riconducibili forse al fatto che il tema dell'accanimento terapeutico è ormai al centro dell'attenzione generale, anche in ragione dell'acceso dibattito parlamentare sulle direttive anticipate di trattamento e sulle questioni bioetiche del fine vita.

Il caso sottoposto all'esame degli ermellini riguardava una paziente, malata terminale per plurime affezioni neoplastiche, alla quale erano state cagionate nel corso di un intervento chirurgico di laparoscopia prima e di laparotomia dopo, lesioni personali non tempestivamente identificate che avevano provocato un'emorragia risultata letale.

L'addebito di colpa di maggior interesse non si riferiva però alle lesioni cagionate, ma a un altro aspetto, che partiva da una premessa di fatto. Le condizioni della paziente erano di tale gravità (persona affetta da neoplasia pancreaticata con diffusione generalizzata alla quale restavano pochi mesi di vita e, come tale, da ritenersi inoperabile) da non potersi fondatamente attendere dall'intervento un beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. Secondo la Cassazione, in presenza di queste condizioni, chi ha eseguito l'intervento (anche se consentito dalla paziente) ha agito in spregio del codice deontologico, violando l'art. 16 che impone “*di astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita*”.

Nella formulazione secca e perentoria della massima – *l'omessa adeguata ponderazione da parte del medico di un intervento chirurgico che di per sé integra una forma di accanimento terapeutico*

in caso di esito negativo, può fondare uno specifico profilo di colpa con cui si censura non il risultato in sé imponderabile nell'esecuzione di attività intrinsecamente rischiose, ma la scarsa considerazione degli effetti che l'intervento scelto poteva ragionevolmente e prevedibilmente determinare – c'è senz'altro l'enunciazione di un principio nuovo, anche se esso trova forse un lontano antecedente in quella giurisprudenza che definisce imprudente la decisione del medico che, nell'esercizio della sua attività professionale, dinanzi alla scelta di una terapia ovvero tra differenti terapie ovvero ancora tra differenti modalità di esecuzione di un intervento chirurgico decida, contravvenendo i normali canoni della scienza medica, di coltivare “l'opzione più rischiosa” (Cass., Sez. IV, 6 novembre 2008, Ghisellini).

Intendiamoci. Non è che al medico sia precluso di intervenire anche con operazioni rischiose, perché, ragionando diversamente, si arriverebbe all'assurdo che nessun medico vorrebbe più intervenire nei casi temerari, ove il rischio della morte o dell'insuccesso è molto forte. L'esito dell'intervento (fausto o infausto che sia) non ha nulla a che vedere con il problema della responsabilità del medico, la cui prestazione non può essere ogni volta commisurata al “risultato” della sua attività, specie in presenza di casi rischiosi. La sentenza enuncia la regola che la rischiosità dell'intervento debba essere sempre adeguatamente soppesata dal medico attraverso un'attenta valutazione dei rischi e dei benefici potenziali che possono derivare dalla sua attività chirurgica: con la conseguenza che l'intervento va escluso tutte le volte che il rischio sia preponderante rispetto ai vantaggi che si spera di poter ottenere dalla sua esecuzione. Nel caso di un malato terminale che abbia un'aspettativa di vita assai modesta, ove l'intervento possa palesarsi inutilmente invasivo ed estremamente rischioso, il medico dovrebbe astenersi dall'eseguirlo, anche a prescindere dalla volontà del paziente, “disposto a tutto” pur di conseguire un sia pur brevissimo prolungamento della vita.

In un contesto come questo, insomma, il consenso informato del paziente non varrebbe a neutralizzare, per ciò solo, l'eventuale scelta imprudente del medico. C'è chi è rimasto perplesso per questa soluzione, ravvisando nel *dictum* della Cassazione un tentativo di burocratizzare la professione medica entro schemi troppo rigidi. Un chirurgo – è stato detto – più è bravo e più osa. A lui si rivolgono molti malati gravi chiedendo il “miracolo”. Chi deve decidere se vale la pena di intervenire? È quasi sempre impossibile stabilirlo in anticipo. Si aggiunge che è giusto e doveroso che il medico faccia tutto il possibile per garantire la cura o la terapia migliore, senza speculazioni di alcun genere e senza sconfinare in un estremismo inutile, allungando se possibile la vita del paziente.

A questo punto però il quesito va ribaltato. Se si interviene sul malato inutilmente si fa davvero il suo interesse? Si agisce davvero in nome di una migliore qualità della vita?

La risposta a questo quesito è la vera sfida della medicina di oggi.