

**Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti:  
dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla personalizzazione del rapporto  
medico-paziente**  
di Nicola Posteraro

SOMMARIO: 1. Il diritto alla salute come diritto assoluto a poter scegliere; 2. Dall'autonomia al consenso informato; 3. La necessaria informazione; 4. Segue. Le Conseguenze della inadeguata informazione: profili di responsabilità civile e penale; 5. Medico e paziente: dal paternalismo al modello liberale. Un rapporto che cambia; 6. Qualche rilievo critico: l'uso spasmodico del consenso e la disumanizzazione della medicina.

Parole chiave: salute – libertà – paternalismo – consenso informato – responsabilità medica – autodeterminazione

## **1. Il diritto alla salute come diritto assoluto a poter scegliere**

Il diritto alla salute, alla luce dell'interessante percorso ermeneutico che ha reso l'uomo fulcro dell'ordinamento giuridico, rappresenta, oggi, un diritto "nuovo"<sup>1</sup>, ricondotto ad una dimensione più spiccatamente personalistica e soggettiva.

Grazie al processo di depatrimonializzazione<sup>2</sup> e all'interpretazione ontologica e assiologica della persona umana, il concetto di libertà sanitaria costituisce perfetta esplicazione del più ampio principio di diritto di cui all'articolo 13 Cost.<sup>3</sup>: la tutela della salute deve essere bilanciata con la libertà personale dell'individuo, con la sua capacità di autodeterminarsi e salvaguardare la propria integrità fisica e psichica. In mancanza di tale bilanciamento, la persona non sarebbe in grado di esercitare alcun altro diritto fondamentale garantito dal nostro ordinamento giuridico e si troverebbe ad essere limitata nell'esplicazione piena della propria personalità.

In conformità col principio generale estraibile dalla combinazione delle regole espressive del più ampio principio personalistico adottato dalla nostra Costituzione<sup>4</sup>, la persona è posta come "centro di interessi e di valori intorno al quale si coagula il sistema delle garanzie personali"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 41; l'a. definisce il diritto alla salute un diritto nuovo per via della sua diversa collocazione nel settore economico-sociale.

<sup>2</sup> Sul processo di depatrimonializzazione, si veda LASSO A., *Centralità della questione etica e rilevanza dell'interesse non patrimoniale nella regolamentazione del mercato*, in MARTINEZ SICLUNA Y SEPULVEDA C. (a cura di), *L'etica del mercato*, Milano, 2011, pp. 115-142.

<sup>3</sup> Corte Cost., sent. n. 471/1990 ha riconosciuto espressamente che la libertà di cui all'articolo 13 Cost. comprende anche la libertà di ciascuno di disporre del proprio corpo. Essa ha creato una stretta connessione, così, tra il diritto alla salute e quello alla libertà d'autodeterminazione: l'articolo 13 Cost. appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi, indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto della persona.

<sup>4</sup> L'importanza del suddetto principio personalistico ricollegato all'articolo 32 Cost. si è posto come rilevante anche nell'ambito dell'attività ermeneutica delle norme civilistiche. In tema di tutela del possesso, per esempio, l'articolo 873 c.c. viene interpretato facendo riferimento esplicito al concetto riportato al primo comma dell'articolo 32 della Costituzione. L'argomentazione, dopotutto, non può escludere il riferimento all'articolo 844 c.c., che riconosce al proprietario di un fondo il diritto di impedire immissioni di fumo e di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino che superino le normali soglie di tollerabilità: la relativa azione

Il singolo è nucleo centrale, soggetto autonomo; egli decide per sé senza che i terzi -esterni- possano intaccare tale esplicazione della propria autonomia sanitaria: essi rimangono estranei, nella generalità dei casi, al momento decisionale dell'individuo; e soltanto laddove le scelte del singolo autonomo possano in astratto lacerare i loro altri diritti costituzionalmente garantiti, allora sarà possibile vederli trasporre da un lato passivo a quello attivo. Ma, in quel caso, tale trasposizione sarà giustificata dal fatto che essi, presi nella totalità, avranno assunto i connotati di soggetti portatori di valori collettivi sicuramente destinati a prevalere (nell'ottica del bilanciamento costituzionale) su quelli vantati dal singolo individuo nell'ambito della propria autonomia decisionale<sup>6</sup>.

---

inibitoria può essere esperita dal soggetto leso per conseguire la “cessazione delle attività nocive alla salute” (così, Cass. Civ., SS.UU., sent. n. 10186/1998). Cfr. anche Cass. Civ., sez. III, sent. n. 8420/2006.

<sup>5</sup> Così si è espressa Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 36519/2001. Cfr., a proposito, FIORI A., LA MONACA G., ALBERTACCI G., *In tema di trattamenti medico chirurgici effettuati per autonoma decisione del medico senza previo consenso del paziente: un passo avanti nella giurisprudenza della Cassazione penale?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2002, pp. 880 e ss.

<sup>6</sup> Né valgono a rendere affievolibile tale diritto le -apparenti- limitazioni previste dal nostro ordinamento all'art. 5 c.c. (che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che “cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica ovvero siano contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume”) ed al secondo comma dell'art. 32 Cost. (il quale disciplina, invece, i rapporti tra il singolo e la collettività nell'ottica dei cd. trattamenti sanitari obbligatori). Quanto al primo -presunto- limite, esso non rappresenta un principio assoluto. Per conseguire il benessere psicofisico, infatti, il paziente ha il diritto di sottoporsi ai trattamenti sanitari ritenuti all'uopo più efficaci per la sua salvaguardia; e se dunque il diretto interessato può disporre del diritto all'integrità psicofisica nei limiti in cui essa sia funzionale a finalità terapeutiche, la *ratio* interpretativo-applicativa dell'articolo 5 è normale che debba essere circoscritta agli atti che non siano rivolti alla tutela della propria salute. Il dibattito che ha interessato la relazione tra le due norme si è spesso adagiato, secondo MORANA D., *La salute nella costituzione italiana, profili sistematici*, Milano, 2002, p. 143, su una lettura pigra della norma codicistica: si sono erroneamente prese le mosse da essa per interpretare il dettato costituzionale; si sarebbe dovuto partire dalla Costituzione, invece, per esaminare la validità e la portata della legislazione ordinaria. Cfr. a questo proposito anche PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, I, pp. 50 e ss. Come affermato da Corte Cost., sent. n. 161/1985, “per giurisprudenza costante gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti”, pur se vadano concretamente a minare l'integrità fisica d'un soggetto malato fino a renderlo menomato rispetto a come si presentava prima della disposizione. Si pensi al caso d'un'operazione quale quella dell'amputazione del piede diabetico, in assenza della quale il paziente rischierebbe la morte: “la natura terapeutica che la scienza assegna all'intervento chirurgico, e che la legge riconosce [...] ne esclude l'illiceità” (così, Corte Cost., sent. n. 161/1985; in dottrina, BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2010, p. 232). Il disposto dell'articolo 5 c.c., in definitiva, non restringe la libertà di autodeterminazione, ma, all'opposto, la protegge, poiché vieta l'abuso ma non l'atto dispositivo del proprio corpo (Cfr. BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 388). Occorre precisare che il divieto in analisi è limitato ai soli comportamenti positivi, come diffusamente riconosciuto in dottrina (cfr. CRISAFULLI V., *In tema di trasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1982, p. 561: “non si estende, quindi, ai comportamenti di mera inerzia che, pure, abbiano per conseguenza la diminuzione dell'integrità. Inoltre esso non trova applicazione neppure nel caso in cui si stia discutendo d'una diminuzione, c.d. temporanea, come accade, per esempio, nel caso della donazione di sangue, o del contratto di baliatico”). Quanto al secondo limite, Corte Cost., sent. n. 307/1990 ha affermato che un TSO può essere imposto solo nella previsione che esso “non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili”. Dopotutto, come precisato da Corte Cost., sent. n. 307/1990: “la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'articolo 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi sia assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”). Cfr. sul punto BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1967, p. 90). Il legislatore (l. n. 180/1978, art. 1) precisa che il carattere coercitivo di un trattamento non potrà mai comprimere o pregiudicare l'esercizio “dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione”. Ciò significa che un trattamento sanitario obbligatorio non può negativamente incidere né sulla

Tale riconosciuta libertà di scelta dell'individuo comprende pure, oltre al diritto ad essere curati e a richiedere le cure necessarie/volute, il diritto negativo del soggetto -capace- di scegliere autonomamente il rifiuto ai trattamenti sanitari<sup>7</sup>; il suo diritto inviolabile, cioè, a rimanere inerte di fronte a certe necessità terapeutiche<sup>8</sup>, ricavabile *a contrario* dal secondo comma dell'articolo 32 Cost. e coincidente con la "libertà nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo"<sup>9</sup>. Non è possibile prevedere alcun dovere alla terapia che possa in qualche modo danneggiare ed intaccare la libera scelta del soggetto paziente<sup>10</sup>; ed anzi, l'eventuale suo rifiuto cosciente e responsabile costituisce un limite invalicabile per l'attività medica che sul diritto fondamentale incide. In quest'ottica, la portata del principio dell'incoercibilità del trattamento sanitario è tale da comprendere anche il diritto del paziente di

---

capacità di diritto privato, né sulla capacità di diritto pubblico del paziente. La fissazione di questa ulteriore garanzia non risulta casuale, né, tanto meno, un'inutile ripetizione. Se con la previsione del rispetto della dignità della persona si è voluto "tutelare la persona in tutte le sue attribuzioni (integrità psico-fisica, riservatezza, identità, ecc.) ma staticamente considerata", col riconoscimento dei diritti civili e politici costituzionalmente garantiti il legislatore si è mosso piuttosto "sul terreno dello sviluppo della personalità del cittadino" (così, BRUSCUGLIA L., *Legge 13 maggio 1978, n.180, in Le nuove leggi civili commentate*, I, 1979, Padova, p. 187). Cfr. Corte Cost., sent. n. 118/1996: "la disciplina costituzionale della salute comprende due lati, individuale e soggettivo l'uno (la salute come 'fondamentale diritto dell'individuo'), sociale e oggettivo l'altro (la salute come 'interesse della collettività'). Talora l'uno può entrare in conflitto con l'altro, secondo un'eventualità presente nei rapporti tra il tutto e le parti". A questo proposito, cfr. PEZZINI B., *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, p.131). All'individuo dinamico, quindi, sono richieste delle prestazioni in ottemperanza a quei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale stabiliti all'articolo 2 Cost. e che aiutano a dare riprova evidente d'un chiaro ripensamento di non poco momento del concetto di persona. L'interesse della collettività, in questo senso, rappresenta un limite esterno al diritto individuale, una "barriera che ne circoscrive l'ampiezza senza tuttavia condizionarne il godimento" (Cfr. MORANA D., cit., p.163): la tutela del diritto dell'individuo identifica così la regola generale; l'interesse collettivo, invece, costituisce, di rimando, la sua -giustificata- eventuale eccezione (Cfr. CARLASSARE L., *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in ALESSI R. (a cura di), *L'ordinamento sanitario*, Milano, 1967, pp. 110 e ss.).

<sup>7</sup> Cfr. MORANA D., cit., pp. 3-5.

<sup>8</sup> La libertà di salute è la pretesa a che tutti si astengano dal limitare o condizionare la propria condizione psicofisica attuale ed il suo divenire, "senza frapposizione di ostacoli nelle scelte che riguardano il se e il come godere della propria salute. E giacché la tutela apprestata dall'ordinamento si estende anche all'inerzia del titolare della libertà, il godimento di essa potrà avvenire anche in forma negativa" (Così, MORANA D., cit., p. 111): il soggetto potrà astenersi sicuramente dal porre in essere comportamenti attivi tesi alla prevenzione e alla conservazione del proprio stato di salute, potendolo senza alcun dubbio mettere anche a repentaglio, laddove lo ritenga opportuno e la legge nulla disponga a questo proposito.

<sup>9</sup> Cfr. SANTOSUOSSO A., *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, pp. 47-48.

<sup>10</sup> Questo rifiuto altro non è che l'anglosassone *right to himself*. In questa prospettiva, significativo è il contenuto dell'art. 35, comma 4, del codice di deontologia medica, che impone al medico di desistere dalla terapia di fronte al documentato rifiuto del paziente capace di intendere e di volere. Ovviamente, una tale affermazione ha da sempre provocato numerosi dibattiti nel mondo del diritto (si veda, a titolo esemplificativo, il dibattito rispetto al rifiuto dell'emotrasfusione da parte del paziente testimone di Geova): da un lato c'è chi, valorizzando l'autonomia decisionale, aderisce a questa prospettiva e si allontana da qualsiasi tipo di valore morale/religioso che possa intaccarla; dall'altro, si pone chi, al contrario, vuoi per motivi religiosi (la vita è un bene sacro), vuoi per motivi giuridici (il nostro ordinamento punisce chiunque metta in pericolo il *somnum bene vita* -vd. 579 c.p.-), ritiene impossibile far prevalere l'autonomia sempre e comunque: ciascuno sarebbe libero, quindi, di disporre del proprio corpo a livello salutare. Non della propria vita, però, rimanendo quest'ultima un bene indisponibile e intangibile finanche dal suo effettivo titolare. In tale prospettiva si collocano tutti i problemi che, oltre al trattamento sanitario medico-chirurgico, involgono le tematiche biogiuridiche dell'inizio-fine vita (aborto, eutanasia, procreazione medicalmente assistita), oltre che quelle più strettamente bioetiche legate ai concetti di persona e individuo (per un approfondimento in questo senso, si vedano SERGIO A., *La libertà responsabile della ricerca*, Roma, 2010; ZANUSO F., *Nemin laedere*, Padova, 2006).

rifiutare e di interrompere le cure; diritto pieno, inviolabile ed esercitabile dal malato pur quando la sua eventuale scelta autonoma di rifiutare "la guarigione" potrebbe condurlo alla morte<sup>11</sup>.

## 2. Dall'autonomia al consenso informato

In questa prospettiva, l'importanza di tale libertà di scelta si rintraccia nella rilevanza che assume il cd. consenso informato nei rapporti di tipo terapeutico<sup>12</sup>.

La salute è propria dell'uomo; di essa ciascuno può liberamente disporre in conformità a quanto previsto espressamente dagli artt. 2, 13 e 32 Cost.<sup>13</sup>: il consenso rappresenta il miglior modo per poter concretizzare questa libertà di scelta nel contesto dei rapporti sanitari. Esso incide chiaramente su aspetti di autonomia, indipendenza, diritto/dovere di curare e farsi curare; è l'elemento imprescindibile per riuscire a legittimare l'attività medico-chirurgica<sup>14</sup>.

È proprio sulla base del necessario riconoscimento della libertà del paziente nell'ambito del rapporto sanitario che esso, "illuminismo della medicina"<sup>15</sup>, viene alla luce quale momento fondante d'un'attività di per se stessa pericolosa<sup>16</sup>; diventa momento proprio dell'attività e si attaglia perfettamente al principio personalistico che ispira il nostro ordinamento<sup>17</sup>: il paziente, per essere legittimamente sottoposto a qualsiasi tipo di trattamento sanitario, deve necessariamente esplicitare a monte la propria legittimante volontà di scelta. In caso contrario, l'attività del medico finirebbe per sostituirsi ingiustamente a quella del suo curato<sup>18</sup>.

Esso viene letto come espressione della consapevole adesione del paziente al trattamento proposto dal sanitario<sup>19</sup>, quale vero e proprio diritto della persona che trova fondamento sicuro nei

<sup>11</sup> Cfr. FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008, p. 66: "Il c.d. letting die rappresenta una barriera di fronte alla quale il dovere/potestà del medico di curare deve arrestarsi, pena la lesione della libertà e della dignità personale del paziente".

<sup>12</sup> "Definire in modo sintetico ed esaustivo il significato dell'espressione consenso informato è tutt'altro che agevole, in considerazione della molteplicità di profili che la stessa evoca" (così FRESA R., cit., p. 63).

<sup>13</sup> Per un approfondimento sul tema della salute, dell'autonomia, della libertà dispositiva e delle problematiche inerenti l'autonomia terapeutica, sia consentito rimandare a POSTERARO N., *Evoluzione del diritto alla salute e riconoscimento dell'autonomia del paziente tra tecnologia, spersonalizzazione e crisi valoriale*, in *Dike kai nòmos*, anno 2, n.4/2013, Aprile-Settembre, pp. 115 e ss.

<sup>14</sup> Numerose sono le norme internazionali che prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici: v. articolo 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con Legge 27 maggio 1991, n. 176; l'articolo 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con Legge 28 marzo 2001, n. 145; l'articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

<sup>15</sup> La definizione è presa da SPINSANTI S., *Chi decide in medicina*, Roma, 2002.

<sup>16</sup> Cfr. FEOLA T., ANTIGNANI P., DURANTE C., SPALLETTA M., *Consenso Informato*, Torino, 2001, p. 2.

<sup>17</sup> Sul tema del consenso informato si veda TOSCANO G., *Informazione, consenso e responsabilità*, Milano, 2006; DONATI A., *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2/2000; DASSANO F., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004.

<sup>18</sup> Una tale condotta, infatti, sarebbe lesiva "della sfera personale del soggetto e della libertà morale dello stesso". Così, BRICOLA F., ZAGRELBESKY V., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, p. 424.

<sup>19</sup> Cfr. Trib. di Milano, V sez. civ., sent. n. 3520/2005: "Il consenso deve essere frutto di un rapporto reale e non solo apparente fra medico e paziente, in cui il sanitario è tenuto a raccogliere un'adesione effettiva e partecipata, non solo cartacea all'intervento. Esso non è dunque un atto puramente formale o burocratico ma è la condizione imprescindibile per trasformare un atto normalmente illecito la violazione dell'integrità psico-fisica in un atto lecito, fonte appunto di responsabilità".

più oggettivi principi fondamentali espressi dalla nostra Fonte Suprema<sup>20</sup>. Il diritto del paziente di formulare un consenso informato all'intervento *"appartiene ai diritti inviolabili della persona, ed è espressione del diritto all'autodeterminazione in ordine a tutte le sfere ed ambiti in cui si svolge la personalità dell'uomo"*<sup>21</sup>; *"riveste natura di principio fondamentale [...] in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute"*<sup>22</sup>. Perciò, non può essere compromesso in nessun modo e diventa *"diritto irretrattabile"*<sup>23</sup> dell'individuo<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Il consenso (opportunosamente informato) garantisce *"la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione"*. Cfr. Corte Cost., sent. n. 438/2008.

<sup>21</sup> Così si esprime, ancora, Trib. di Milano nella suddetta n. 3520/2005. È il codice di Norimberga del 1949, per primo, a definire come essenziale il "consenso volontario" del soggetto umano. Tuttavia, tale formula giuridica completa ha avuto origine negli Stati Uniti, dove il dibattito, sviluppatosi prima limitatamente alla necessità del consenso del paziente nella fase antecedente a quella strettamente chirurgica, è giunto poi a considerare l'informazione come caratteristica fondamentale per la sua configurazione (il c.d. *informed consent* del XX secolo). I precedenti storici citati dalle Corti Americane che hanno segnato la nascita del consenso quale atto fondamentale e ne hanno seguito l'evoluzione fino a farlo diventare informato, sono il caso *Slater* (1767), il caso *Carpenter* (1871), il caso *Mohr* (1905), il caso *Schloendorff* (1914) e il caso *Salgo* (1957). In ultimo, il caso *Cooper* (1971), che evidenzia come il principale obiettivo del consenso informato sia, alla fine, quello di portare a conoscenza del paziente tutti gli aspetti concreti della terapia, in base ai quali egli possa poi scegliere consapevolmente cosa fare/non fare. In Italia il consenso informato ha avuto il pieno riconoscimento soltanto in tempi recenti, anche se in merito manca una disciplina organica unitaria. Il legislatore si è occupato più volte del consenso informato nel settore sanitario, anzitutto con la l. 107/1990 in materia di attività trasfusionali (poi abrogata dalla l. 219/2005), con la l. 135/1990 (programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS) e il d.l. 23/1998 in tema di sperimentazione clinica. Va segnalata, pure, la l. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, che dedica al consenso informato una specifica disposizione (l'articolo 6), e il d.lgs. 211/2003, relativo alla applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico. Il quadro della disciplina è completato, poi, dalla normativa deontologica (l'ultimo codice è del 2006) che conferma la sentita esigenza di adeguare le regole etiche alla intervenuta metamorfosi del rapporto medico-paziente. Il codice deontologico, infatti, nella sua costruzione normativa tiene in conto la sensibilità sociale e la relativa maggiore consapevolezza che il cittadino oramai possiede, e contempera le suddette esigenze con i nuovi traguardi attinti dal progresso delle scienze biomediche e farmacologiche ed i problemi etici collateralmente sollevati ed approfonditi dai comitati di bioetica. Nel titolo III, Rapporti con il paziente, sono contenute le norme essenziali in tema di consenso informato (Capo IV, artt. 33-38). Nell'articolo 35 viene consacrato il principio del consenso informato, stabilendosi che il sanitario *"non deve intraprendere attività diagnostica e terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente"*.

<sup>22</sup> Così, Corte Cost., sent. n. 253/2009.

<sup>23</sup> La definizione è estrapolata da Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 16543/2011, in cui essa stabilisce che: *"Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irretrattabile della persona va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto e sia stato ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio"*.

<sup>24</sup> Sul tema, *ex pluribus*, si rimanda a: COCCO G., *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche urgenti*, in *Resp. Civ. prev.*, 74/2009, in particolare, p. 485. GRAZIADEI M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, in LENTI L., FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina*, in RODOTÀ S., ZATTI P., *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, pp. 191 e ss. MARINI G., *Il consenso*, in RODOTÀ S., TALLACCHINI M. (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, pp. 361 e ss.; NIVARRA L., *Autonomia (bio) giuridica e tutela della persona*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, pp. 719 e ss.; ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2000, II, pp. 1 e ss.; CASONATO C., *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, 6 luglio 2009, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, III, 1057 e ss.; CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 3, pp. 545 e ss.; ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute*, in *Nuova giur. Comm.*, 2000, II, pp. 1 e ss.

Il principio del consenso agli interventi altrui sulla propria persona, così, “*costituisce il naturale corollario del più ampio principio della libertà personale*”<sup>25</sup> e “*si sostanzia nella esclusività del proprio essere fisico e psichico in virtù del quale la persona non può essere sottoposta a coercizione nel corpo e nella mente, a violazione della sua sfera di libertà corporale e anche soltanto morale; ogni potere o dovere del medico sul paziente trova in radice la sua unica ed esclusiva fonte nel consenso del paziente stesso, che rappresenta il momento focale della stessa autorizzazione legislativa dell'attività medica*”<sup>26</sup>.

È per questo che “[...] senza il consenso informato, l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente”<sup>27</sup>.

### 3. La necessaria informazione

Perché si possa parlare di consenso valido legittimante il trattamento sanitario, è necessario che esso sia corredato e preceduto da una puntuale informazione<sup>28</sup>.

Il medico deve fornire al proprio paziente “*in modo esaustivo e completo tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità*”<sup>29</sup>, nonché informare il paziente sulla portata dell'intervento, sulle inevitabili difficoltà, sugli effetti conseguibili e sugli eventuali rischi, in modo da porlo nelle condizioni di decidere in maniera consapevole sull'opportunità di procedervi o meno<sup>30</sup>.

Quest'ultima non ha la finalità di colmare le differenze conoscitive tecnico-scientifiche tra medico e paziente; quanto, piuttosto, quella di tutelare il diritto di autodeterminarsi di chi si

<sup>25</sup> Cfr. MANTOVANI F., *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Medicina sociale*, 20/1970, p. 249.

<sup>26</sup> Così, MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 201.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. III, sent. n. 27751/2013.

<sup>28</sup> L'informazione *contribuisce* a rendere valido il consenso perché essa è necessaria ma non da sola bastevole. Oltre a tale requisito, infatti, si riconoscono, come fondamentali, altri caratteri che il consenso deve possedere per essere considerato evidentemente valido. Esso deve essere: libero, personale, manifesto, attuale, recettizio (per un approfondimento rispetto a queste elencate specificazioni, cfr. IADECOLA G., *Consenso del paziente e facoltà di curare*, in AMMIRATI D., *La responsabilità del medico*, Padova, 2004, pp. 23 e ss.; IANNELLI E., *Responsabilità del medico e consenso del paziente*, in AMMIRATI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., pp. 39-49). Quanto alla forma, nessuna prescrizione specifica ritiene che il consenso debba essere necessariamente scritto. Soltanto l'articolo 30 del codice di deontologia fa riferimento ad una sua eventuale documentazione solo nel caso in cui l'intervento sia particolarmente difficile. Deve, infine, essere reale ed effettivo, e non già *presunto*; attuale (non già anticipato), deve cioè persistere al momento dell'inizio dell'intervento, ed è sempre revocabile. La giurisprudenza assolutamente prevalente nega, infatti, che assuma rilievo il c.d. consenso presunto, ovvero quello mancante ma che si ritiene sarebbe stato prestato se il paziente avesse potuto farlo (cfr. Cass. Civ., III sez., sent. n.20984/2012; *contra*, Cass. Civ., sez. IV, sent. n. 45976/2003, nella quale si afferma “*per quel che riguarda, infine, il consenso del paziente, (...) il consenso deve essere reale, informato, pacifico o, se ne ricorrono le condizioni, presunto... nelle ipotesi di impossibilità materiale di manifestazione del consenso e di urgente necessità terapeutica*”).

<sup>29</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. III, sent. n. 15698/2010.

<sup>30</sup> L'informazione deve essere particolareggiata e specifica, tale da implicare “*la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative*” (così, Cass. Civ., sez. III, sent. n. 7027/2001).

sottopone ad una cura o ad un intervento chirurgico, facendo sì che tale soggetto possa consapevolmente scegliere se legittimarlo o meno<sup>31</sup>.

Recentemente, la Corte di Cassazione, oltre a sottolineare che l'obbligo di informazione<sup>32</sup> *“deve essere particolarmente dettagliato al fine di garantire lo scrupoloso rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente”*<sup>33</sup>, ha altresì chiarito che tale obbligo *“non si estende ai soli rischi imprevedibili, ovvero agli esiti anomali, al limite del fortuito, ma al di là di tale limite il professionista sanitario ha l'obbligo di fornire al paziente, in modo dettagliato, tutte le informazioni scientificamente possibili sull'intervento chirurgico che intende eseguire, sulle*

<sup>31</sup> Cfr. [Cass. Civ., Sez. III, sent. n.18334/2013](#), secondo cui il medico ha l'obbligo di fornire tutte le informazioni possibili al paziente in ordine alle cure mediche o all'intervento chirurgico da effettuare, tanto è vero che sottopone al paziente, perché lo sottoscriva un modulo non generico, dal quale sia possibile desumere con certezza l'ottenimento in modo esaustivo da parte del paziente di dette informazioni: ne consegue che il medico chirurgo viene meno all'obbligo a suo carico ove non fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili sull'intervento chirurgico che intende eseguire e soprattutto sul bilancio rischi/vantaggi dell'intervento.

<sup>32</sup> Si evidenzia che Cass. Civ., sez. III, sent. n. 364/1997, aveva fissato dei criteri di portata generale affermando che: *“la validità del consenso è condizionata dall'informazione, da parte del professionista al quale è richiesto, sui benefici, sulle modalità in genere, sulla scelta tra diverse modalità operative e sui rischi specifici prevedibili (anche ridotti che possano incidere gravemente sulle condizioni fisiche o sul bene della vita) dell'intervento terapeutico - informazione che deve essere effettiva e corretta - e, nel caso che sia lo stesso paziente a richiedere un intervento chirurgico, per sua natura complesso e svolto in équipe, la presunzione di un implicito consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive connesse all'intervento vero e proprio, non esime il personale medico responsabile dal dovere di informarlo anche su queste fasi operative (nel caso di specie in relazione ai diversi metodi anestesiológicos utilizzabili, alle loro modalità di esecuzione e al loro grado di rischio), in modo che la scelta tecnica dell'operatore avvenga dopo una adeguata informazione e con il consenso specifico dell'interessato”*. Nella motivazione della sentenza, la Suprema Corte si era soffermata sul contenuto dell'obbligo di informazione, il cui scopo è quello di consentire al malato una scelta consapevole attraverso un bilanciamento tra rischi e benefici del trattamento e non certo di fornire una spiegazione scientifica dettagliata della prestazione: *“nell'ambito degli interventi chirurgici, in particolare, il dovere di informazione concerne la portata dell'intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi, si da porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità di procedervi o di ometterlo, attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit, non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve temperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche a un banale intervento. Assume rilevanza, in proposito, l'importanza degli interessi e dei beni in gioco, non potendosi consentire tuttavia, in forza di un mero calcolo statistico, che il paziente non venga edotto di rischi, anche ridotti, che incidano gravemente sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita. L'obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente, con l'ausilio tecnico-scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi. Sotto un altro profilo è noto che interventi particolarmente complessi, specie nel lavoro in équipe, ormai normale negli interventi chirurgici, presentino, nelle varie fasi, rischi specifici e distinti. Allorché tali fasi assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo, esse stesse, a scelte operative diversificate, ognuna delle quali presenti rischi diversi, l'obbligo di informazione si estende anche alle singole fasi e ai rispettivi rischi”* de ai rischi prevedibili e non anche gli esiti anomali, ai limiti del fortuito, [...], non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve temperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento.” Anche il codice di deontologia medica si accosta alla problematica dell'informazione, stabilendo all'articolo 33 il dovere del medico di fornire al paziente la più idonea informazione, essenziale ed esaustiva, che deve essere rapportata al livello di cultura, di emotività e delle capacità intellettive del paziente, scevra di ogni superflua specificazione riguardo ai dati scientifici coinvolti: le informazioni devono riguardare la diagnosi, la prognosi, le prospettive terapeutiche e le verosimili conseguenze della terapia e della mancata terapia. L'eventuale volontà della persona assistita di non essere informata deve essere documentata, a garanzia del dovere del medico di rispettare anche tale desiderio del paziente senza incorrere in responsabilità alcuna.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. III, sent. n. 2847/2010.

*conseguenze normalmente possibili, sia pure infrequenti, tanto da apparire straordinarie, sul bilancio tra rischi e vantaggi dell'intervento*<sup>34</sup>.

I Giudici della Corte hanno cioè posto particolare rilievo sulla differenza tra rischi prevedibili e rischi imprevedibili, evidenziando come sia lecita solo l'omessa comunicazione di questi ultimi, in quanto si collocano al di fuori della sfera di controllo del medico. Per la Corte, i rischi imprevedibili corrispondono unicamente ai casi anomali, trattandosi di fattori che, venendo comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento chirurgico e l'evento lesivo, possono non essere comunicati al paziente, posto che *"non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit"*<sup>35</sup>.

Il sanitario, con la sua scelta arbitraria di non rappresentare certi rischi specifici, limiterebbe l'esercizio ad opera del paziente del proprio diritto di autodeterminarsi, autonomamente decidendo sul quantum informare e sul cosa eludere<sup>36</sup>; e perciò, in considerazione dell'importanza degli interessi e dei beni in gioco, spetta solo al paziente ogni valutazione comparativa del bilancio rischi-vantaggi; valutazione che deve essere consapevole e necessariamente preceduta da una informazione completa ed esaustiva fornita al curato da parte del medico<sup>37</sup>.

Quest'ultimo ha infatti tutti quegli strumenti e quelle conoscenze tecniche e scientifiche che possono (e devono) consentire a chi si sottopone alle cure o ad interventi chirurgici di esercitare il proprio fondamentale diritto di autodeterminazione; e, quindi, di aderire al trattamento sanitario proposto<sup>38</sup>, con la consapevolezza di quali possano essere i rischi correlati al rilascio di quel consenso.

In questo modo, la necessità che il consenso sia informato rafforza la visione di un processo realmente partecipativo del paziente alle decisioni che coinvolgono il suo corpo e la sua salute; e viene meno l'idea di una sterile formalizzazione del rapporto nel quale l'adesione del malato al trattamento sia relegata a mera condizione di rimozione dell'illiceità del fatto<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. III, sent. n. 27751/2013.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. III, sent. n. 27751/2013.

<sup>36</sup> Sul punto è bene evidenziare che la Cassazione, chiamata a pronunciarsi sull'omessa informazione in un caso di intervento chirurgico estetico, nel 1985 aveva stabilito che: *"Il professionista ha il dovere d'informare anche sulle eventuali ragioni che possono rendere inutile la sua prestazione in relazione al risultato; in particolare, per il chirurgo estetico detto dovere comprende, oltre la prospettazione dei possibili rischi del trattamento suggerito, anche la effettiva conseguibilità o meno del miglioramento estetico desiderato dal cliente in relazione alle esigenze della sua vita professionale e di relazione"*. (Cass. Civ., sez. II, sent. n. 4394/1985). La stessa decisione, a proposito della chirurgia estetica, specificava che *"il dovere d'informazione, gravante sul chirurgo estetico, ha contenuto più ampio rispetto al corrispondente dovere a carico del terapeuta, in quanto deve essere esteso alla possibilità di conseguire un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente nella vita professionale e in quella di relazione"*. Su questi aspetti, e sulla superata concezione *de qua*, sia consentito rimandare a ROLLI R., POSTERARO N., *Indagine sull'attività del chirurgo estetico. L'obbligo di risultato, il consenso informato e l'ampiezza dell'informazione*, in *Dike kai nomos*, n. 5/2013, Aprile-Ottobre.

<sup>37</sup> La Cassazione aveva già sottolineato che l'intervento medico attuato violando questo principio è *"sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente, e questo perché la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi"* (cfr. Cass. Civ., sez. I, sent. n. 21748/2007).

<sup>38</sup> Cfr. Corte Cost., sent. n. 438/2008.

<sup>39</sup> Cfr. sul punto, VALLINI A., *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. Med. Leg.*, n. 1/2013, pp. 2 e ss.

#### 4. Segue. Le conseguenze della inadeguata informazione: profili di responsabilità civile e penale

Qualora l'informazione sia inadeguata e non renda il paziente edotto rispetto ai rischi e benefici che interessano l'operazione, il consenso eventualmente rilasciato dal paziente interessato risulterà essere invalido. Quindi nullo, perché viziato ed incapace di scriminare l'attività medico-chirurgica, che, come tale, rimane arbitraria, illecita e fonte di responsabilità).

Come affermato da autorevole dottrina, *“un trattamento medico-chirurgico, compiuto bensì secondo le regole dell'arte medica ma senza il valido consenso del paziente o del suo rappresentante legale, costituisce -a meno che non si verta in stato di necessità- un fatto civilmente illecito e, dal punto di vista penale, se l'esito dell'operazione è sfavorevole, costituisce il delitto di lesione personale o di omicidio colposo, mentre se l'esito è favorevole, può dar luogo, ove concorrano altre circostanze, a un delitto contro la libertà”*<sup>40</sup>.

La giurisprudenza civile ha recentemente riconosciuto il diritto al consenso informato come un diritto autonomo e a sé stante; un diritto risarcibile, quando lesa, a prescindere dal tipo di attività medico-esecutiva ad esso correlata (a prescindere, cioè, dal fatto che in esito alla operazione arbitrariamente posta in essere si sia sostanzialmente un esito fausto, ovvero infausto<sup>41</sup>).

Essa ha rilevato che qualora il medico abbia lesa tale diritto nella fase informativa, rendendo il paziente scarsamente edotto rispetto ai rischi dell'operazione poi concretamente verificatisi, è irrilevante il fatto che abbia agito seguendo tutte le *leges artis* previste, nel caso concreto, dalla letteratura scientifica di riferimento; ed è irrilevante, quindi, che l'esito dell'operazione sia stato infausto, ovvero fausto (e, nel caso di esito infausto, esso abbia comportato un danno biologico in capo al paziente per una causa non imputabile all'attività medica posta in essere dal sanitario): quello che rileva, ai fini della risarcibilità del danno derivante dalla lesione dell'autodeterminazione del paziente curato, è che vi sia stata la lesione di un diritto al consenso informato<sup>42</sup>. Lesione che, come tale, è necessario venga risarcita<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Così GRISPIGNI F., *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Scuola Positiva*, 1914, p. 684. L'a. afferma che il trattamento chirurgico non integra oggettivamente, in sé, gli estremi delle lesioni personali, poi scriminate da una causa di giustificazione (consenso del paziente, adempimento di un dovere, ecc.), ma si tratta di una condotta ontologicamente priva di rilevanza penale che, se effettuata senza la volontà del paziente, costituisce, semmai, un'offesa alla sua libertà, potendo perciò essere ricondotta ai vari reati di violenza privata. Sul tema, *infra*.

<sup>41</sup> Cfr. [Cass. Civ., Sez. III, sent. n.19220/2013](#), secondo cui in un rapporto personale col paziente in procinto di provvedimenti diagnostico-terapeutici, il paziente ha diritto a ricevere le informazioni sui vantaggi e rischi o alternative del provvedimento proposto con linguaggio che deve tener conto del grado culturale della persona assistita (linguaggio chiaro che tenga conto del particolare stato soggettivo e del grado di conoscenze specifiche). Non assume, invece, alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, la circostanza che il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. Sotto tale profilo, infatti, ciò che rileva è che il paziente, a causa del deficit di informazione non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica. Cfr. anche [Cass. Civ., sez. III, sent. n. 16543/2011](#) e [Cass. Civ., sez. II, sent. n. 20984/2012](#).

<sup>42</sup> In questi termini, già, [Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 5444/2006](#): *“la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni”*.

<sup>43</sup> In altre parole, se il sanitario ha eseguito in modo corretto l'operazione e la conseguenza nefasta eventualmente sostanziatasi non dipende da una sua attività negligente, imprudente o imperita, ma rileva, però, una sua negligenza nella fase informativa che ha inciso sulla volontà degli interessati e ha fatto sì essi abbiano rilasciato un consenso

In questo modo, cioè, la giurisprudenza ha evidenziato che l'elemento soggettivo della colpevolezza non interferisce con l'accertamento di una responsabilità conseguente alla violazione delle regole operanti in tema di consenso informato<sup>44</sup>, ed ha chiarito che si allenta, evidentemente, il legame tra responsabilità medica ed esito della prestazione<sup>45</sup>. In altre parole, l'adeguatezza della prestazione medica sotto il profilo esecutivo e della sua conformità alle *leges artis* non risulta preclusiva di una distinta responsabilità professionale del sanitario coinvolto. Responsabilità, questa, che si fonda sull'inadempimento alle regole poste a tutela del diritto del paziente di essere adeguatamente informato e di poter esprimere una volontà libera e consapevole rispetto alla scelta circa la propria salute e la propria persona<sup>46-47</sup>.

---

invalido, allora sorge in capo al paziente un diritto al risarcimento del danno per lesione del suo diritto ad autodeterminarsi.

<sup>44</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 11335/2008; Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 5444/2006.

<sup>45</sup> Cfr. [Cass. Civ., sezione III, sent. n. 2253/2013](#), secondo cui il diritto al consenso informato del paziente è un diritto irrettabile della persona e che, al fine di escluderlo, non assume alcuna rilevanza il fatto che l'intervento sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale deficit di informazione, il paziente non è stato posto in condizione di assentire al trattamento, di talché si è consumata, nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza umana nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica.

<sup>46</sup> Secondo un primo orientamento dottrinale si tratterebbe di una responsabilità di tipo precontrattuale, posto che si considera il difetto di informazione rilevante sul piano delle trattative; secondo un differente orientamento, invece, si tratterebbe di una responsabilità di tipo contrattuale, posto che si ritiene il difetto di informazione rilevante sul piano dell'inadempimento di un contratto già pienamente perfezionato. Questi due diversi filoni dottrinali hanno determinato in seno alla giurisprudenza di legittimità il formarsi di due contrastanti orientamenti: un primo, minoritario, è inteso ad ancorare l'obbligo di informazione alle disposizioni di cui agli articoli 1337 e 1338 del codice civile, facendolo coincidere con il dovere di comportarsi secondo buona fede cui le parti sono tenute nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Tra le altre, Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 10014/1994, **secondo cui** "il consenso, oltre che a legittimare l'intervento sanitario costituisce, sotto altro profilo, uno degli elementi del contratto tra il paziente ed il professionista ( art. 1325 c.c.), avente ad oggetto la prestazione professionale, sicché l'obbligo di informazione deriva anche dal comportamento secondo buona fede cui si è tenuti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto ( art. 1337 c.c.)"; vd. anche, Cass. Civ., sez. III, sent. n. 364/1997; un secondo, maggioritario e condivisibile, ritiene che poiché il dovere di informazione ora rientra nella complessa prestazione professionale cui è tenuto il sanitario, la responsabilità che deriva dall'omessa acquisizione del consenso non possa che avere natura contrattuale. V. tra le altre, Cass. Civ., sez. II, sent. n. 4394/1985 che ha stabilito che: "nel contratto di prestazione d'opera intellettuale, il dovere d'informazione gravante sul professionista - la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale e del conseguente obbligo di risarcimento del danno, commisurato all'interesse cosiddetto positivo - investe non solo le potenziali cause d'invalidità o d'inefficacia della prestazione professionale ma anche le ragioni che questa rendano inutile, in rapporto al risultato (ancorché non espressamente dedotto in contratto) sperato dal cliente, o addirittura dannosa. In particolare, nel rapporto fra paziente e chirurgo praticante la chirurgia estetica, detto dovere non è limitato - come nel rapporto fra cliente e terapeuta in genere (chirurgo o medico che sia) - alla prospettazione dei possibili rischi del trattamento suggerito (in quanto tale da porre in pericolo la vita o l'incolumità fisica del paziente), ma concerne anche la conseguibilità o meno, attraverso un determinato intervento, del miglioramento estetico perseguito dal cliente in relazione alle esigenze della sua vita professionale e di relazione"; vd. anche Cass., sez. III, sentenza n. 22390/2006. In questo senso, Cass. Civ., sez. III, n. 7027/2001 ha statuito che: "osservando che il contratto d'opera professionale si conclude tra il medico e il cliente quando il primo, su richiesta del secondo, accetta di esercitare la propria attività professionale in relazione al caso prospettato; che tale attività si scinde in due fasi, quella, preliminare, diagnostica, basata sul rilevamento dei dati sintomatologici, e l'altra, conseguente, terapeutica o di intervento chirurgico, determinata dalla prima; che l'una e l'altra fase esistono sempre, e compongono entrambe l'iter dell'attività professionale, costituendo perciò entrambe la complessa prestazione che il medico si obbliga a eseguire per effetto del concluso contratto di opera professionale; che, poiché solo dopo l'esaurimento della fase diagnostica sorge il dovere del chirurgo di informare il cliente sulla natura e sugli eventuali pericoli dell'intervento operatorio risultato necessario, questo dovere di informazione, diretto a ottenere un consapevole consenso alla prosecuzione dell'attività professionale, non può non rientrare nella complessa prestazione. Di qui, in definitiva, la natura contrattuale della responsabilità derivante dall'omessa informazione. (...) Si consideri che esso (il dovere di

La presenza di un eventuale altro danno biologico riportato a seguito dell'operazione eseguita, infatti, rileverà, semmai, solo sul globale piano risarcitorio (poiché inciderà sulla quantificazione e sul riconoscimento dei danni risarcibili); ma non avrà la capacità di condizionare in alcun modo la configurazione del primo tipo di illecito: nel caso in cui, accanto al danno morale derivante dalla violazione delle regole del consenso, si sostanzia pure un danno biologico (non dovuto a colpa esecutiva del sanitario, appunto, ma) eziologicamente (provato dal paziente come) dipendente dalla condotta negligente tenuta dal medico nella fase prettamente informativa<sup>48</sup>, questi danni, perciò, rimarranno distinti e potranno essere senza dubbio risarciti entrambi<sup>49</sup>.

Tale assunto, in linea con quanto la giurisprudenza aveva statuito già nel 2010<sup>50</sup>, si colloca in una dimensione chiaramente innovativa, posto che la tradizione di pensiero concepiva plausibile

---

*informazione) lungi dall'essere accessorio o strumentale (...), derivando da una norma di rilevanza costituzionale, volta a tutelare un diritto primario della persona, non può non avere, per ciò stesso, nella complessiva struttura negoziale, natura e dignità autonome (con autonoma rilevanza, sul piano delle conseguenze giuridiche, nel caso d'inadempimento)". Dal punto di vista civilistico, il consenso informato costituisce un elemento essenziale del contratto medico-paziente: il consenso, non preceduto dalla corretta e chiara informazione medica, fa venir meno l'elemento fondamentale dell'accordo di cui all'art. 1325 comma 1 cod. civ. La manifestazione del consenso permette al paziente-creditore della prestazione di compiere scientemente quella valutazione tra costi e benefici indispensabile ai fini della validità dell'accordo tra le parti che, altrimenti, perde ogni significato per vizio del consenso, conseguendone l'annullabilità ex artt. 1427 e segg. cod. civ. Rilevante conseguenza che dipende dalla diversa natura della responsabilità del medico e dell'azienda ospedaliera riguarda l'onere della prova. Se infatti si riconosce la natura contrattuale di una tale responsabilità, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria dovrà provare unicamente l'esistenza del contratto e allegare l'inadempimento del professionista, restando a carico dell'obbligato l'onere di provare l'esatto adempimento, ovvero l'aver ottemperato all'obbligo di acquisire il consenso informato (cfr. sul punto, Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 23918/2006).*

<sup>47</sup> Così, *"il pregiudizio morale lamentato dal paziente si situa lungo l'asse del prolungamento dei diritti della persona, possiede dignità costituzionale ed è inerente alla violazione del requisito del consenso informato"*, così, GRAZIADEI M., cit., p. 277. In argomento cfr. anche Cass. Civ., sez. III, sent. n. 20984/2012; Cass. Civ., sez. III, sent. n. 16543/2011.

<sup>48</sup> Per far sì che sussista anche un diritto al risarcimento del danno per lesione della salute biologica del malato, è necessario si provi che il paziente, laddove avesse potuto scegliere consapevolmente, si sarebbe con buona probabilità sottratto al trattamento; e, dunque, non avrebbe subito il danno *de quo*, il quale non è causalmente ricollegabile alla condotta tenuta dal sanitario nella fase esecutiva, bensì, alla negligenza da questi atualizzata nel momento antecedente a quello strettamente esecutivo. In questi termini, Cass. Civ., sez. III, sentenza n. 2847/2010, secondo cui: *"[...] la sussistenza di nesso eziologico non va indagata solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico (necessario e correttamente eseguito) e pregiudizio della salute, che è addirittura scontato e che costituisce il presupposto stesso del problema che s'è sopra sintetizzato, il quale neppure sorgerebbe se il pregiudizio della salute non fosse conseguenza dell'intervento. La sussistenza di quel nesso va verificata in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento"*.

<sup>49</sup> Il risarcimento di ambedue le fattispecie, infatti, non può essere affatto considerata una inutile duplicazione risarcitoria, posto che i profili le lesioni cui essi attongono sono chiaramente differenti. Ad ogni modo, la dimensione non patrimoniale della violazione del diritto ad autodeterminarsi pone delle difficoltà di individuazione del contenuto della lesione e della sua concretizzazione monetaria, posto che trattasi di violazione inadatta a tradursi in pregiudizio al patrimonio. Perciò, nel caso in cui alla lesione del diritto all'autodeterminazione si accosti la prova d'una risarcibilità del danno derivante da lesione del diritto alla salute in senso biologico, i parametri monetari utilizzati per la liquidazione del danno biologico potranno assumere un ruolo significativo nel risarcimento del danno per violazione delle regole in tema di consenso informato (cfr. già sul punto Trib. Milano, sez. V civ., 29 marzo 2005, n. 3520). Gli ordinari criteri di liquidazione del danno alla salute, cioè, potranno essere presentati come un modelli di riferimento per il risarcimento del diritto all'autodeterminazione, onde evitare eccessive disparità, in ordine alla valutazione dell'ammontare della lesione che è priva del carattere della patrimonialità.

<sup>50</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. III, sentenza n. 2847/2010, in cui la Suprema Corte ha distinto il pregiudizio alla salute, dipendente dal trattamento sanitario (colposo o non colposo) e la violazione del diritto del paziente ad essere informato in relazione al trattamento proposto. Per i primi commenti, RICCIO A., *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 2010, pp. 313 e ss.; GORGONI M., *Ancora dubbi sul*

parlare di responsabilità medica solo laddove, a fronte di una lesione dell'autodeterminazione del paziente, si fosse sostanziata pure la presenza ulteriore di un errore esecutivo, quindi di un danno alla salute<sup>51</sup>.

Ad ogni modo, si può ritenere necessario che, affinché si configuri legittimamente la nascita di un tale diritto al risarcimento del danno morale, il paziente provi di aver subito un danno effettivo a fronte di tale violazione; dunque, attesti di aver sopportato una lesione della dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica<sup>52</sup>. Nel caso contrario, il danno derivante dalla lesione del diritto *de quo* si configurerebbe come un mero danno-evento; e sarebbe risarcibile per il sol fatto che il medico, con la condotta negligente, ha violato le disposizioni a tutela del paziente.

Quanto al diritto penale, la circostanza parrebbe invero complicarsi leggermente: di sicuro, la mancanza del consenso opportunamente informato del malato, oppure la sua invalidità per altre ragioni (errata informazione ovvero consenso rilasciato per un tipo d'intervento diverso da quello in concreto poi eseguito) *"determina l'arbitrarietà del trattamento medico chirurgico e, come conseguenza, la sua rilevanza in sede di giurisdizione penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo"*<sup>53</sup>. Dunque, non si dovrebbe dubitare in alcun modo rispetto alla configurazione del reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., posto che si tratta del delitto più frequentemente invocato<sup>54</sup> nei casi di intervento eseguito senza consenso valido del curato.

In questo senso, però, la problematica risulta essere assai difficoltosa, poiché in questi casi di consenso presente, ma invalido, il medico non utilizza alcun tipo di coazione fisica per superare la eventuale resistenza del paziente ma -semplicemente- pratica un intervento senza che lo stesso abbia potuto acconsentirvi validamente nella fase antecedente a quella strettamente esecutiva. Un primo problema, quindi, sorge proprio nell'individuazione di una condotta effettivamente violenta, difettando qui radicalmente l'azione -definibile in termini di aggressione del soggetto passivo-funzionale, per l'appunto, a vincere la resistenza della vittima e a costringerla a tollerare l'operazione. In realtà, la giurisprudenza recente e la dottrina maggioritaria sembrano sposare, senza alcun dubbio, la tesi di quanti ravvedono, in queste ipotesi, un caso di cd. violenza impropria; un caso di violenza, cioè, che, pur non utilizzando la coazione fisica del soggetto coartato, inficia la sua libertà morale, incidendovi esplicitamente: il paziente è, in questi termini, costretto a tollerare un'operazione cui egli non ha liberamente scelto di assoggettarsi<sup>55</sup>.

---

danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario, in *Resp. Civ. e prev.*, 2010, pp. 1014 e ss.

<sup>51</sup>Cfr., *ex pluribus*, Cass. Pen., sez. I, sent. n. 26446/2002; Cass. Civ., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638.

<sup>52</sup>È necessario che chi si assume leso nel proprio diritto ad autodeterminarsi provi le circostanze rilevanti che giustificano il risarcimento del danno ex 1223 e 2059 c.c., in quanto *"è sempre necessaria a prova dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quella indicata dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale) alla quale il risarcimento deve essere commisurato"* (Cfr. Trib. Milano, sez. V civ., 29 marzo 2005, n. 3520). Il tema della prova del danno non patrimoniale e delle difficoltà che esso comporta non sono sfuggiti all'attenzione dei giudici che hanno perfezionato la distinzione tra danno insito nella violazione (danno in *re ipsa*) e prova del danno in *re ipsa*: essi, cioè, hanno cercato di non far coincidere il danno con la violazione dell'interesse ma di esonerare comunque il danneggiato dall'onere di dimostrare l'esistenza del pregiudizio (cfr. Cass. Civ., SS.UU., sent. n. 1338/2004).

<sup>53</sup>Così Cass. Pen., sez. IV, sentenza n. 1572/2001 (cd. *Firenzani*).

<sup>54</sup>Così VIGANÒ F., *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in Belvedere A., Riondato S. (a cura di), *La responsabilità in medicina* in RODOTÀ S., ZATTI P., *Trattato di biodiritto*, cit., p. 923.

<sup>55</sup>Costituiscono violenza impropria tutte le attività insidiose con cui il soggetto viene posto, totalmente o parzialmente, nell'impossibilità di volere o di agire: ipnotizzazione, narcotizzazione, inebriamento con alcool o sostanze stupefacenti

In altre parole, se al paziente viene prospettato un tipo di operazione esente dai rischi poi eventualmente verificatisi, allora gli viene prospettata un'ipotesi diversa da quella in concreto sostanziata; dunque, il sanitario sarà comunque perseguibile per il reato di cui al 610 c.p.

Ecco che le problematiche in questo senso, non si pongono più nei confronti di chi, pur mantenendo un comportamento fisico corretto, abbia volontariamente coartato la volontà del paziente (per far sì esso s'assoggettasse all'intervento, magari anche per scopi propri personali come progressioni di carriera basate sul numero di interventi eseguiti, ovvero questioni più marcatamente economiche<sup>56</sup>) ovvero nei confronti di chi abbia evitato d'informare il paziente perché, assunto il rischio, abbia prospettato come difficilmente verificabile la concretizzazione dell'evento lesivo<sup>57</sup>: in entrambi i casi, infatti, in quest'ottica, sarà facilmente ravvisabile l'elemento soggettivo del dolo (diretto, ovvero eventuale)<sup>58</sup>, oltre che quello oggettivo della incriminabile condotta coartativa a tollerare così per come astrattamente prevista dal codice penale.

Si discute di più, invero, a proposito del fatto se, nel caso di consenso invalido, il medico debba rispondere anche del reato di cui agli artt. 582-590 c.p. (a seconda che gli si voglia addebitare il fatto facendo leva sul dolo, ovvero sulla colpa). In realtà, all'interno del nostro ordinamento manca una regolamentazione normativa che individui una specifica e autonoma ipotesi di reato: la disciplina penale del trattamento medico arbitrario, quindi, si è normalmente ricavata dai principi generali proposti nel corso del tempo dalla giurisprudenza<sup>59</sup>.

Ad ogni modo, oggi, a fronte dell'evoluzione interpretativa, sembrerebbe potersi dire che *nulla quaestio* sorge nel caso di intervento cui sia correlato un evento infausto: laddove il consenso manchi (perché non esistente, ovvero invalido) e dall'intervento derivino conseguenze dannose (lesioni o, peggio, morte del paziente) il medico, pur se tale evento non sia dipeso da un suo errore medico ed egli abbia agito correttamente nella fase esecutiva, sarà responsabile non solo per aver

---

ecc. Rientrano nella violenza impropria tutte le attività insidiose tese, attraverso artifici e raggiri, a coartare la volontà del soggetto; la violenza impropria può consistere anche in una semplice omissione se il soggetto attivo, naturalmente, ha l'obbligo giuridico di attivarsi. Inoltre la violenza impropria è attuata mediante l'uso di mezzi anomali che sono diretti a esercitare pressioni sulla volontà altrui impedendone la libera determinazione. In tal senso, Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 5407/03; Cass. Pen., sez. V, sent. n. 30175/2002; in dottrina, VIGANÒ F., art. 610, in DOLCINI E., MARINUCCI G., *Codice Penale Commentato*, II ed., Milano, 2006, pp. 4275 e ss.

<sup>56</sup> Ecco che qui si pone la possibilità di ravvedere, per esempio, il reato di truffa di cui al 640 c.p.

<sup>57</sup> Considerata infatti la difficoltà di previsione di verificazione dell'evento lesivo, è possibile ch'egli abbia agito con l'elemento soggettivo del dolo eventuale, ed abbia dunque comunque coartato la volontà morale del malato costringendolo, non autodeterminatosi, a tollerare l'operazione. Il medico ben potrebbe sapere, per esempio, che dall'intervento X è possibile derivino, poi, concrete eventualità. Ma non le rappresenta al proprio paziente come probabili, dunque lo coarta nel momento decisivo.

<sup>58</sup> Bisogna infatti precisare che presupposto indefettibile perché esso possa essere imputato, è la configurabilità in concreto, in capo ad esso, dell'elemento soggettivo del dolo.

<sup>59</sup> In questo senso, quindi, per una esatta ricostruzione del valore nel tempo attribuito al consenso, dovranno essere tenute in debito conto, *ex pluribus*, le decisioni prese da Cass. Pen., Sez. V, nelle sentenze n. 5639/1992 (c.d. caso *Massimo*, che valorizza l'istituto del consenso e in base alla quale "ogni regola in tema di trattamento terapeutico deve soggiacere al principio del libero consenso del paziente e non si può ignorare il diritto di ciascuno di privilegiare il proprio stato attuale di salute"), n. 1589/2001 (c.d. caso *Barese*, in cui la Suprema Corte ridimensiona la rilevanza del consenso informato e pone limiti più ristretti alla possibilità di ipotizzare la fattispecie di reato penalmente perseguibile), n. 26446/2002 (la c.d. *Volterrani*, che rispetto alla sentenza *Barese* sembra contenere una più esplicita riaffermazione dell'incompatibilità logico giuridica tra la volontarietà dell'atto lesivo -*animus necandi*-, su cui si fonda l'ipotesi del delitto penale, e l'intervento del medico che, anche in assenza di consenso, ma purché non vi sia un esplicito dissenso, trova comunque una legittimazione in se stesso -*hanimus bonus*-, escludendo altresì che il fatto possa astrattamente essere inquadrato in una fattispecie di reato; essa, infatti, afferma che la volontà del paziente "svolge un ruolo decisivo soltanto quando sia eventualmente espressa in forma negativa").

violato l'autodeterminazione del paziente ex art. 610 c.p., ma anche per aver posto in essere un'azione lesiva, arbitraria e non scriminata sul suo corpo, provocando una malattia.

Diverso il caso in cui l'esito dell'operazione, sebbene non legittimata, sia stato fausto: in questo caso, secondo alcuni, il reato di cui agli artt. 582/590 c.p. non sarebbe mai configurabile. Ciò perché l'attività medica, pur rimanendo non consentita dal paziente, si dirige verso la guarigione del malato. Quindi, la tutela e non incide negativamente su di essa. Anzi, la migliora. La condotta, perciò, è scriminata *ab origine* ed è costituzionalmente legittimata pure nel caso non vi sia stato, a monte, il consenso dell'avente diritto<sup>60</sup>. Dopotutto, anche nell'ipotesi in cui si volesse fare riferimento alla condotta iniziale in sé ritenendola illegittima, quindi non costituzionalmente scriminata, essi specificano che la condotta contestata non riuscirebbe comunque a configurare il reato *de quo*: mancherebbe, infatti, la verifica dell'evento malattia così per come richiesto dal codice penale: su questa scia si sono poste le Sezioni Unite con la sentenza n. 2437/2009 (cd. *Giulini*), con cui, da un lato, hanno ritenuto costituzionalmente garantita l'attività medico chirurgica, così ritenendola scriminata *ab origine* in quanto diretta alla guarigione del malato e

---

<sup>60</sup> In questo discorso, si pone il tema delle cd. scriminanti penali in tema di attività medico-chirurgica: per alcuni, si parlerebbe di scriminanti cd. tacite, in quanto atte a giustificare un'attività lesiva pur non essendo espressamente previste dall'ordinamento come agenti in concreto. Per altri, invece, la teoria delle scriminanti non codificate sarebbe fallace; e, perciò, al fine di legittimare l'attività, si dovrebbe fare riferimento alle esimenti già enunciate dal codice penale. Per cui, si potrebbe fare leva, per esempio, proprio sul consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p. Secondo altri, il consenso da solo non basterebbe. Perciò, l'attività risulterebbe essere scriminata dal consenso dell'avente diritto in combinato disposto con l'art. 51 c.p. (*sub specie*, esercizio di un diritto). Questa idea sostiene, infatti, che tale attività, pur intrinsecamente pericolosa, è tuttavia attività che l'ordinamento autorizza e promuove, regola e finanzia a certe condizioni ed entro certi limiti. Più nel dettaglio, si individuano tre requisiti di liceità del trattamento medico-chirurgico, sussistendo i quali opererebbe l'art. 51 c.p. (e dunque l'autorizzazione legislativa dell'attività in oggetto): (1) la finalità terapeutica (ovvero la finalità di cura e recupero della salute del paziente); (2) il rispetto delle regole dell'ars medica (di natura precauzionale, che valgono a ridurre i confini del c.d. rischio consentito); (3) il consenso del paziente che si sottopone alle cure. Solo alla ricorrenza di tutti i presupposti sopra citati, il medico che effettua il trattamento andrà esente da responsabilità penale, anche laddove l'esito sia infausto, nel senso di un aggravamento delle condizioni di salute preesistenti del paziente o, addirittura, di morte dello stesso in conseguenza dell'intervento. In questa prospettiva, il consenso del paziente assume un ruolo decisivo, necessario, ma comunque da solo insufficiente a scriminare, in quanto funzionerebbe non come consenso scriminante ex art. 50 c.p., ma come presupposto indefettibile di operatività di altra scriminante, individuata nell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p. Un altro filone ritiene addirittura che l'attività sia giustificata dal solo articolo 51, *sub specie* di esercizio del diritto, ovvero *sub specie* esercizio del dovere. Oggi prevale la preferenza per le scriminanti codificate all'interno del codice penale. E, tra quelle suddette, si opta evidentemente per quella del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p.; ma, come abbiamo precisato citando la sentenza *Giulini*, non mancano dei casi in cui si torna a giustificare l'attività medico-chirurgica sulla base di esimenti non codificate, poiché si ritiene che l'attività sia scriminata a monte dal suo fine curativo e non abbisogni di altro, se non di mere integrazioni utili ad evitare la configurazione di reati contro la libertà personale (come quello di violenza privata -impropria- ex art. 610 c.p.). Non si dubita, invece, rispetto al fatto che, nel caso di attività medica obbligatoria per legge, ovvero per uno stato di necessità, si debba ricorrere ad esimenti codificate e ormai individuate: nel secondo caso, l'attività medicochirurgica sarebbe scriminata, secondo alcuni autori, a norma dall'espressa previsione dell'art. 54 c.p., ricorrendo, nel caso concreto, gli estremi dello stato di necessità (anche se parrebbe preferibile parlare di soccorso di necessità di cui al II comma dell'articolo 593 c.p.). Secondo altri, dall'art. 51 c.p., quale esimente *sub specie* di adempimento del dovere (stante la posizione di garanzia rivestita dal sanitario) integrato, sul piano fattuale, dal requisito dell'urgente necessità terapeutica, come descritto dall'art. 54 c.p. Cfr., sul tema, GIULIANI BALESTRINO U., *Sul contenuto del dovere di soccorso*, in *RIDPP*, 1981, p. 902; DELCORSO S., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *RIDPP*, 1994, p. 565; in giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 28132/2008. Nell'altro, invece, si ritiene, pacificamente, che operi la scriminante dell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p., *sub specie* di attività autorizzata ex art. 32 della Cost. in combinato disposto con le singole leggi di riferimento. In tale ambito, l'assenza di consenso del paziente o addirittura il suo rifiuto espresso all'intervento non assumerebbero rilievo ai fini dell'operatività dell'art. 51 c.p., prevalendo sulla libertà di autodeterminazione del singolo la salvaguardia della vita e della salute, seppur nei limitati casi espressamente previsti dalla legge.

dunque non lesiva penalmente dell'integrità fisica del paziente interessato a fronte di un esito fausto; dall'altro, hanno sottolineato come, anche volendo prescindere da tale scriminante costituzionale, il reato *de quo* non potrebbe comunque venire ad esistenza, posto che la malattia richiesta ai fini del reato in commento è di tipo dinamico e funzionalistico. In tale sentenza si legge che: *"poiché, dunque, la scienza medica può dirsi da tempo concorde -al punto da essere stata ormai recepita a livello di communis opinio - nell'intendere la "malattia" come un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo, ne deriva che le mere alterazioni anatomiche che non interferiscano in alcun modo con il profilo funzionale della persona non possono integrare la nozione di "malattia", correttamente intesa"*. La mera resezione iniziale del tessuto, quindi (unica condotta lesiva cui potrebbe essere riconosciuta rilevanza penalistica, mancando un esito infausto da poter valutare) non potrebbe rientrare nel novero degli eventi atti a configurare il reato *de quo*<sup>61</sup>.

C'è chi depone, invece, a favore della configurazione del reato di lesioni personali anche in questo caso, sottolineando come l'attività non scriminata, sebbene migliori la condizione fisica del paziente, comunque rimanga illecita *ab initio* e sia illegittima, portatrice di eventi atti a configurare il reato di cui agli artt. 582/590 c.p.: nel caso del taglio del bisturi (ovvero, anche nel caso d'un intervento in cui manchi la resezione del tessuto ma da cui dipenda comunque una effettiva degenza del malato post-operatoria) l'evento lesivo combacerebbe con la malattia, che sarebbe configurabile, in questi casi, nel cd. decorso post-operatorio<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> La questione parrebbe doversi porre in termini diversi, invece, nel caso dell'attività del chirurgo estetico: qui, l'unica scriminante atta a legittimare l'attività sembrerebbe rimanere sempre e comunque quella del consenso dell'avente diritto. Dunque, nel caso in cui il consenso manchi, a prescindere dall'esito tecnicamente corretto dell'operazione, dovrebbe riconoscersi che la responsabilità del sanitario sorge anche per il reato di lesioni personali (in questi termini, indirettamente, si esprime la sentenza Giulini, sopra citata, che esclude dal novero dell'attività costituzionalmente garantita quella sperimentale ed estetica appunto. Ma tutto ciò crea dei problemi in tema di differenziazione tra interventi nel caso in cui sia accettata la teoria della scriminante non codificata per la cd. attività medica ordinaria: perché ritenere costituzionalmente garantita l'attività medica classica e non quella prettamente estetica (che, giuridicamente, trova spazio e liceità nell'ordinamento, proprio sulla base di un'interpretazione ampia dell'art. 32 Cost., in quanto atta a tutelare la salute psichica del soggetto malato richiedente)?

<sup>62</sup> Rimane fuori dalla presente trattazione il tema relativo all'elemento psicologico rintracciabile nei casi *de quibus* al fine della configurazione dei reati in commento a titolo di dolo, ovvero di colpa. In modo sommario, basti dire che è normale poter prevedere che, per chi voglia configurare l'atto medico come atto intrinsecamente lesivo poiché anatomicamente compromettente, sia facilmente ravvisabile l'ipotesi di lesione dolosa così per come disciplinata dall'art. 582 c.p., essendo evidentemente possibile dire che il medico si rappresenta e vuole, senza dubbio, la resezione del tessuto (e, più in generale, l'operazione invasiva) nel momento in cui opera il suo paziente (*dolo diretto, intenzionale*). *"Tale evento è coscientemente e volontariamente cagionato dal chirurgo, il quale agisce così con dolo (il delitto di lesioni personali non richiedendo alcun particolare animus nocendi, ma soltanto la coscienza e volontà di cagionare un evento qualificabile -per l'appunto- come malattia, indipendentemente dalla finalità curativa che animi in concreto il medico"*. Così, VIGANÒ F., *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, cit., p. 901. A quanti contestano questa teorizzazione, facendo leva sul fatto che: 1) la condotta non è assolutamente diretta a cagionare lesioni e a menomare l'integrità del paziente bensì, all'opposto è finalizzata a recare al malato un beneficio; 2) il sanitario si rappresenta e vuole il taglio operatorio (ovvero, l'operazione) ma non vuole, invece, l'evento malattia richiesto dalla norma in questione, dunque la sua condotta dovrebbe essere punibile, al massimo, per colpa; i sostenitori della volontarietà rispondono sottolineando come 1) il dolo richiesto dall'articolo 582 sia di tipo generico, e come dunque non assuma alcuna rilevanza l'eventuale finalità terapeutica perseguita dal sanitario nel momento esplicativo della condotta di per sé lesiva; 2) sia irrilevante la non volontà di provocare la malattia, anche se evento oggettivamente imprescindibile ai fini della configurazione del delitto di cui agli artt. 582, poiché, quello che qui si contesta è la violazione dell'integrità fisica del paziente -bene oggetto di tutela della norma penale- da cui poi sia *derivata* una malattia -anche non voluta- nel corpo, ovvero nella mente del soggetto malato, violazione che si sostanzia comunque a prescindere dalla volontarietà dell'evento finale. Inoltre, essi continuano, anche se si desse rilevanza all'elemento psicologico restando all'evento malattia, si andrebbe comunque a configurare il reato come doloso, poiché ci si

## 5. Medico e paziente: dal paternalismo al modello liberale. Un rapporto che cambia

Una tale accettazione del consenso quale elemento imprescindibile del rapporto di cura è il riflesso d'uno spostamento di visuale che, nell'ambito del rapporto medico-paziente ha portato alla configurazione di un nuovo cd. modello personalistico in luogo di quello cd. paternalistico<sup>63</sup>: il modo di intendere il tipo di interazione tra medico curante e paziente malato, infatti, è cambiato in maniera sostanziale soltanto recentemente. Prima d'oggi, alla luce della ristretta interpretazione dell'art. 32 Cost., si riconosceva senza alcun dubbio la sostanziale posizione di superiorità e supremazia del medico rispetto al suo assistito.

Si riteneva che quest'ultimo, ignorante in materia, fosse privo delle conoscenze tecnico-scientifiche proprie dell'attività chirurgica; e che, quindi, dovesse essere necessariamente assoggettato al volere dello specialista<sup>64</sup>.

Il suo coinvolgimento nella fase decisoria era un coinvolgimento evidentemente minimo; lo si considerava soltanto quale oggetto d'un momento di cura.

Il paziente si ritrovava ad accettare acriticamente e con rassegnazione le decisioni del medico, così subiva le scelte terapeutiche e gli esiti negativi da queste ultime valutazioni

---

potrebbe benissimo rifare all'idea del non voluto ma rischiosamente accettato, quindi del *dolo eventuale*. Nell'attimo in cui il sanitario si rappresenta e vuole la condotta, infatti, conosce pure quali saranno gli eventuali esiti negativi cui potrebbe andare incontro il proprio paziente (sia a livello di decorso post-operatorio, sia a livello di pericoli psico-fisici), assoggettato all'intervento. Il suo agire, dunque, presuppone la sua assunzione di rischio, quindi la sua capacità di prevedere pur non volendo. Né si potrebbe, dopotutto, parlare di colpa cosciente -sebbene i confini siano assai labili-perché, in questo caso, è inverosimile, nella loro prospettiva, che il medico possa aver fatto leva su di una sua propria pregressa esperienza scientifico-terapeutica, accettando il rischio di verifica ma scongiurandolo sulla base di una statistica generale: ogni intervento medico chirurgico varia a seconda del soggetto malato, ed è impossibile operare una generalizzazione di standard grazie alla quale eliminare, mentalmente, la possibile verifica dell'evento dannoso. In questo senso, Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 21799/2010: l'atteggiamento del sanitario che è convinto di poter evitare il danno, dunque decidendo di non rappresentarlo al proprio assistito, è così esagerata, da travalicare i limiti della colpa (professionalmente inaccettabile) ed invadere quelli del dolo. Sull'entrata in scena del dolo eventuale nell'ambito della responsabilità medica, si veda PIRAS L., *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*, Nota a Cass. Pen., Sez. V, 27 ottobre 2011 (dep. 26 gennaio 2012) n. 3222, in *penalecontemporaneo.it*, 2012. Per un approfondimento sul tema dell'elemento soggettivo così diversificato, si veda VENEZIANI P., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studiiumuris*, n. 1/2001, pgg. 70 e ss. Inoltre, parlare di colpa creerebbe non pochi problemi applicativi: una simile prospettiva, infatti, si espone a una duplice obiezione: anzitutto, affermare che la mancata previa acquisizione del consenso informato del paziente contribuisca a fondare una responsabilità colposa a carico del medico, significa riconoscere natura cautelare alla regola che impone l'acquisizione di tale consenso. Cfr. sul punto MANNA A., *Trattamento medico arbitrario: lesioni personali e/o omicidio oppure violenza privata?*, in *Indice penale*, n. 2/2004, p. 462. L'indagine sull'elemento soggettivo delle lesioni così inferte, risulta essere, poi, particolarmente pregnante nel momento in cui, dalla lesione chirurgica, sia derivata addirittura la morte del paziente; ché, in quest'ultimo caso, si verrebbe a configurare un'ipotesi di omicidio doloso, ovvero colposo (oltre che, in certi casi, di omicidio preterintenzionale). Sul tema, si veda PULITANÒ D., *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv.It. Med. Leg.*, 2007, pgg. 1195 e ss.

<sup>63</sup> "Il consenso informato mira cioè a porre al centro dell'attenzione del medico non solo, o non soltanto, la malattia, ma la persona bisognosa di cure; cosicché, ai doveri di informazione del medico corrisponde oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto irrinunciabile e non più come una gentile concessione". Così, GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *RIDPP*, 2001, p. 378.

<sup>64</sup> Cfr. sull'argomento quanto esposto dal Comitato Nazionale per la Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2001, p. 39: "la fase c.d. del paternalismo è durata migliaia di anni durante i quali il legame tra medico e paziente è stato essenzialmente diadico e pochi estranei, eccetto i familiari, potevano penetrare in questo personale, magico regno delle cure. Era un modello di medicina basato, più di quanto non lo sia oggi, sulla fiducia nella capacità tecnica del medico e sulla sua struttura morale, sostenuta nell'attribuzione di poteri magici del curante, ed era caratterizzata dalla dipendenza del paziente e dal controllo esercitato dal medico".

eventualmente scaturenti. Illuminante, a questo proposito, la definizione di Parodi e Nizza<sup>65</sup>, che guardano al paziente di questo modello come ad un soggetto passivo del rapporto obbligatorio, un soggetto oggettivamente inferiore<sup>66</sup>, un individuo che attende le cure e la guarigione come elargizioni di un generoso e miracoloso beneficio, "*suddito fedele che esegue quanto ordinato dal medico*"<sup>67</sup>.

La medicina veniva ritenuta arte e scienza: essa, come tale, rappresentava la massima espressione della libertà intellettuale, prima ancora che professionale: il suo esercizio ed i suoi esiti difficilmente potevano essere messi in discussione. Il medico, in ossequio al più pregnante principio ippocratico<sup>68</sup>, rappresentava il sacerdote del corpo, si poneva quale mago della guarigione nei confronti del malato e svolgeva una funzione parentale.

Oggi, invece, si assiste ad una vera e propria emancipazione del paziente<sup>69</sup> e si riconosce una maggiore autonomia al singolo malato le cui libere scelte vengono legittimate nell'ambito d'un rapporto terapeutico paritetico ed equiparato<sup>70</sup>: la figura del sanitario risulta essere fondamentale ai fini della cura, ma non anche ai fini delle scelte che la presuppongono<sup>71</sup>.

D'altra parte, "*nelle disposizioni costituzionali non v'è traccia alcuna di una concezione paternalistica, così com'essa mai si rinviene nella interpretazione corrente delle stesse; non si è mai configurata una limitazione dell'autonomia dei soggetti, salvo i casi di incapacità, in funzione della realizzazione degli interessi dei soggetti medesimi*"<sup>72</sup>. Perché allora dovrebbe verificarsi in quest'ambito, quindi, tale limitazione, se mai come in altri campi, proprio in quello medico, l'interesse del singolo a farsi curare diviene predominante e non assolutamente intaccabile, né condizionabile?

In questo senso, il medico deve coinvolgere il paziente in tutte le decisioni che riguardino la cura del suo stato fisico e psichico, non potendo assolutamente prescindere dalla sua volontà di scelta. Egli ha l'obbligo di renderlo previamente edotto nella fase prodromica all'operazione, aiutandolo ad essere sempre partecipe nel processo decisionale.

Oggi, nella "*relazione medico-paziente si fronteggiano due centri di valutazione e di decisione degli interventi da porre in atto nella gestione della malattia*"<sup>73</sup>: il paziente è cosciente dei propri diritti e pretende di essere informato sia sulla propria malattia, che sulle diverse alternative per curarla.

Al malato viene riconosciuta, a pieno titolo, la dignità di soggetto capace di autodeterminarsi e di decidere in merito agli interventi diagnostici e terapeutici sulla sua persona proposti dai

<sup>65</sup> Cfr. PARODI C., NIZZA V., *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Torino 1996, p. 417.

<sup>66</sup> Cfr. HELZEL P., *Il rapporto medico-paziente tra principi etici e norme giuridiche*, Le Corti Calabresi, 2007, Vol. 3, p. 615.

<sup>67</sup> PRODOMO R., *Lineamenti di una bioetica liberale*, Bologna, 2003, p. 89.

<sup>68</sup> "Scegliero il regime per il bene dei malati secondo le mie forze e il mio giudizio, e mi asterrò dal recar danno e offesa". (Così nel classico giuramento ippocratico).

<sup>69</sup> Cfr. HELZEL P., *Il rapporto medico-paziente tra principi etici e norme giuridiche*, cit., p. 615.

<sup>70</sup> Diversamente, HELZEL P., *Il rapporto medico-paziente...*, cit., p. 121 secondo la quale il rapporto medico-paziente rimane comunque caratterizzato da una sorta di asimmetria informativa che fa sì che il medico venga considerato parte forte d'un rapporto obbligatorio nell'esplicazione giuridica del quale il paziente, debole consumatore di prestazione intellettuale, necessita senz'altro di più attenta considerazione.

<sup>71</sup> Tutto ciò, scrive CORATELLA C., *La responsabilità penale del medico*, in *Diritto e Giustizia*, 42/2006, p. 4, è il risultato del "*diffuso innalzamento del livello di istruzione generale della collettività, e del rinnovato clima culturale che ha caratterizzato gli anni ottanta ed ha determinato, da un lato, una sempre maggiore capacità di comprensione delle indicazioni mediche fornite dal sanitario, dall'altro, la presa di coscienza da parte del cittadino dei propri diritti*".

<sup>72</sup> GEMMA G., *Vita (diritto alla)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XV, Torino, 1999, p. 681.

<sup>73</sup> Cfr. BORSELLINO P., *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999.

sanitari<sup>74</sup>; egli, in definitiva, affidandosi ad un medico, lo costituirà sì garante della propria salute, ma non certo signore assoluto di essa. La responsabilità ultima di scegliere se sottoporsi ad un determinato intervento, infatti, dovrà necessariamente gravare, in questo senso, sull'interessato<sup>75</sup>.

Si tratta del modello qualificabile come "*liberale*", incentrato sul principio di autonomia, al quale è sottesa la convinzione che la volontà degli individui adulti e capaci non possa essere compressa o annullata nemmeno quando il fine che ci si propone è quello di fare il loro bene<sup>76</sup>; esso mette definitivamente da parte la generale presunzione d'incapacità del malato sottesa al modello paternalistico, affermando che, alla volontà del malato non potrà in genere sostituirsi la volontà di altri soggetti<sup>77</sup>.

Il ruolo del paziente "*tende a diventare sempre più attivo, nella dinamica comunicativa col terapeuta, perché solo al paziente spetta formulare quelle indicazioni concrete (di carattere economico, familiare, più in generale esistenziale) che, integrandosi con quelle strettamente scientifiche elaborate dal medico, consentono di giungere, partendo da un astratto ventaglio di opzioni (tutte di principio plausibili e legittime), ad una scelta concreta di trattamento*"<sup>78</sup>.

## 6. Qualche rilievo critico: l'uso spasmodico del consenso e la disumanizzazione della medicina

Il rapporto medico-paziente subisce, oggi, una forte spersonalizzazione. Ciò succede a causa di quel processo di disumanizzazione della medicina che, improntando il rapporto obbligatorio ai modelli strettamente contrattualistici<sup>79</sup>, sottolinea un impoverimento comunicativo del processo sanitario, provoca una rilevante deresponsabilizzazione del medico, e rende "*asettico*"<sup>80</sup> il rapporto tra curante e curato.

La causa principale di questa graduale disumanizzazione è legata a delle problematiche comportamentali che riguardano tanto i medici, quanto i pazienti. Quanto ai primi, i sanitari hanno fin da principio -erroneamente- recepito la problematica del consenso dell'avente diritto in termini piuttosto formali e riduttivi: la maggior parte di loro, infatti, lo ha da sempre considerato come una mera pratica dogmatica, piuttosto che come un necessario processo di discussione; e lo accetta, tuttora, solo come *fastidioso obbligo* di informare il paziente circa i trattamenti da attuare. In quest'accezione il consenso informato perde di rilevanza, ed il motivo per cui esso è nato viene svuotato del suo significato morale: esso diventa un mero atto dovuto, una mera obbligazione di

<sup>74</sup> Cfr. HELZEL P., *Il rapporto medico-paziente...*, cit., p. 617.

<sup>75</sup> Cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, pp. 524-525.

<sup>76</sup> Fanno eccezione i casi nei quali non è possibile fare riferimento alla volontà del malato, o perché è naturalmente incapace, o perché ha rinunciato ad essere autonomo centro di decisioni.

<sup>77</sup> Sul tema, in genere, si rimanda a: ANDORLINI I., MARCONE A., *Medicina, medico e società nel mondo antico*, Firenze, 2004, pp. 145 e ss.; GOUREVITCH D., *Le triangle hippocratique dans le monde gréco-romain*, Roma, 1984; MAZZARELLO P., *Rapporto terapeutico in occidente: profili storici*, in LENTI L., FABRIS E., ZATTI P., *I diritti in medicina*, in RODOTÀ, -ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, pp. 3 e ss.; MONTANARI VERGALLO G., *Il rapporto medico paziente. Consenso informato tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008; ENGELHARDT D., *La relazione fra medico e paziente: ieri, oggi e domani*, in AA. VV., *La relazione di cura. Medico e malato tra tecnica e nuovo Umanesimo*, Trento, 2008; TRABUCCHI M., *L'ammalato e il suo medico. Successi e limiti di una relazione*, Bologna, 2009.

<sup>78</sup> Cfr. D'AGOSTINO F., PALAZZANI L., *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia, 2007, p. 15.

<sup>79</sup> Secondo SGRECCIA E., *Rapporto medico. paziente*, cit., p. 1, non è "*auspicabile percorrere una linea puramente contrattualistica: l'impossibilità di tradurre immediatamente la relazione di cura nei termini del contratto tra lo specialista e il malato deriva dallo spessore esistenziale della malattia, dal suo significato etico e antropologico*".

<sup>80</sup> Così si esprime HELZEL P., *Rapporto medico-paziente...*, cit., p. 618. Cfr. anche, AMATO D., *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Milano, 2013.

comportamento che, adempiuta, leva il medico dall'imbarazzo di un'eventuale futura complicanza sanitaria, un formulario che lo protegge da possibili casi giudiziari<sup>81</sup>.

Quanto ai pazienti, essi hanno estremizzato l'importanza e la necessarietà del consenso informato: sicuri dei propri diritti, vogliosi d'un'informazione ricca e comprensibile, ambiziosi nel volersi ritenere autonomi e positivamente soli nel momento delle scelte che li riguardano, si sono sempre più convinti di poter fare a meno del medico nel momento delle proprie scelte personali.

Il medico deve limitarsi ad informarli nella fase strettamente decisoria (in tal senso adempiendo ad un suo preciso obbligo e soccorrendoli nella loro -comprensibile- ignoranza) e ad intervenire nella fase posteriore (laddove gli stessi pazienti ciò vogliano) per soddisfare l'interesse sotteso alla loro precisa -eventuale- scelta.

In un simile andazzo, la sempre maggiore autonomia pretesa dal paziente che aspira (giustamente) a diventare corresponsabile del proprio destino sanitario, tende a mortificare l'importanza sostanziale del curante e provoca la riduzione del medico a mero prestatore d'opera, ad una specie di artigiano ad elevata qualifica<sup>82</sup>: egli diventa quasi una *longa manus*, un mezzo utile ad attualizzare un qualcosa che, da solo, mai il curato incompetente potrebbe riuscire ad attualizzare.

Il risultato è facilmente intuibile, oltre che concretamente tangibile: la relazione medico-paziente viene pervasa da un forte allontanamento<sup>83</sup>, ed i due protagonisti dell'interrelazione si trovano a vivere momenti separati pur se contestualizzati nello stesso attimo curativo. In questo senso, quello che dovrebbe essere l'incontro tra medico-paziente diventa scontro; e la-mancata-comunicazione diventa un "*dialogo tra sordi, che si traduce in un rapporto lontano, freddo e pieno di sospetti; l'informazione, tradotta nella pratica del consenso informato, diventa la caricatura di se stessa*"<sup>84</sup>.

Nonostante la sua ampia autonomia di scelta, però, il curato ha bisogno del sanitario in tutto il percorso curativo e deve necessariamente creare con lui un rapporto fiduciario sulla base del quale poter scegliere e farsi consigliare<sup>85</sup>. Questo perché il malato, nell'atto della scelta autonoma, perde, in realtà, la capacità di valutare razionalmente la propria condizione patologica a causa dello *status* emozionale che lo colpisce: lasciarlo completamente da solo nel momento della scelta, quindi, vuol dire rischiare di trasmettere, sì, informazioni, ma "*violando il soggetto e calpestando le sue emozioni, invece di instaurare con lui un processo comunicativo*"<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> In questa prospettiva, la relazione medico-paziente viene ricondotta ad un'ordinaria relazione commerciale regolata per legge da precise norme di correttezza professionale (perizia, verità, fedeltà ai fatti) e il paziente diventa un semplice cliente, un comune consumatore, mentre il medico, da corretta controparte, si limita a porlo nelle condizioni di poter scegliere (senza tuttavia curarsi del fatto ch'egli sappia, poi, effettivamente farlo correttamente); è la cd. *medicina difensiva*, quella che "*si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice*". La definizione è stata elaborata nel 1994 dall'OTA, Office of Technology Assessment, U.S. Congress. Sul tema, LIPAROTI F., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

<sup>82</sup> Ci si è chiesti, cioè, se, di fronte ad un atteggiamento così evidentemente "passivo" del sanitario, lo stesso debba essere considerato ancora parte attiva del rapporto obbligatorio ovvero rivesta le caratteristiche, ormai, di un mero esecutore materiale di volontà altrui.

<sup>83</sup> A riprova di ciò, si veda quanto accade, oggi, nel caso della telemedicina.

<sup>84</sup> Cfr. SPINASANTI S., *Chi decide ...*, cit., p. 92.

<sup>85</sup> L'insorgenza e la scoperta di una malattia che non si sa diagnosticare ed affrontare, scrive OREFICE S., *La sfiducia e la diffidenza*, Milano, 2002, p. 3 "*di per sé disarmata la mente [...]. La disperazione può già parzialmente ridursi sapendo che ci sarà un dottore in grado di aiutare*".

<sup>86</sup> Così SGRECCIA E., *Rapporto medico-paziente*, cit., pag.22.

Il modello autonomista, così, rischia di attribuire il potere decisionale ad uno solo dei poli della relazione, mortificando il bisogno comunicativo di entrambi; bisogno che trova sempre maggiori difficoltà di espressione all'interno della *relazione clinica*<sup>87</sup>.

È l'ottica della comodità, della convenienza e dell'indipendenza. È l'ottica della medicina che si prostra al bisogno del paziente. Che lo deve soddisfare in toto, prima ancora che aiutarlo a guarire.

La medicina attuale perde la propria storica connotazione di arte medica per assumere, invece, quella più spersonalizzata e deresponsabilizzante di tecnica medica: essa si trova, oggi, a far fronte a pressanti richieste esterne di un pubblico sofisticato, un pubblico che sa cosa vuole e pretende l'ottenimento di quel risultato specifico<sup>88</sup>.

In quest'ottica, il medico si trova spesso a dover rispondere a richieste che non sempre corrispondono a dei veri e propri bisogni umani, quanto piuttosto a dei meri sogni del soggetto paziente

Invero, “[...] *l'autonomia del paziente e il consenso informato non sono forniti solo come antidoti ai medici arroganti, ma sono necessità, poiché nessun altro può parlare per il paziente se non il paziente stesso*”<sup>89</sup>: riconoscere l'autonomia del paziente, non può voler dire assolutizzarla facendola corrispondere al libero arbitrio. Libertà d'autodeterminazione e dovere di cura non sono concetti contrastanti tra loro; bisogna, anzi, che si rendano complementari. Nel caso contrario, si rischia di scardinare l'alta funzione sociale che la medicina svolge e che è opportuno continui a svolgere<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup>Cfr. PASINELLI G. (a cura di), *Il consenso informato*, cit., pp. 59-60. A questo proposito, MALTA R., *Etica e chirurgia estetica*, in *Bioetica e Cultura*, 8, 1, p. 93 scrive che, nel caso della chirurgia estetica, il rapporto medico-paziente è invertito: è quasi sempre il paziente a chiedere l'applicazione di una tale pratica chirurgica.

<sup>88</sup>Tutto ciò incide sulla considerazione del corpo, che viene a tramutarsi in un oggetto da modificare e asservire alle proprie voglie. Sul tema, SANTOSUOSSO A., *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001; VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007; RODOTÀ S., *La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in RODOTÀ S., TALLACCHINI M. (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto*, cit., pp. 169 e ss.; ROMBOLI R., *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007.

<sup>89</sup>Cfr. PASINELLI G. (a cura di), *Il consenso informato. Una svolta nell'etica medica*, Milano, 2004, p. 55.

<sup>90</sup>“La cultura contemporanea ha spesso denunciato i limiti del paternalismo medico in nome dell'autonomia del paziente. Rispondere ai possibili abusi del paternalismo medico ricorrendo soltanto al principio di autonomia non serve a riequilibrare la relazione medico-paziente, ma anzi sembra condannarla alla conflittualità [...]”. Così, SGRECCIA E., *Rapporto medico-paziente...*, cit., p.1.

**Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente.**

di Nicola Posteraro

**Abstract**

Il lavoro analizza il tema del diritto al consenso informato alla luce di dottrina e giurisprudenza recenti. Si parte con un'analisi generale del "nuovo" concetto di salute, per poi passare a trattare più dettagliatamente del diritto *de quo*.

Ci si sofferma in particolare sulla informazione quale requisito atto a renderlo valido e si considerano sommariamente le conseguenze della sua inadeguatezza in tema di responsabilità civile e penale, alla luce delle recenti affermazioni di giudici e studiosi.

Subito dopo, si affronta il tema del nuovo rapporto medico-paziente; e, infine, si svolgono delle considerazioni critiche rispetto alla cd. spersonalizzazione di tale relazione medica.

**Parole chiave:** salute – libertà – paternalismo – consenso informato – responsabilità medica – autodeterminazione

**Some critical comments about the informed consent considering the doctrine and the case law recent opinions: the civil and penal liability of the doctor and the depersonalization of his relationship with the patient.**

By Nicola Posteraro

**Abstract**

The work deals with the process of the informed consent considering doctrine and case law recent opinions.

It analyzes the "new" right to health; then, it focalizes its attention on the right to be informed before conducting a healthcare: what is the kind of civil and penal liability of the doctor, if the information that he gives to the patient are inadequate?

At the end, it considers the theme of the relationship between the doctor and the patient; and investigates the problem of its depersonalization.

**Keywords:** health – freedom – paternalism – informed consent – medical liability – self-determination