

Cassazione penale - Sezione IV, Sent. n. 21799 del 08.06.2010

Svolgimento del processo

Il 14 novembre 2008 il G.U.P. del Tribunale di Sassari, a seguito di giudizio abbreviato, dichiarava non doversi procedere nei confronti di P.G.A.T. in ordine al reato di cui all'art. 590 c.p., comma 2, così qualificata la originaria imputazione di lesioni personali dolose, perché estinto per prescrizione. All'imputato era stato originariamente contestato il delitto di cui all'art. 582 c.p., e art. 583 c.p., comma 1, n. 2, "perché, in assenza di consenso informato del paziente, effettuava un intervento PRK su entrambi gli occhi di Pi.Gi., dal quale derivava l'indebolimento permanente del senso della vista" (X.).

Riferiva il giudice del merito che, alla stregua del contenuto della denuncia-querela del Pi. e delle sue sommarie informazioni rese, questi si era affidato al dott. P. per le cure del caso in ordine ad un'elevata miopia ad entrambi gli occhi ed astigmatismo;

l'imputato, dopo aver effettuato una normale visita oculistica, aveva suggerito l'opportunità di effettuare un intervento correttivo, definito routinario, al quale il paziente si era sottoposto il X.. Aveva asserito il denunciante che, sia durante la visita che prima dell'intervento, il dott. P. non gli aveva fornito alcuna informativa in relazione al prospettato intervento, lasciando tuttavia intendere che avrebbe eseguito un intervento tipo lasik, tecnica che egli dichiarava di conoscere bene per essersi preventivamente ed opportunamente informato; si era poi appurato che l'intervento effettuato era stato di tipo PRK e non lasik, ed a tale tipo di intervento il querelante aveva dichiarato che non si sarebbe mai sottoposto; si era anche accertato che la struttura sanitaria presso la quale operava il dott. P. non era attrezzata per l'esecuzione di interventi in lasik, ma solo per interventi di tipo PRK. Dall'intervento così effettuato erano derivate le lesioni indicate nel capo di imputazione. Il consulente del P.M., accertata l'avvenuta esecuzione di un intervento tipo PRK, aveva rilevato omissioni colpevoli dello specialista (assenza degli esami pre-operatori, ritenuti indispensabili per l'intervento di chirurgia tramite laser, sia PRK che lasik), nonché la "mancata compilazione del c.d. consenso informato".

Nel pervenire alla resa statuizione, il Tribunale osservava che "il consenso del paziente costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico...", e "il contenuto del consenso non è solo la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla... secondo una totale autonomia di scelte... che deve essere sempre rispettata dal sanitario...". E però, "nell'ipotesi di attività medico-chirurgica effettuata in assenza del consenso del paziente non può tuttavia farsi discendere automaticamente una responsabilità del medico a titolo di dolo per lesioni volontarie o, in caso di decesso, per omicidio preterintenzionale": e ciò perché "il sanitario agisce sempre, magari erroneamente, con una finalità terapeutica o curativa che è incompatibile, salvo casi eccezionali..., con il dolo delle lesioni... La valutazione del comportamento del medico sotto il profilo penale... non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza di consenso, non presentando il giudizio sulla sussistenza della colpa e sul nesso di causalità differenze di sorta a seconda che vi sia stato o meno il consenso informato del

paziente. Solo in un'unica ipotesi la mancata acquisizione del consenso rileva quale elemento costitutivo della colpa, allorché tale assenza abbia determinato, in via mediata, l'impossibilità per il medico di conoscere le reali condizioni del paziente e di acquisire una anamnesi completa...".

Rilevava, quindi che, nel "caso oggetto del presente giudizio, l'imputato procedeva ad eseguire sul paziente un intervento oculistico correttivo mediante laser, in mancanza di consenso informato, eseguendo l'operazione con il metodo PRK pur avendo dichiarato, secondo quanto riferito dalla persona offesa, trattarsi di intervento chirurgico in lasik... ". Osservava che "gli atti processuali e la documentazione acquisita... non consentono di affermare con certezza che l'intervento programmato dall'oculista fosse un'operazione in lasik e non di PRK, atteso che, a fronte delle dichiarazioni del paziente, l'unico certificato in atti rilasciato dal sanitario fa riferimento alla tecnica in effetti utilizzata e l'ispezione locale presso la clinica... ha escluso la presenza dei macchinari necessari per poter effettuare una cheratectomia intrastromale". Ricordava, poi, il Tribunale che "la consulenza medico-legale ha evidenziato come la cheratectomia refrattiva (PRK) e la cheratectomia intrastromale (lasik) costituiscano due tecniche di intervento con laser ad eccimeri funzionale alla riduzione dell'occhiale o, nei casi più favorevoli, alla sua completa eliminazione... In entrambi gli interventi con laser ad eccimeri è necessario eseguire una serie di esami preliminari al fine di una selezione accurata delle caratteristiche cliniche...", e nella specie "il perito di ufficio ha accertato profili di colpa dello specialista e, segnatamente, violazione delle regole cautelari non scritte di diligenza e prudenza, per la mancata esecuzione degli esami preliminari indicati per la chirurgia con laser ad eccimeri..., avendo quindi omesso di valutare possibili controindicazioni all'operazione chirurgica, nonché di prudenza e perizia per aver tentato una correzione di un astigmatismo miopico composto obiettivamente molto elevato, prescindendo dalla conoscenza delle caratteristiche topografiche e di spessore corneale, elementi fondamentali per decidere i parametri di esecuzione del trattamento laser". Alla stregua di tali osservazioni, conclusivamente riteneva il Tribunale che "possa riconoscersi oltre ogni ragionevole dubbio, con alta probabilità logica e credibilità razionale, la sussistenza del nesso causale tra la accertata condotta colposa dell'imputato e il verificarsi dell'evento di lesioni, dovendosi escludere con certezza il verificarsi di fattori causali diversi"; e "deve, pertanto, riconoscersi l'imputato responsabile del delitto di lesioni personali colpose gravi...", reato per il quale si era maturato il termine prescrizione massimo di legge.

Avverso tale sentenza proponeva ricorso immediato per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Sassari, premettendo che di non contestare le conclusioni alle quali era pervenuto il giudice secondo cui: "...l'imputato procedeva ad eseguire sul paziente l'intervento correttivo tramite laser, in mancanza di consenso informato, eseguendo l'operazione con il metodo PRK pur avendo dichiarato, secondo quanto riferito dalla persona offesa, trattarsi di intervento chirurgico in lasik, operazione a seguito della quale residuava in capo al malato un danno..." e denunciando la violazione degli artt. 43 e 582 c.p.. Deduceva che "asserita la colposità della condotta, la qualificazione giuridica del fatto è avvenuta da parte del giudice con semplice adesione ad una nota giurisprudenza, per la quale il fine terapeutico esclude il dolo di lesioni personali,

salvo casi eccezionali". Ma "in tal modo si trasforma un delitto a dolo generico in un delitto a dolo specifico:

cioè si aggiunge al corpo degli elementi costitutivi dell'art. 582 c.p. un elemento del tutto ignoto alla relativa fattispecie e cioè il fine di non agire a scopo terapeutico...". Soggiungeva che "si assuma pure la malattia come un processo patologico che determini un' apprezzata menomazione funzionale dell'organismo, secondo la nozione più restrittiva della giurisprudenza di legittimità...

Ebbene, appare di tutta evidenza che una tale menomazione, sia pure temporanea, è ciò che il medico vuole quando incide sui tessuti del paziente... Dalla ferita chirurgica deriva una malattia, nel senso delle sentenze citate, perchè da questa ferita bisogna comunque guarire. In altri termini, la resezione istologica non è senza conseguenze: la lesione operatoria ha causato un processo patologico che deve concludersi, ha causato quindi una malattia... Il medico vuole una malattia per guarirne un'altra...; la malattia da lui voluta è strumentale alla guarigione, ma pur sempre una malattia...".

Rilevava, poi, che "sotto altro profilo..., in caso di intervento chirurgico in assenza di consenso informato vi è aggressione all'incolumità individuale: ciò che manca è un'aggressione alla salute, perchè l'intervento chirurgico tende anzi ad un recupero della stessa. Ma la salute solo ha riguardo al rapporto finale costi-benefici ed attiene ad un altro campo, quello dell'equilibrio psico-fisico dell'uomo... Essa non costituisce l'oggetto di tutela dell'art. 582 c.p. invece espressamente individuato dal legislatore nell'incolumità individuale.

Detto in altri termini, non possono sovrapporsi due nozioni, quella di incolumità individuale e quella di salute, che invece devono essere ritenute separate. L'assimilazione urta contro l'espressa intitolazione legislativa": donde la conclusione che "il medico che procede ad un intervento chirurgico in assenza di consenso informato versa necessariamente in dolo di lesioni personali". Osservava, infine, che "viene da chiedersi se non ci sia contraddizione fra asserire la necessità del consenso e poi asserire che sotto il profilo penale la valutazione del comportamento del medico non ammette un diverso apprezzamento a seconda che il consenso ci sia o non ci sia... Parremmo proprio essere di fronte ad una restaurazione del paternalismo medico nella sua formulazione più pura: è solo il medico che decide secondo scienza e coscienza ciò che è meglio per il malato".

Il ricorrente chiedeva conclusivamente, "configurato il reato di lesioni personali dolose gravi", l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata, "affinché il giudice del rinvio si uniformi ai principi di diritto che la Corte, se ritenuto del caso a Sezioni Unite, riterrà di stabilire".

Questa Sezione, con ordinanza in data 28.1.2010, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite penali.

Ha osservato che, con sentenza del 18 dicembre 2008, n. 2437/2009, le stesse Sezioni Unite di questa Suprema Corte hanno affermato il principio che "non integra il reato di lesione personale, né quello di violenza privata, la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto...". Ha, quindi, considerato che in quella sede non è stato affrontato *ex professo* il tema relativo alla diversa ipotesi che l'intervento

terapeutico si sia risolto, invece, con esito infausto, limitandosi la precitata sentenza a rilevare, da ultimo, che "ciò non toglie, peraltro, che... potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui... si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa...". Ha, altresì, considerato che sembra, tuttavia, di dover desumere dall'apparato argomentativo di tale sentenza che, una volta esclusa la rilevanza del mancato consenso del paziente all'atto terapeutico posto in essere, dovrebbero essere valutati solo gli eventuali profili colposi di tale attività terapeutica posta in essere, evidentemente solo in relazione alla osservanza o meno delle *leges artis*, con eventuale ravvisabilità di reati solo colposi e non dolosi. Aveva, indi espresso "notevoli perplessità" sulla (nuova) nozione di lesione, in ambito terapeutico, come delineata dalle Sezioni Unite, che avevano evocato "una propensione al recepimento normativo della nozione funzionalistica della malattia", e ritenuto di accedere "ad una impostazione per così dire funzionalistica del concetto di malattia", che "non potrà non proiettarsi a coprire anche la conseguenza funzionale che dalla condotta illecita è derivata...".

Il Presidente aggiunto di questa Corte, con provvedimento in data 12.2.2010, ha restituito gli atti a questa Sezione rilevando che il principio affermato dalla sentenza delle SS.UU. nella sentenza n. 2437/09 del 18.12.2008, ric. Giulini, secondo il quale un esito "fausto" del trattamento chirurgico, sia pure effettuato difformemente da quello per il quale il paziente aveva prestato il consenso, non integra il reato di cui all'art. 582 c.p. (nè quello di cui all'art. 610 c.p.), "non incide sul thema decidendum oggetto del ricorso in questione,... trattandosi nella specie di un intervento chirurgico con esito lesivo della salute del paziente, oltre che effettuato con modalità operatorie diverse da quelle assentite" e che "trattasi, pertanto, di questioni diverse...".

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Deve innanzitutto rilevarsi che in riferimento al reato come originariamente qualificato e che il ricorrente chiede venga ritenuto (art. 582 c.p., art. 583 c.p., comma 1, n. 2) non sono, ad oggi, ancora decorsi i termini prescrizionali massimi di legge, trovando applicazione la più favorevole normativa al riguardo prevista dall'art. 157 c.p., come novellato dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 6 (la sentenza di primo grado impugnata è stata resa il 14 novembre 2008: art. 10 di tale disposto normativo), il reato in questione è contestato come commesso "nel X." ed è punibile con la pena da tre a sette anni. Il termine di sette anni a fini prescrizionali va aumentato, ai sensi del novellato art. 161 c.p., comma 2, di un quarto (pari ad un anno e nove mesi) per effetto degli intervenuti atti interruttivi, onde il relativo termine massimo si colloca ad agosto 2009.

Peraltro, come già rilevato nell'ordinanza di rimessione alle SS.UU. sopra indicata, "nel corso del giudizio sono, però, intervenute delle sospensioni:

a) all'udienza del 4 luglio 2006 "la difesa chiede termine per valutare la possibilità di chiedere rito alternativo"; il giudice rinvia al 27 settembre 2006; il periodo di rinvio è di mesi due e giorni ventitre;

- b) all'udienza del 13 aprile 2007 "la difesa dichiara di aver avuto conoscenza dell'elaborato peritale soltanto in data odierna e chiede un differimento della discussione"; il giudice rinvia all'udienza dell'8 giugno 2007; il periodo di rinvio è mesi uno e giorni ventisei. Torna opportuno annotare al riguardo che la perizia venne disposta all'udienza del 5 dicembre 2006 con fissazione dell'udienza del 13 aprile 2007 per il deposito e la discussione. E' annotato nel verbale di tale udienza che il perito prof. F.M. è "assente"; sarà presente alla successiva udienza dell'8 giugno 2007, nella quale venne escusso. Sull'incarto contenente la relazione di perizia è annotato, con timbro, "10 apr. 2007 Pervenuto";
- c) all'udienza del 18 settembre 2007 "la difesa rappresenta che, per mero disguido, non è pervenuta la consulenza tecnica, redatta dal (proprio) consulente di parte già indicato. Chiede pertanto un differimento per il deposito"; il giudice rinvia all'udienza del 26 ottobre 2007; il periodo di rinvio è di mesi uno e giorni otto;
- d) all'udienza del 26 ottobre 2007 "la difesa rappresenta l'impedimento del dott. p.s. (suo consulente di parte) in ragione di concomitanti impegni professionali e chiede un breve differimento per il deposito della consulenza di parte"; il giudice rinvia all'udienza del 16 novembre 2007; il periodo di rinvio è di giorni ventuno;
- e) all'udienza del 21 marzo 2008 "l'avv. Marco Enrico chiede di concerto col P.M. fissarsi udienza di discussione"; il giudice rinvia all'udienza del 15 luglio 2008; il periodo di rinvio è di mesi tre e giorni ventiquattro.

Non appare computabile ai fini interruttivi il periodo di mesi uno e giorni ventisei, indicato supra, sub b), giacché quel rinvio venne evidentemente disposto al fine di consentire l'esercizio del diritto di difesa, essendosi dato atto, peraltro, dell'assenza del perito a quella udienza.

Sono, invece, computabili per intero gli altri periodi di sospensione sopra indicati, il differimento delle udienze essendo stato, in sostanza, disposto solo su richiesta del difensore dell'imputato, ancorché l'ultimo "di concerto col P.M."

Tali periodi assommano complessivamente a mesi otto e giorni sedici, che, aggiunti ad agosto 2009, portano il relativo termine prescrizione di legge al 16 maggio 2010.

Ciò premesso, è incontestabile che la situazione fattuale della vicenda in esame è diversa da quella oggetto della precitata sentenza delle Sezioni Unite del 18 dicembre 2008, n. 2437/2009, sotto il profilo che in tale ultimo caso l'intervento terapeutico, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* si era concluso con esito fausto; nel caso che qui rileva l'intervento terapeutico, eseguito con "violazione delle regole cautelari non scritte di diligenza e prudenza..., nonché di prudenza e perizia", si è concluso con esito infausto, determinativo delle lesioni sopra ricordate; in ambedue i casi, tuttavia, esso è stato eseguito con modalità operatorie non assentite dal paziente.

Pur nella diversità degli esiti dell'intervento terapeutico (fausti nella fattispecie esaminata dalle Sezioni Unite, infausti nel caso che ci occupa), ritiene il Collegio, tuttavia, che la vicenda in esame rimandi, in ogni caso, alle tematiche di diritto affrontate dalle Sezioni Unite dovendosi pur sempre delibare le seguenti due questioni: quella della rilevanza o meno del mancato consenso del paziente all'atto terapeutico intrapreso e quello del concetto di malattia, rilevante in fattispecie di lesioni personali arrecate a seguito dell'eseguito intervento terapeutico.

Quanto alla prima, il giudice del merito ha ritenuto che "il sanitario agisce sempre, magari erroneamente, con una finalità terapeutica o curativa che è incompatibile, salvo casi eccezionali..., con il dolo delle lesioni... La valutazione del comportamento del medico sotto il profilo penale... non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza di consenso". Il ricorrente deduce, invece, che "in tal modo si trasforma un delitto a dolo generico in un delitto a dolo specifico: cioè si aggiunge al corpo degli elementi costitutivi dell'art. 582 c.p. un elemento del tutto ignoto alla relativa fattispecie e cioè il fine di non agire a scopo terapeutico...".

Quanto alla seconda questione sopra accennata, il ricorrente inequivocabilmente propone il tema della nozione di malattia, in relazione al reato di lesioni personali, nei termini che si sono, pur essi, sopra riportati. E la tematica al riguardo non può non investire, conseguentemente, la individuazione dell'elemento psicologico della condotta.

Le Sezioni Unite di questa Suprema Corte, con la richiamata sentenza n. 2437 del 18.12.2008, (Rv. 241752), hanno affermato il principio che "non integra il reato di lesione personale, nè quello di violenza privata la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle "leges artis", si sia concluso con esito fausto, essendo da esso derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte dello stesso".

Infatti, hanno ritenuto, affrontando ex professo il quesito se abbia o meno rilevanza penale, sotto il profilo delle fattispecie di lesioni personali o di violenza privata, la condotta del medico che sottoponga il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, che dall'atto così eseguito non potesse dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur se "anatomicamente" lesivo, non soltanto non avrebbe provocato - nel Quadro generale della "salute" del paziente - una diminuzione funzionale, ma sarebbe valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto, non può ritenersi integrato il delitto di cui all'art. 582 c.p.. proprio per difetto del relativo "evento".

Ma in quella sede non è stata affrontata specificamente la diversa ipotesi dell'intervento terapeutico che si sia risolto, invece, con esito infausto.

Ora, non è discutibile che l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il "consenso" del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento: infatti, il medico, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado per le sue condizioni di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. In questa prospettiva, il consenso, per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere "informato", cioè "espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e

l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., (per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico - malato è quello della 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 e che deve essere sempre rispettata dal sanitario". In tal senso, del resto (lo ricorda anche la succitata sentenza delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte), sono le indicazioni del codice deontologico della categoria professionale.

Peraltro, è stato affermato che "il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost...." (così la precitata sentenza delle Sezioni Unite, che ha richiamato anche le "numerose fonti internazionali" che "prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti sanitari" e "le diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche"; puntuali e del tutto esaustivi rilievi al riguardo sono anche contenuti nella sentenza della 1^a sezione civile di questa Suprema Corte del 16 ottobre 2007, n. 21748).

Quindi, se è vero che il consenso informato del paziente - salvi i già accennati casi di intervento obbligatorio per legge, di necessità o di impossibilità del paziente di interloquire sui prospettati percorsi terapeutici - rende lecito l'intervento terapeutico del medico, deve rilevarsi come non si possa al contempo addvenire a soluzioni ermeneutiche che vanificano radicalmente tale principio, assumendo che il medico sia comunque e sempre legittimato all'espletamento di quella attività terapeutica in ossequio al fine curativo perseguito in favore del paziente.

In caso di esito infausto dell'intervento terapeutico, il criterio di imputazione, potrà essere, invero, di carattere colposo qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso; ovvero nelle consuete ipotesi integranti la c.d. "colpa medica" come quelle di omissione di condotte tecnicamente doverose, assenza del necessario grado di perizia ovvero carenza dell'opportuna prudenza.

Ma si deve (cfr. Sez. 1, 29.5.2002, n. 26446, Rv. 222581) ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte.

In tal caso, qualora l'esito dell'intervento, effettuato con il dissenso del paziente anche limitatamente alle modalità esecutive, sia risultato "infausto", quanto alle conseguenze penali scaturenti da detto intervento terapeutico (escluso anche

che la fattispecie possa rifluire nella previsione dell'art. 610 c.p.), viene in rilievo il disposto dell'art. 582 c.p..

Richiamando tale norma il concetto di malattia, le stesse Sezioni Unite (nella pregressa sentenza n. 9163 del 25.1.2005, Rv 230317) avevano ricordato e rilevato che "in alcune delle più autorevoli versioni dizionariistiche della lingua italiana, la malattia è definita come lo stato di sofferenza dell'organismo in toto o di sue parti, prodotto da una causa che lo danneggia, e il complesso dei fenomeni reattivi che ne derivano, ed elemento essenziale del concetto di malattia è la sua transitorietà, il suo andamento evolutivo verso un esito, che può essere, a seconda dei casi, la guarigione, la morte o l'adattamento a nuove condizioni di vita...". Avevano, in particolare, ricordato che "la giurisprudenza di legittimità formatasi in riferimento all'art. 582 c.p. ha ritenuto che il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte...; che esso comporti alterazioni organiche o funzionali sia pure di modesta entità... qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata... E questa Suprema Corte, affrontando il tema del significato del termine dal punto di vista etimologico... ha rilevato che quello di malattia indica un concetto dinamico, un modo di essere che in un certo momento ha avuto inizio... ". Tali approdi giurisprudenziali, reiteratamente espressi, erano, per vero, ritenuti del tutto consolidati. La stessa sentenza n. 2437/2009 delle Sezioni Unite da atto che la giurisprudenza di legittimità era "consolidata nell'affermare che, in tema di lesioni personali volontarie, costituisce malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura sino a quando è in atto il suddetto processo di alterazione..."; e ricorda anche che "la scienza medica può dirsi da tempo concorde... nell'intendere la malattia come un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo...".

E tuttavia, le Sezioni Unite, nella sentenza da ultimo citata, hanno ritenuto, come già accennato nell'ordinanza di rimessione, di ravvisare "una propensione al recepimento normativo della nozione funzionalistica della malattia", e di accedere alla conforme impostazione del concetto della stessa, che "non potrà non proiettarsi a coprire anche la conseguenza funzionale che dalla condotta illecita è derivata... Se, dunque, si cagiona sul derma dell'individuo una soluzione di continuo che (si riconosce) può integrare la nozione di lesione, ciò è ancora inconferente, sul versante del trattamento medico - chirurgico, agli effetti della integrazione del precetto, se ad essa non consegua una alterazione funzionale dell'organismo..." Se n'è inferito che "l'atto operatorio in sé...rappresenta solo una porzione della condotta terapeutica, giacché essa, anche se ha preso avvio con quell'atto, potrà misurarsi, nelle sue conseguenze, soltanto in ragione degli esiti conclusivi che dall'intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva del paziente che a quell'atto si è - di regola volontariamente - sottoposto". In sostanza, poiché la condotta del chirurgo "è rivolta a fini

terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà commisurata la correttezza dell'agere, in rapporto anche alle regole dell'arte...".

In buona sostanza, cioè, non ci si discosta per quel che concerne l'esito "infausto" dell'operazione chirurgica "abusivamente" eseguita in assenza di un corretto "consenso informato", dalla linea in precedenza seguita dalla Suprema Corte (Cass. pen. Sez. 1, 29.5.2002, n. 26446 Rv. 222581; Sez. 4, 16.1.2008, n. 11335, Rv. 238967).

Ma la medesima sentenza ha anche precisato che per "esito fausto" dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare - quindi - che possa essere soltanto la "monologante" scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, neglignendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo. Ove, invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto, nei termini predetti, "la condotta del sanitario, avendo cagionato una "malattia", realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale". Orbene, ragionando in termini compatibili con gli assunti delle Sezioni unite, in caso di intervento infausto, potrebbe discutersi di responsabilità a titolo di lesioni volontarie o, in caso di morte, a titolo di omicidio preterintenzionale in presenza di comportamenti del medico assolutamente anomali e distorti e comunque dissonanti rispetto alla finalità curativa che deve caratterizzare il proprio approccio terapeutico.

Sono le situazioni in cui si accerti che il sanitario abbia agito pur essendo conscio che il suo intervento - poi causativo di danno o della morte del paziente - avrebbe prodotto una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente:

esemplificando, nei casi in cui tale menomazione venga provocata, intenzionalmente, per scopi scientifici o di ricerca; nei casi di interventi demolitivi coscientemente inutili; nei casi in cui il medico proceda ad un'amputazione per curare una patologia che sa poter essere affrontata agevolmente con diversi mezzi terapeutici, ecc; o altri casi marginali, in cui non vi può esser dubbio circa la possibilità di ravvisare quell'atteggiamento psicologico doloso rispetto al fatto lesivo che legittima, a seconda degli esiti derivati, l'integrazione dei corrispondenti reati dolosi delle lesioni volontarie o dell'omicidio preterintenzionale. Analoga situazione si è verificata nel caso di specie.

Infatti, la consulenza disposta in 1° grado, e così il giudice di merito, hanno ricollegato eziologicamente il residuo difetto visivo ad alterazioni corneali centrali cicatriziali, situazione di annebbiamento visivo e di facile abbagliamento, con riduzione del visus non correggibile ulteriormente con lenti, danno qualitativo e quantitativo all'integrità fisica di natura permanente alla condotta del sanitario che omise di eseguire gli esami preliminari indicati per la chirurgia con laser ad eccimeri, necessari sia per l'intervento lasik che PRK (risultando irrilevante la scelta del metodo essendo le due tecniche ritenute simili in termini di efficacia e predittività per la correzione delle miopie, indipendentemente dal grado

presentato) ed avendo quindi omesso di valutare possibili controindicazioni all'operazioni chirurgica nonché tentando, con imprudenza ed imperizia, una correzione di un astigmatismo miopico composto obiettivamente molto elevato, prescindendo dalla conoscenza delle caratteristiche tipografiche e di spessore corneali, elementi fondamentali per decidere i parametri di esecuzione del trattamento laser.

Si tratta di una condotta anche qui talmente anomala da esorbitare di gran lunga dai canoni della mera imprudenza, imperizia o negligenza.

A tanto deve aggiungersi il dato che la struttura sanitaria ove operò l'imputato non era attrezzata per l'intervento lasik ma solo per quello PRK, sicché era ab origine da escludere la possibilità della prima modalità esecutiva dell'intervento e di tanto non poteva essere ignaro il medico che vi operava.

Ciò implica che il consenso del paziente all'intervento non fu solo invalido e non ritualmente informato, ma nemmeno liberamente prestato, dovendosi riconoscere che "a monte" fu anche fraudolentemente carpito.

Dunque si è in cospetto di una anomalia della condotta del medico talmente grossolana da non consentire di ragionare in termini di mero eccesso colposo (art. 55 c.p.) finanche nell'erroneo presupposto dell'esistenza di una esimente (art. 59 c.p.), dovendosi necessariamente constatare che il medico travalicò gli estremi limiti di una condotta consapevolmente colposa (colpa cosciente) laddove fu piuttosto animato da una palese volontà che accettò pienamente ed in via preventiva il rischio dell'evento lesivo poi verificatosi (dolo eventuale). Conclusivamente, se il consenso del paziente funge da indefettibile presupposto di liceità del trattamento medico, con la conseguenza che la mancanza di un consenso opportunamente "informato" del malato, o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico e la sua rilevanza penale, in ogni caso l'illiceità dell'intervento terapeutico del sanitario eseguito in difformità dal consenso prestato o in sua assenza, va posta in necessaria correlazione con l'esito infausto di esso alla stregua della pronuncia delle SS.UU. nella sentenza del 2009 sopra citata.

L'inquadramento di tale condotta sotto il profilo psicologico e la conseguente integrazione della fattispecie criminosa contestabile seguirà le connotazioni circostanziali del caso concreto, ma se tale intervento è stato posto in essere nella piena coscienza dell'esplicito dissenso del paziente o peggio, come nel caso di specie, carpandone il consenso in relazione ad una modalità esecutiva dell'intervento a priori oggettivamente non attuabile, deve ravvisarsi non solo la imprescindibile volontà di incidere sulla incolumità individuale, che è il bene protetto dalla norma, attraverso la necessaria e propedeutica lesione strumentale chirurgica, ma anche quella peculiare di procurare - quanto meno sotto il profilo della preventiva accettazione del rischio della sua verifica - il consequenziale evento dannoso finale, cioè quello non apprezzabile come fausto nei termini come sopra precisati dalla sentenza n. 2437 del 18.12.2008 delle Sezioni Unite.

Questo va, quindi, imputato a titolo di dolo, non di colpa (ravvisabile nel concreto espletamento dell'intervento terapeutico meramente non assentito, con esito infausto), non essendo richiesto per il reato di lesioni personali volontarie il dolo specifico e rimanendo, perciò, del tutto irrilevante che l'atto terapeutico, che ha cagionato la malattia finale, sia stato posto in essere al fine di guarirne altra o

assicurare un più appagante assetto psico-fisico "sul piano della valutazione complessiva della salute":

determinazioni, queste, peraltro, di esclusiva competenza del paziente.

Ne consegue la natura prettamente dolosa del reato quale originariamente contestato e l'annullamento dell'impugnata sentenza con rinvio al Giudice competente che si atterrà al principio di diritto per cui: la condotta del medico che intervenga con esito infausto su paziente che abbia espresso il dissenso nei confronti del tipo d'intervento chirurgico rappresentatogli, deve essere qualificata come dolosa e non colposa.

P.Q.M.

Annulla l'impugnata sentenza e rinvia per nuovo giudizio al GUP del Tribunale di Sassari.