



**COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA**

**Simona Cacace**

# **AUTODETERMINAZIONE IN SALUTE**



**G. Giappichelli Editore – Torino**



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

---

*Nuova Serie – 7*



Simona Cacace

# AUTODETERMINAZIONE IN SALUTE



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1086-1

*La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa su di esso da due docenti esterni anonimi, scelti dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (nella sua qualità di Coordinatore pro-tempore della Collana) secondo il modello della "revisione fra pari in doppio cieco".*

*Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (Fondi Locali della Ricerca).*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*A Luca, mio marito*



## Indice

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	1

### CAPITOLO I IL CONSENSO INFORMATO

1. Il medico e il suo paziente	9
2. A Norimberga cadono le certezze	14
3. Nasce e cresce il consenso informato	21
4. La tutela costituzionale	27
5. La liceità del trattamento sanitario e l'art. 5 c.c.	34
6. L'informazione	39
7. La responsabilità contrattuale da difetto informativo	48
8. Il consenso del paziente nella disciplina contrattuale	55
9. La forma del consenso informato	57
10. L'onere probatorio	65
11. Nesso causale e risarcimento del danno	68
12. Il dovere d'informazione in Francia	82
13. La <i>perte de chance</i> del paziente disinformato	96
14. <i>Loi Kouchner</i> : àlea terapeutica e autodeterminazione individuale	103
15. Informazione e responsabilità: i francesi cambiano idea	108
16. <i>English law</i> e <i>standards</i> informativi	115
17. Il consenso del paziente tra <i>battery</i> e <i>tort of negligence</i>	123
18. <i>The informed consent doctrine</i> negli Stati Uniti d'America	130

### CAPITOLO II AUTODETERMINARSI ALL'INIZIO

1. Le azioni di nascita indesiderata	135
2. Un figlio, seppur sano, non è sempre una benedizione	140
3. La nascita indesiderata di un bambino disabile	147
4. Le azioni di <i>wrongful life</i> in Italia	153

	<i>pag.</i>
5. <i>L'arrêt Perruche</i> e la <i>loi Kouchner</i>	156
6. Sulle "disobbedienti" toghe francesi	166
7. Gli italiani non fanno la rivoluzione francese	172
8. Le soluzioni di <i>common law</i>	186

### CAPITOLO III AUTODETERMINARSI ALLA FINE

1. Prognosi grave ed informazione	201
2. I familiari del paziente	207
3. Il fiduciario	212
4. L'amministrazione di sostegno	219
5. Il paziente minorenni	225
6. Il paziente minorenni all'estero	243
7. Le direttive anticipate di trattamento	251
8. Il consenso presunto	260
9. Il dissenso del paziente	264
10. Il rifiuto dell'emotrasfusione	270
11. Il danno della vita salvata	288
12. Il rifiuto delle cure in Francia	292
13. Il rifiuto delle cure in <i>common law</i>	297
14. Il caso del paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile	304
15. La fatica del legislatore italiano	313
16. Rifiuto di cure, trattamenti sanitari e accanimento terapeutico	317
17. Rifiuto di cure e amministrazione di sostegno	336

### CAPITOLO IV DAL CONSENSO AL TRATTAMENTO ALLA PRETESA DEL TRATTAMENTO

1. Chirurgia estetica e odontoiatria: un'informazione peculiare	345
2. Il "capriccio" del paziente	352
3. Là dove s'arresta il dovere del medico	354
4. <i>L'affaire Stamina</i> ovvero di un'irragionevole volontà	359

<i>Qualche conclusione</i>	371
----------------------------	-----

## Introduzione

Il vaso o coppa di Rubin è una famosa serie di ambigue figure bidimensionali, elaborate attorno al 1915 dallo psicologo danese Edgard Rubin, nelle quali è possibile alternativamente distinguere due profili umani neri su sfondo bianco ovvero un calice bianco su sfondo nero. La differenziale visualizzazione ed interpretazione di simili figure costituisce, invero, una variante a natura soggettiva e d'origine puramente psicologica ed intuitiva. D'altra parte, se bene sarebbe non ridurre a mera illusione ottica il consenso informato del paziente al trattamento sanitario, è pur vero che, dinanzi ad una medesima fattispecie (per esempio, l'ormai *classico* rifiuto opposto all'emotrasfusione salvavita), la lente del giurista può focalizzare e privilegiare letture diverse e persino contrapposte: infatti, laddove qualcuno vede l'autonomia terapeutica del medico, fino ad un preteso suo dovere d'intervento, altri rimangono semplicemente folgorati dall'intangibilità della consapevole decisione individuale.

Orbene, è forse possibile affermare che il nocciolo dello studio che qui si introduce è l'analisi di come il principio del consenso informato in ambito sanitario possa misurarsi con tali due opposte visioni – e a quale di queste accordare, di volta in volta, preminenza, e con quali conseguenze. In questo senso, alla linea di partenza si è voluto collocare, privilegiandolo, il consenso informato *tout court* inteso, senza specificazioni ulteriori: né riguardo alla tipologia di prestazione sanitaria, laddove il rispetto della decisione del paziente *in casi particolari* è stata intenzionalmente relegata ad una posizione di assoluta marginalità (si pensi all'interruzione volontaria della gravidanza, alla procreazione medicalmente assistita, alla donazione d'organi o al trattamento psichiatrico), né riguardo alla tipologia di paziente. Si tratta, infatti, del consenso che il medico deve quotidianamente e secondo *routine* ottenere dal proprio assistito, corredato di caratteristiche definite onde garantire l'autenticità della scelta dell'ammalato, nonché escludere la configurazione di profili di responsabilità civile o penale in capo al professionista. Ed è proprio in questa quotidianità, del resto, che l'evidenza dell'inutilità del consenso informato rischia di sopraffare l'interprete, a fronte di una contraddizione valoriale – prima ancora che giuridica – la quale permea l'ordinamento e costringe sulla carta medico e paziente ad un gioco delle parti privo, alla fine, di costrutto alcuno. Sulla carta, *ad litteram*: così, laddove il modulo potrebbe davvero cambiare il

corso degli eventi terapeutici, perché, ad esempio, il paziente rifiuta un trattamento che il medico ritiene, secondo le *leges artis*, quantomeno opportuno, ecco che gli *escamotages* dalle corti ideati per ignorare la certificata volontà divengono innumerevoli: lo stato di necessità, la mancanza di attualità, l'informazione incompleta per il sopraggiungere di circostanze non previste o la mancanza di una consapevolezza piena rispetto alla gravità del rischio – per citarne solo alcuni. In altri termini, il rispetto dell'autodeterminazione individuale viene tollerato quando il risultato sia, ad ogni modo, più o meno conforme a quanto il medico avrebbe comunque deciso di fare: la forza della retorica sull'importanza del poter decidere quanto alla propria pelle si spegne in un soffio, invece, quando si trovi a contrastare, dall'altra parte, la tradizionale e sempre proclamata vocazione a curare e a salvare dei professionisti della sanità.

Il consenso informato, del resto, è strumento principe proprio di un'*autodeterminazione in salute*, la quale, a sua volta, costituisce suprema estrinsecazione e specificazione della libertà di cui all'art. 13 Cost., in ossequio al principio che ascrive le decisioni in ordine alla *gestione* della propria integrità psicofisica allo stesso processo di costruzione, affermazione e ri-affermazione dell'identità ed individuale personalità. Si tratta, in particolare, della facoltà di scegliere quanto al proprio corpo e riguardo ai trattamenti cui sottoporsi, la quale non può che altresì comprendere il diritto di essere libero – e di *liberarsi* – da qualsivoglia atto medico. Certo, la prima questione attiene al significato, alla natura e persino all'esistenza stessa di un'autonomia individuale e non tanto e non solo, in realtà, con riferimento alla difficoltà di comprendere e di gestire determinate informazioni o di adottare scelte con un elevato grado di complessità e tecnicismo, specie laddove a prendere il sopravvento siano la paura e la sofferenza connesse alla patologia. Ancor prima, infatti, si tratta dell'impossibilità, forse *in primis* da un punto di vista filosofico<sup>1</sup>, di concepire l'autodeterminazione come capacità di decidere *da soli*, alla stregua di una monade: le determinazioni dell'ammalato, allora, saranno – anche in maniera risolutiva – condizionate, per esempio, dal rapporto che ha potuto egli instaurare con il personale sanitario, nonché dai vincoli familiari, amicali, professionali che accompagnano e rappresentano il suo vissuto. In questo senso, non può esistere autonomia: così, non ha senso denunciare le possibili interferenze che la comunità di appartenenza può operare sul diniego opposto dal paziente testimone di Geova così come dal nativo americano, dalla gestante musulmana o dalla diciassettenne votatasi a Scienza Cristiana. Volente o nolente, è un'autonomia *condizionata*, talvolta anche casualmente condizionata, quella di tutti noi, che il medico deve comunque rispettare, con il solo limite dell'accertamento della capacità d'intendere e

---

<sup>1</sup>D. MORANDINI, *L'origine moderna del principio di autodeterminazione. Riflessioni critiche sul pensiero giuridico-politico di John Locke*, in *Tigor*, 2012, p. 89.

di volere: per il resto, non c'è *standard* di ragionevolezza che qui possa tenere né tali condizionamenti possono considerarsi ostativi al dispiegarsi della libertà decisionale, perché è lo stesso diretto interessato, più o meno consapevolmente, ad averli accettati.

D'altro canto, se il consenso informato è il miglior tramite per garantire, in ambito sanitario, il dispiegarsi dell'autodeterminazione individuale, la sua assenza non può, però, in taluni casi, considerarsi precludente. In più chiari termini, dinanzi a pazienti particolarmente motivati (*special needs*, come verranno definiti), parrebbe opportuno considerare e rispettare una volontà scritta di diniego di determinati trattamenti, anche laddove manifestata da un soggetto che non abbia beneficiato di alcun previo contatto con un medico. A rilevare, infatti, è la consapevolezza riguardo alle conseguenze, anche estreme, anche fatali: il dissenso, quindi, non deve necessariamente essere informato, laddove tale asserita disinformazione non sia addebitabile al professionista, bensì sia ascrivibile alla condotta che il diretto interessato ha deciso di far propria. Infatti, l'assenza di un previo colloquio con il personale sanitario attorno alle caratteristiche della specifica condizione clinica in cui versa l'ammalato non può far presumere, in via assoluta, un diniego viziato – che, altrimenti, si sarebbe convertito in assenso: di conseguenza, pare necessario prestare ossequio ad una volizione sufficientemente circostanziata, benché, in qualche modo, *astratta*, perché formulata, per esempio, da soggetto non ancora *paziente*, ma per il quale il rispetto del diniego ha natura addirittura esistenziale. Il paradosso, certo, è evidente (ma anche inevitabile): uno studio che perora la causa del consenso informato del paziente quale mezzo supremo di tutela dell'autodeterminazione individuale in ambito sanitario è non solo pervaso dall'affanno di ritrovarne una concreta utilità a fronte di un'esasperata ritualizzazione, ma altresì perviene ad affermare, in conclusione, la prescindibilità stessa dell'informazione in alcune ipotesi di dissenso.

Riguardo, poi, alla *salute*, l'accezione in questa sede adottata – e più volte ribadita – è di natura soggettiva e attiene alla dignità, alla felicità e ad un più ampio concetto di benessere individuale, in funzione dei quali l'autodeterminazione, appunto, si svolge. Peraltro, non vengono qui trattate fattispecie – già note a qualche legislatore straniero – quali l'atto eutanasi o il suicidio assistito: ci si ferma, infatti, alla disamina della configurazione e delle conseguenze della non-attivazione o interruzione, su richiesta del paziente, di un atto medico. Ecco, il punto è proprio questo: che cosa si possa e si debba intendere per *trattamento sanitario*. Le definizioni attestatesi si riferiscono<sup>2</sup> ad una precisa finalità: migliorare la salute fisica e psichica dell'ammalato, favorirne le condizioni di vita, curare, in-

---

<sup>2</sup> Cfr. P.G. MONATERI, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretta da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 7-8.

fine, la patologia o, quantomeno, i suoi sintomi. In tal senso, l'azione del medico (e solo di azione può qui trattarsi) il quale, apprestando la propria scienza, ponga termine alle sofferenze e alla vita del paziente che questo reclami non attiene al mondo sanitario se non per il destinatario della supplica – la quale ben potrebbe, peraltro, parimenti rivolgersi al *quisque de populo*. La preghiera, in questo caso, non riguarda il rispetto della propria autodeterminazione circa un determinato trattamento sanitario, quanto, piuttosto, l'assecondare una volontà che verte sulla realizzazione di un'unica finalità, a prescindere, in definitiva, dai mezzi utilizzabili (di natura *medica* o meno) in vista di una sua felice realizzazione.

Se questo è il raggio d'azione di un'*autodeterminazione in salute* (laddove i termini della questione sono, per l'appunto, la libertà decisionale, la salute cui la prima anela e l'ambito all'interno del quale la volontà dell'ammalato è degna di essere, anche *attivamente*, rispettata), tale linea argomentativa non deve condurre all'automatica equazione avvenuta la lesione/approntato il risarcimento. Infatti, se il danno biologico non può naturalmente rappresentare l'unica *dimensione*<sup>3</sup> del pregiudizio scaturito dalla violata autodeterminazione individuale, vero è che anche la riparazione di un *altro* danno non patrimoniale esige un serio accertamento in termini probatori. In diversi e più chiari termini, il danno non può ritenersi *evento* derivante dalla mera lesione di un interesse giuridicamente protetto<sup>4</sup>, bensì sempre e solo *conseguenza* soggetta alle forche caudine della dimostrazione della sua sussistenza, nonché del nesso eziologico intercorrente fra l'inadempimento e il pregiudizio – seppur beneficiata dall'equitativa quantificazione giudiziale. Certo, al contrario di quanto può dirsi per quello biologico, l'*altro* danno non patrimoniale originato dalla violazione del consenso informato (ad eccezione, come si avrà diffusamente occasione di chiarire, della mera *impreparazione*) soffre, specie in ipotesi di esito fausto dell'intervento sanitario, di un'oggettiva difficoltà in termini probatori – che non si ritiene qui di risolvere, comunque, con l'individuazione di un pregiudizio *in re ipsa*. Piuttosto, laddove il paziente abbia dimostrato (il rapporto di causalità, ovvero) che, se informato (o meglio informato), avrebbe egli rifiutato il trattamento, allora la sussistenza del danno non patrimoniale conseguente può ben essere allegata e poi dimostrata per il tramite di presunzioni – a séguito e in ragione del peculiare bilanciamento fra

---

<sup>3</sup>R. PUCELLA, *L'illiceità dell'atto medico tra lesione della salute e violazione del consenso*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, cit., p. 210.

<sup>4</sup>Cfr. Cass. civ., Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361, in – *ex pluribus* – *Resp. civ. prev.*, 2014, con commenti di P. ZIVIZ, *Grandi speranze (per il danno non patrimoniale)*, p. 380, e C.M. BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, p. 493; in *Danno e responsabilità*, 2014, pp. 388 ss., con commenti di G. PONZANELLI, R. FOFFA, R. PARDOLESI, R. SIMONE, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 264, con nota di G. PONZANELLI, *Alcune considerazioni sulla decisione "Scarano"*.

valori contrapposti operato dall'ammalato del caso di specie e già oggetto di accertamento. Al riguardo, non è data alternativa, salvo voler snaturare la natura stessa della responsabilità civile e inequivocabilmente scivolare da una funzione consolatoria/compensativa ad una puramente sanzionatoria/punitiva. Peraltro, in presenza di un danno biologico, la stessa, automatica riparazione del pregiudizio derivante dalla violata autodeterminazione – senza che la natura e le caratteristiche di questo siano state in alcun modo indagate e scandagliate – costituisce un'inutile duplicazione, che appesantisce ulteriormente un sistema di responsabilità sanitaria già abbastanza sofferente, per di più aggiungendo davvero poco, alla fine, in termini di *quantum* risarcitorio. In queste ipotesi, invero, neppure sembra possibile trascurare che, se l'autodeterminazione individuale fosse stata previamente rispettata, il danno alla salute non avrebbe certo trovato ristoro (il medico è stato diligente; in genere, si tratta della mera realizzazione di un'alea): la sua stessa riparazione, perciò, rappresenta il primo riconoscimento dell'inadempimento del sanitario rispetto alla libertà decisionale del proprio paziente. La prospettiva cambia, invece, a fronte della violazione addirittura di un diniego espresso, anche laddove l'esito sia, infine, fausto: e non perché si tratti di condotta – come effettivamente è – più grave, ma perché più gravemente sono state ferite autodeterminazione e dignità. Dalla tentazione di una sanzione, quindi, alla necessità di una riparazione, questa volta, congrua, benché in assenza di un pregiudizio alla salute strettamente inteso: è l'ordinamento che, per il tramite delle sue corti, deve segnalare un *valore* e accordare una tutela effettiva là dove, di norma, a sprecarsi sono le sole enunciazioni di principio.

Certo, il *deficit* di partenza dell'interprete italiano è che le sue preoccupazioni debbano tutte convergere nell'interpretazione di una congerie di sentenze, anziché nell'applicazione di una legge. In Italia, infatti, l'*assenza* del legislatore non ha eguali negli altri ordinamenti considerati, eccezion fatta – certo – per la blanda regolamentazione del consenso informato che il paziente deve prestare *nei casi particolari* cui in principio s'accennava. Così, fatto salvo lo scudo di cui all'art. 32 Cost., la stessa generale enunciazione circa la *volontarietà* degli accertamenti e trattamenti sanitari è collocata (e rischia di perdersi) in un contesto – l'art. 33 della legge n. 833/1978 – per il resto esclusivamente dedicato agli interventi su paziente coatti ed obbligatori. Si è ben lontani dalla sistematicità, *in primis*, della normativa d'oltralpe, la quale, e con una lodevole ossessione per il dettaglio, parte dai contenuti e dalla forma dell'informazione sino a regolarne il regime probatorio e prescrizione; regola la condotta del medico dinanzi al dissenso del paziente e detta gli stessi poteri del fiduciario, eventualmente assistito dalle direttive anticipate di trattamento espresse dal diretto interessato; e con la medesima meticolosità e dovizia di particolari disciplina, infine, sia la sedazione terminale sia i contenuti dell'informazione in ambito di diagnosi prenatale. Peraltro, l'analisi comparati-

stica si fa qui tanto più stimolante laddove si tramuta in una riflessione circa l'interazione dei differenti formanti fra loro: ciò che più interessa, infatti, non son tanto e solo i contenuti e la natura delle soluzioni altrove apprestate (pur sempre espressione, in qualche modo, delle dicotomiche visioni di cui sopra), bensì i percorsi dialettici intrapresi da giudici e legislatore alla ricerca di una definizione della fattispecie concreta, gli uni, e di quella astratta, l'altro. Più chiaramente, l'assenza normativa italiana induce le corti, di volta in volta (e la prima opzione non necessariamente esclude la seconda), a biasimare e denunciare il silenzio legislativo, altresì invocando una reazione parlamentare, nonché a farsi – al contempo – dottrina e legislatore, ampiamente indagando e senz'altro innovando istituti, apprestando soluzioni inedite e supplendo ai limiti dell'ordinamento, alla luce e alla ricerca di un'interpretazione costituzionalmente orientata: è la vicenda di Eluana Englaro, o del bambino che ottiene il risarcimento del danno per essere nato disabile – mentre avrebbe preferito essere abortito. D'altro canto, quando i temi sono eticamente sensibili (dinanzi ai quali, come pure è stato scritto, il diritto è «dolorosamente perplesso»<sup>5</sup>), l'attrito fra poteri è all'ordine del giorno, alla ricerca di un regime giuridico per fattispecie dubbiose<sup>6</sup>: è successo, in Francia, in tema di nascita indesiderata, con l'*affaire Perruche*; negli Stati Uniti, per decidere della vita e della morte di Theresa Schiavo; in Italia, infine, non solo con Englaro, ma anche per dirimere i conflitti e le angosce del «caso Stamina». In tutte queste ipotesi, peraltro, agli attori istituzionali si affiancano, con effetti sempre dirompenti, la cosiddetta *società civile*, le associazioni dei malati, dei disabili, le famiglie dei pazienti più o meno direttamente coinvolti: e a risultarne sfuocati, così, sono gli stessi termini giuridici delle fattispecie, a favore di retoriche di tutt'altra natura e derivazione. In questo senso, non può nascondersi come l'attivismo legislativo francese – in materia, per esempio, di risarcimento da *wrongful life* o di rispetto della volontà del paziente – non abbia comunque sortito, dal punto di vista della *sicurezza* e della *serenità* giudiziale, tutti gli effetti sperati. Così, la contraddizione – se non la *guerra* – tra formanti pone in evidenza quanto i temi della responsabilità sanitaria del XXI secolo – mai come in questi anni, la vita e la

---

<sup>5</sup> L.L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, Cedam, Padova, 2002, p. 107.

<sup>6</sup> A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle "fattispecie dubbiose"*, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 166. V. altresì M. PICCINNI, *Tutela della salute versus libertà di cura? Il "caso Stamina" nella lente deformante dell'urgenza*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 607; IDEM, *Dalle controversie biomediche alle controversie giuridiche sul 'caso Stamina'. Tutela della salute 'versus' libertà di cura?*, in *Riv. giur. sarda*, 2014, p. 487; C. NARDOCCI, *Caso Stamina: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 160, e G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004. V. anche, infine, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Riv. AIC*, 2016, p. 11.

morte – pieghino i canoni giuridici e palpitino di un'autonoma forza politica, sociale, bioetica.

Il mondo di *common law*, d'altra parte, non sembra attraversato da simili lacerazioni – quantomeno non in tal misura. Certo, paradigmatico appare il caso di Theresa Schiavo, ove, ancora una volta, il legislatore tenta di far tacere i giudici e di sovrastarli – senza esito alcuno. Per il resto, però, sembra che gli ordinamenti britannico e statunitense beneficino non tanto di una maggiore *convergenza valoriale*, quanto di un unico criterio dirimente le questioni eticamente sensibili, che subordina l'essenza di beni eterodeterminati (*in primis*, l'umana dignità) al primato della *privacy* e dell'autonomia, ad un approccio fortemente individualistico ed, in breve, alla personalissima libertà di scegliere ciò che si desidera (o meno) – salvo si tratti, è naturale, di soggetti *vulnerabili* che di tale medesima autonomia non possano godere. In questo senso, non solo la forza del precedente garantisce, *ça va sans dire*, l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali, ma è altresì possibile registrare una migliore *fluidità* e coerenza ordinamentale, ove i formanti del diritto finiscono per farsi reciprocamente da sponda, benché il legislatore non abbia affatto rinunciato – è vero tutt'altro – ad intervenire sui temi in queste poche pagine già in qualche modo ricordati. Ciò ad ulteriormente scardinare, se ancora ve ne fosse bisogno, gli stereotipati connotati della vetusta dicotomia *common/civil law*: poiché – s'è detto – al nostro ordinamento più si addicono, in quest'ambito, la ritrosia legislativa e l'estroversione giurisprudenziale, mentre la separazione dei poteri sembra tutt'altro che tutelare – così come in Francia – il rispetto delle differenti competenze.

In punto di comparazione, infine, sia consentito tentare una giustificazione riguardo alla scelta degli ordinamenti e all'assetto, forse talvolta ondivago, espositivo. Il principio perseguito è di natura *tematica* e *problematica*: in questo senso, non è stata ricercata, per ciascun ordinamento selezionato, un'esauritiva trattazione di qualsivoglia sfaccettatura dell'autodeterminazione individuale in ambito sanitario, bensì si è ritenuto di prediligere un approfondimento per punti cruciali – altresì alle fondamentali, quest'ultimo, della decisione di studiare determinati Paesi e non altri. In termini diversi, l'individuazione dei nodi da sciogliere (il *quantum* dell'informazione; il nesso eziologico; il risarcimento del danno; il dissenso del paziente; le direttive anticipate di trattamento – per citare forse i fondamentali) determina una comparazione che accosta, di volta in volta, le opzioni giuridiche meglio in grado di originare una proficua riflessione: vuoi per la convergenza/divergenza delle soluzioni elaborate vuoi, soprattutto, per l'assimilabilità del linguaggio, degli istituti e delle categorie adoperate e problematizzate. È in questo senso, in definitiva, che Italia e Francia si ritrovano spesso protagoniste di una più diretta comparazione (con qualche incursione, *ad hoc* direzionata, nel mondo tedesco e in quello spagnolo), mentre le peculiarità di *common*

*law* paiono meritevoli e sono oggetto di una trattazione quasi separata – non tanto in ragione della natura e dei contenuti delle soluzioni giuridiche, bensì per il differente *modus operandi* del ragionamento giuridico, nonché, come già si accennava, per il diverso atteggiarsi dei rapporti fra i tre formanti.

## CAPITOLO I

# IL CONSENSO INFORMATO

SOMMARIO: – 1. Il medico e il suo paziente. – 2. A Norimberga cadono le certezze. – 3. Nasce e cresce il consenso informato. – 4. La tutela costituzionale. – 5. La liceità del trattamento sanitario e l'art. 5 c.c. – 6. L'informazione. – 7. La responsabilità contrattuale da difetto informativo. – 8. Il consenso del paziente nella disciplina contrattuale. – 9. La forma del consenso informato. – 10. L'onere probatorio. – 11. Nesso causale e risarcimento del danno. – 12. Il dovere d'informazione in Francia. – 13. La *perte de chance* del paziente disinformato. – 14. *Loi Kouchner*: àlea terapeutica e autodeterminazione individuale. – 15. Informazione e responsabilità: i francesi cambiano idea. – 16. *English law* e *standards* informativi. – 17. Il consenso del paziente tra *battery* e *tort of negligence*. – 18. *The informed consent doctrine* negli Stati Uniti d'America.

### 1. *Il medico e il suo paziente*

È stato scritto<sup>1</sup> che il trattamento medico è una *scommessa* sul corpo del paziente: una scommessa che, considerata la posta in gioco, non può che *farsi in due*. Ciò a significare, di conseguenza, che le incognite insite in ogni atto sanitario devono equamente gravare sul professionista – che non può permettersi l'unilaterale ponderazione dell'àlea, trattandosi di scienza senz'altro *inesatta* – e sull'ammalato, in questo modo responsabilizzato, infine, circa l'esatto esercizio della libertà sul proprio corpo. Le regole di questo gioco (*d'azzardo*) sono, del resto, di recente acquisizione; le alterne vicende del rapporto medico-paziente si sono susseguite secondo un *climax* crescente di simmetrica consapevolezza. Al riguardo, una delle descrizioni più note ed efficaci si deve senz'altro a Mark Siegler<sup>2</sup>, del

---

<sup>1</sup> A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1.

<sup>2</sup> M. SIEGLER, *The Progression of Medicine. From Physician Paternalism to Patient Autonomy to Bureaucratic Parsimony*, in *Arch. Int. Med.*, 1985, 145 (4), p. 713. V. il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica *Scopi, limiti e rischi della medicina* (14 dicembre 2001), sul sito <http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/141201.htm>. Cfr. S. RAMEIX, *Du paternalisme à l'autonomie des patients? L'exemple du consentement aux soins en réanimation*, in *Méd. droit*, 1995, 12, p. 1; C. FARALLI (a cura di), *Consenso informato in medicina: aspetti etici e giuridici*,

*Center for Clinical Ethics* di Chicago, il quale delinea tre distinte fasi storico-evolutive: 1. l'età del *paternalismo*; 2. quella dell'*autonomia* e, infine, 3. l'attuale èra della c.d. *burocrazia parsimoniosa*<sup>3</sup>. È una tripartizione – questa – in grado di individuare correttamente i nodi problematici del consenso informato: l'antitesi complessa (talvolta persino angosciosa) fra diritti del paziente e doveri del medico, *in primis*, ma anche la possibile contraddizione fra beni dotati di una medesima dignità di tutela e previsione costituzionale, come la libertà di autodeterminazione, da una parte, e la vita e l'integrità fisica, dall'altra, dello stesso ammalato – nei confronti del quale il sanitario notoriamente riveste, peraltro, una posizione di garanzia giuridicamente sancita. Al riguardo, le soluzioni che vengono di volta in volta abbozzate e suggerite da dottrina e giurisprudenza riflettono proprio le differenti, possibili concezioni del rapporto medico-paziente, dove l'autonomia del soggetto soccombe o primeggia dinanzi all'antico paternalismo del professionista e all'asserita *opacité intellectuelle* del malato<sup>4</sup>.

In particolare, in materia di trattamenti medici e nell'ambito dell'alleianza terapeutica stretta dal personale sanitario con i propri pazienti, se un atteggiamento *paternalista* obbedisce al principio secondo il quale il medico è professionalmente obbligato a provvedere alle cure nell'interesse dell'ammalato, anche a prescindere dalla volontà di questi<sup>5</sup>, l'èra dell'*auto-*

---

Franco Angeli, Milano, 2012; L. FICARRA, *L'etica del consenso informato: riflessioni per il medico e il paziente*, Il Pozzo di Giacobbe, Trapani, 2011, e C. ARIANO, *Il tacito consenso: riflessioni biogiuridiche sulla relazione medico-paziente*, Aracne, Roma, 2013.

<sup>3</sup> Cfr. S. NOOTENS, *La relation medecin-patient et les décisions de traitement*, in *R.D.U.S.*, 1990, 20, pp. 379 ss.

<sup>4</sup> U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 7. Cfr. R. FRE-SA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, Utet, Torino, 2008, pp. 63 ss.; E. GRASSINI, R. PACIFICO, *Il consenso informato. Le basi e la pratica*, SEEd, Torino, 2008; R. CATALDI, C. MATRICARDI, F. ROMANELLI, S. VAGNONI, V. ZATTI, *Il consenso informato: difesa del medico e diritto del paziente*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2007; F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, ITA, Torino, 2006; F. CICILIANO, *La disciplina giuridica del consenso informato*, Il campano, Pisa, 2013; A. CILENTO, *Oltre il consenso informato: il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, Esi, Napoli, 2014; E.B. CATTINARI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari: profili giurisprudenziali*, Key, Vicalvi (FR), 2015; G. PELLEGRINO, *Il consenso informato all'attività del medico: fondamenti, struttura e responsabilità*, Key, Vicalvi (FR), 2015, e M. AVERSA, *Sempre in tema di consenso informato: una possibile soluzione*, Printart, Nocera Superiore, 2013.

<sup>5</sup> Non sembra del tutto esatto ritenere che il paternalismo sia retaggio della medicina antica, laddove la conoscenza dei testi ippocratici e di un noto passo de *Le Leggi* di Platone (IV, 720), per esempio, permette di delineare non solo un rapporto medico-malato fondato sul dialogo, sulla persuasione e sul continuo aggiornamento, da parte del professionista e a beneficio del proprio paziente, circa l'evoluzione della malattia, ma anche l'esistenza di due possibili livelli e tipi di prestazioni professionali sanitarie: «(...) alcuni sono medici veri e propri, mentre altri solo inservienti dei medici, anche se a questi ultimi estendiamo il nome di medici. (...) A curare gli schiavi sono per lo più quei tali inservienti i quali si spostano qua e là e li aspettano negli ospedali. E nessuno di questi medici vuole dare o ricevere spiegazioni sulle specifiche malattie che affliggono ciascuno schiavo, ma, alla luce di una ap-

nomia gode, invece, di tutt'altri presupposti. Infatti, una volta abbandonato l'adagio *doctor knows the best*, i soggetti capaci d'intendere e di volere divengono, proprio grazie e conformemente a tale principio di autonomia, anche e soprattutto capaci di autodeterminarsi, di agire secondo un piano oggetto di libera scelta e di decidere su tutto ciò che li riguarda, al di fuori di qualsiasi interferenza o imposizione esterna ed eteronoma<sup>6</sup>. Si tratta, in particolare, del superamento di una concezione e prassi «beneficiale paternalistica»<sup>7</sup>, caratterizzata dalla richiesta – *una tantum* – di un incondizionato «consenso fiduciale», manifestato al momento della scelta del proprio medico e destinato a rinnovarsi tacitamente ed implicitamente nel corso dell'intera vicenda diagnostico-terapeutica – proprio sul presupposto che il sanitario opera nell'esclusivo interesse del paziente, secondo scienza e coscienza. Ciò a favore, peraltro, di una posizione «iatrotecnico-contrattualistica», laddove la volontà individuale si esprime e si frammenta in molteplici assensi, parziali e condizionati, ai singoli e specifici atti sanitari, spesso oggetto di una vera e propria «contrattazione» tra il medico e l'assistito. In questo modo, e in ragione della crescente tecnicizzazione delle procedure diagnostiche e terapeutiche, la fiducia non è riposta tanto, o primariamente, nella scienza e coscienza del professionista, bensì nel potere dei mezzi e delle tecniche della medicina, che egli è chiamato ad applicare con la maggiore perizia possibile. D'altra parte, a mutare è la stessa concezione che il medico ha di sé e del suo operare, sempre più inteso come «alta professionalità», in grado di garantire un'offerta corrispondente ad una crescente – e più esigente – *domanda*.

Del resto, se una posizione «beneficiale-paternalistica» privilegia la ri-

---

prossimativa esperienza, con la saccenza di un tiranno, prescrivono quel che passa loro in mente (...). A curare le malattie degli uomini liberi è, invece, per lo più, il medico libero, il quale segue il decorso del morbo, lo inquadra fin dall'inizio secondo il giusto metodo, mette a parte della diagnosi lo stesso malato e i suoi cari e così facendo, nel medesimo tempo, impara qualcosa dal paziente e, per quanto gli riesce, anche gli insegna qualcosa. A tale scopo egli non farà alcuna prescrizione prima di averlo in qualche modo convinto, ma cercherà di portare a termine la sua missione che è quella di risanarlo, ogni volta preparandolo e predisponendolo con un'opera di convincimento». *Contra*, v. E. CALÒ, *Anomia e responsabilità nel consenso al trattamento medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 1220.

<sup>6</sup> Cfr. F. RAMACCI, R. RIZ, M. BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, pp. 848 ss. Sui principi di autonomia e di beneficiabilità (intesa come idoneità a realizzare il miglior interesse dei soggetti cui si rivolge quale requisito fondamentale per l'eticità di una condotta), nonché per un inquadramento storico-culturale del consenso informato, v. A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato, tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, R. Cortina, Milano, 1996, pp. 4 ss. *Ex pluribus*, cfr. altresì M. BARNI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 75 ss. *Contra*, v. S. CONLY, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

<sup>7</sup> Cfr., anche per le considerazioni che immediatamente seguono: C. COLOMBO, *Il consenso informato: aspetti etici*, in AA.VV., *Consenso informato: diritto del malato o dovere del medico?*, Fatebenefratelli, Cernusco sul Naviglio, 1994, pp. 29 ss.

cerca e l'attuazione del bene/benessere *in sé*, oggettivamente inteso, a prescindere dalla condizione soggettiva che solo lo stesso *homo patiens* può percepire, quella «iatrotecnico-contrattualistica» è protesa, invece, al perseguimento del bene *per sé*, soggettivamente considerato – che non può prescindere, però, da una valutazione oggettiva dello *status* psicofisico e delle possibilità diagnostico-terapeutiche, di spettanza propria dell'*homo medendi peritus*. Dal coniugio di simili considerazioni nasce un terzo ed ultimo approccio, «beneficiale-autonomistico», ove l'imprescindibile impegno del personale sanitario ad agire nell'esclusivo interesse del paziente comporta sempre, da una parte, il coinvolgimento della sua irriducibile soggettività nella valutazione e nella scelta della strategia diagnostica e terapeutica da attuare, mentre la fondamentale aspirazione dell'ammalato alla ricerca del proprio bene non può realizzarsi, dall'altra, se non nel coinvolgimento della propria libertà in una valutazione e in una scelta che fanno oggettivo riferimento alla competenza e al giudizio del medico, nel confronto con il quale, infine, tale libertà può venire *istruita* quanto al bene *in sé* e venire orientata al perseguimento del bene *per sé*<sup>8</sup>.

Nondimeno, la varietà dei pazienti e la diversità delle circostanze possono ben imporre il passaggio da un modello all'altro, anche in relazione alle complesse e polimorfe reazioni psichiche alla malattia e a temperamento dell'univocità o rigidità degli schemi comportamentali sopra tratteggiati. Tanto premesso, il variegato ed articolato atteggiarsi del ruolo del malato nelle decisioni diagnostico-terapeutiche che lo riguardano è stato altresì espresso, spiegato e definito con l'individuazione di quattro differenti modelli di rapporto medico-paziente<sup>9</sup>, laddove il primo è, naturalmente, quello *paternalista* (talora pure denominato *genitoriale* o *sacerdotale*), ove:

1. ci si premura che il paziente riceva le prestazioni migliori a garanzia e tutela della sua salute e del suo personale benessere;
2. il professionista valuta le condizioni dell'ammalato e individua i mezzi diagnostico-terapeutici più consoni, fornendo un'informazione selettiva, che incoraggi il destinatario a prestare il proprio consenso;
3. ciò fino al punto d'informare anche autoritativamente delle proprie determinazioni, onde procedere senz'altro all'erogazione delle prestazioni sanitarie. In questo senso, si presume non solo che il medico sia in pos-

---

<sup>8</sup> Così C. COLOMBO, *Il consenso informato*, cit., p. 30.

<sup>9</sup> Si tratta dell'analisi compiuta nel 1992 da E. EMANUEL, L. EMANUEL, *Four Models of the Physician-patient Relationship*, in *JAMA*, 267, pp. 2221 ss., riportata anche da A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 118. V. pure E. CALÒ, *Il consenso informato: dal paternalismo all'autodeterminazione*, in *Notariato*, 2000, p. 183, e E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, I, Vita e Pensiero, Milano, 1999, pp. 206 ss. Cfr. A. TAUBER, *Patient Autonomy and the Ethics of Responsibility*, MIT Press, Cambridge, Mass., 2005.

sesso di criteri obiettivi ai fini dell'individuazione della migliore decisione, ma altresì che il paziente accetti senz'indugio alcuno la proposta diagnostico-terapeutica (anche se non la gradisce), all'insegna di un'indiscussa preminenza della salute e del benessere sull'autonomia e la facoltà di scelta individuale. Per il professionista, si tratta – certo – della massima libertà possibile, da cui ineluttabilmente consegue, però, anche la massima responsabilità ipotizzabile – e ciò proprio in ragione di tale, estrema sua autonomia decisionale<sup>10</sup>.

Nel modello *informativo* (o *scientifico* o *engineering* o *consumer model*), invece:

1. obiettivo della propria interazione con l'ammalato è, per il medico, la comunicazione di tutte le informazioni indispensabili al proprio paziente, lasciando quest'ultimo libero di (ma anche solo, privo di conforto o aiuto, nel) decidere;

2. tali informazioni concernono la possibile natura della patologia, i mezzi diagnostici e terapeutici necessari per precisarla e curarla, la tipologia e la probabilità dei rischi e dei benefici, nonché ogni (eventuale) incertezza esistente nelle relative conoscenze medico-scientifiche;

3. nell'ambito di questo secondo modello è possibile operare una netta distinzione tra *fatti* e *valori*, laddove il paziente è sì conscio dei propri valori di riferimento, ma necessita di adeguate notizie sui fatti. Di conseguenza, se il medico è chiamato, da una parte, a rimediare a tale carenza cognitiva, non vi è spazio alcuno, dall'altra, per i valori da questi professati, né per un suo personale giudizio a proposito della scelta operata dall'ammalato;

4. pertanto, il sanitario agisce qui esclusivamente nella veste di tecnico, laddove la decisione definitiva scaturisce soltanto dalle valutazioni del paziente, in base a criteri suoi propri ed insindacabili.

Tale netta distinzione tra *fatti* e *valori* scolora, d'altro canto, all'interno del modello *interpretativo*, nel quale, infatti:

1. il medico individua gli ideali di riferimento del paziente con l'obiettivo di aiutarlo a scegliere quegli interventi che siano, appunto, in armonia con tali valori;

2. una volta fornita l'opportuna informazione, il professionista sostiene il malato nell'analizzare, articolare ed interpretare i personali suoi valori, nonché nell'individuare i mezzi che meglio possano realizzarli;

3. il sanitario, quindi, assiste il proprio paziente nel determinare e collocare in una scala di priorità tali valori e finalità. Di conseguenza, se il singolo resta l'arbitro ultimo di qualsivoglia decisione, il medico agisce, d'altra parte, quale vero e proprio consigliere, all'interno di un impegnati-

---

<sup>10</sup> Cfr. V.M. PALMIERI, *Medicina Forense*, Morano, Napoli, 1964, p. 67.

vo processo di reciproco coinvolgimento – nel quale, però, l'autonomia dell'ammalato viene sufficientemente rispettata.

Per finire, il quarto modello, *deliberativo*, è quello che più di tutti riflette e onora, sulla carta, l'alleanza terapeutica e l'auspicabile relazione fiduciaria medico-paziente, ove:

1. i valori del paziente non sono necessariamente considerati fissi o precostituiti, bensì ritenuti aperti allo sviluppo e alla revisione attraverso la discussione;

2. il medico, pertanto, reca un'adeguata informazione sulle condizioni di salute del paziente, il quale viene altresì aiutato nell'individuazione dei valori insiti nelle possibili e differenti opzioni diagnostiche e terapeutiche. Ciò avviene nell'ambito di una comunicazione e di un dialogo proficui, in cui il professionista coinvolge l'ammalato nel bilanciamento e nella valutazione dei *pro* e dei *contro*, ai fini dell'adozione della *better choice* – misurata in relazione alla specifica fattispecie concreta e alle personali esigenze dell'assistito.

## 2. A Norimberga cadono le certezze

S'è visto come, nell'ambito di un modello paternalista, l'operatore sanitario non debba dar conto delle proprie decisioni (tantomeno) al paziente, il quale continua ad esser considerato alla stregua di un soggetto *deficitario* (nel corpo e nello spirito), coerentemente ad un «beneficentismo duro» e a prescindere dalla volontà (anche contraria) espressa dal diretto interessato<sup>11</sup>. In quest'ottica, gli unici vincoli professionali sono costituiti dalla mera riproducibilità dei risultati nell'attività sperimentale e dal rispetto del principio – appunto – di beneficenza (*primum non nocere*) nell'attività clinica.

È alla fine della seconda guerra mondiale, però, che le granitiche certezze dello scenario appena tratteggiato cominciano a sgretolarsi, a séguito della scoperta delle atrocità compiute, con l'attuazione di terribili protocolli di ricerca, dai medici nazisti sui prigionieri dei *lager*<sup>12</sup>. Viene così meno l'incondizionata fiducia nell'*ethos* professionale medico, quale ultimo garante contro ogni possibilità d'abuso; le sperimentazioni naziste, infatti, divengono capitale esempio di disprezzo nei confronti della volontà, della si-

---

<sup>11</sup> M. IMMACOLATO, F. BOCCARDO, M. RATTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e consenso informato: la "rivoluzione silenziosa" della medicina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, pp. 361-362.

<sup>12</sup> Cfr. P. WEINDLING, *Nazi Medicine and the Nuremberg Trials: From Medical War Crimes to Informed Consent*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2004.

curezza e della dignità individuali, nonché dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti – in mancanza di qualsivoglia controllo pubblico o regolamentazione in materia. E la questione del consenso informato, del resto, si pone originariamente proprio in relazione agli interventi finalizzati non al perseguimento della guarigione dell'ammalato, bensì diretti a conseguire una mera conoscenza – conoscenza solo eventualmente utilizzabile, e comunque in un momento successivo, a fini terapeutici<sup>13</sup>. Riguardo all'attività *curativa*, infatti, pare allora ancora bastevole la professionalità del medico, a poco importando l'ossequio dovuto all'individuale volontà.

Al riguardo, è il primo punto del Codice di Norimberga (1946)<sup>14</sup> ad evidenziare la necessità del consenso libero, volontario ed informato della persona, legalmente capace, che si sottopone alla sperimentazione, «senza l'intervento di alcun elemento coercitivo, inganno, costrizione, falsità o altre forme di imposizione o violenza» e con una «sufficiente conoscenza e comprensione degli elementi della situazione» nella quale è coinvolta. Successivamente, la Dichiarazione di Helsinki sulla ricerca biomedica contiene maggiori dettagli in merito all'informazione stessa di cui il volontario dev'essere destinatario (punto 26, versione del 2013<sup>15</sup>), la quale necessariamente verte sugli «scopi, i metodi, le fonti di finanziamento, gli eventuali conflitti di interessi», sull'appartenenza istituzionale del ricercatore, i benefici previsti e i rischi potenziali dello studio, nonché sul disagio che la medesima sperimentazione può comportare. L'informazione, inoltre, deve altresì riguardare il diritto di rifiutare di aderire allo studio o di ritirare il consenso alla partecipazione in qualsiasi momento e senza rappresaglia, mentre è necessario riservare particolare attenzione ai metodi utilizzati per acquisire le informazioni e alla documentazione del consenso espresso, infine, dal diretto interessato (preferibilmente per iscritto)<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Distingue una concezione «utilitaristica» da una «personalistica» dell'essere umano: V. MAGNINI, *I requisiti e i limiti di liceità della sperimentazione umana. Profili penalistici*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 1037.

<sup>14</sup> Insieme di principi normativi – ritenuti essenziali per la sperimentazione medica su soggetti umani – enunciati dal tribunale militare statunitense che il 19 agosto 1947 condannò 23 medici nazisti, 7 dei quali a morte, per gli esperimenti condotti nei campi di concentramento. I contenuti del Codice furono elaborati da due medici consulenti del tribunale, Andrew C. Ivy e Leo Alexander, e proposti in sei punti per la prima volta da Ivy il 1° agosto 1946 all'*International Scientific Commission on Medical War Crimes*.

<sup>15</sup> *Human Experimentation, Code of Ethics of the World Medical Association – Principi etici per la ricerca medica che coinvolge soggetti umani* (adottata nel corso della diciottesima Assemblea Generale della *World Medical Association* nel giugno del 1964 e, successivamente, più volte emendata).

<sup>16</sup> Cfr. C. RICCI, *La "visibilità" del conflitto di interesse nella sperimentazione farmaceutica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 421; R. MACKLIN, *Double Standards in Medical Research in Developing Countries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 131 ss.; J.J. COUTURE, *The Changes in Informed Consent in Experimental Procedures: The Evolution of a Concept*, in *J. Health & Biomed. L.*, 2004, 1, p. 125; A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto*

È evidente, pertanto, come primaria preoccupazione sia stata, con il Codice di Norimberga, la protezione e la tutela della libera partecipazione individuale alla sperimentazione (libertà del consenso), al fine di prevenire forme di arruolamento mediante costrizione, inganno, intimidazioni o incentivazioni, eventualmente anche nei confronti di soggetti in posizione di particolare vulnerabilità: per esempio, detenuti, militari, indigenti<sup>17</sup>. In un secondo momento, invece, l'attenzione si concentra sulla qualità dell'informazione che precede il consenso – la quale soltanto, una volta compresa e soppesata, rende quest'ultimo effettivamente libero. Ciò in ragione della nota asimmetria informativa esistente tra il medico e il volontario quanto a conoscenze e potere decisionale, nonché sul presupposto che è semplice, comunque, estorcere il consenso, sottraendo e manipolando dati e informazioni<sup>18</sup>.

Nel medesimo senso, il Codice italiano di deontologia medica (art. 48, *Sperimentazione umana*, versione del 2014) disciplina e opportunamente valorizza il consenso informato di colui che si sottopone ad una sperimentazione, previamente edotto attorno «agli scopi, ai metodi, ai benefici prevedibili e ai rischi<sup>19</sup>, fermo restando il diritto dello stesso di interrompere

---

e scienza, R. Cortina, Milano, 2001, pp. 165 ss.; D. COCKING, J. OAKLEY, *Medical Experimentation, Informed Consent and Using People*, in *Bioethics*, 1994, p. 293; M.A. SOMERVILLE (a cura di), *Consent to Medical Care. Protection of Life Series*, Law Reform Commission of Canada, Ottawa, 1980, e N. HOWARD-JONES, Z. BANKOWSKI (a cura di), *Medical Experimentation and the Protection of Human Rights*, Council for International Organizations of Medical Sciences, Ginevra, 1979.

<sup>17</sup>V. anche il punto 27 della Dichiarazione di Helsinki: «Nell'acquisizione del consenso informato per la partecipazione al progetto di ricerca, il medico dovrebbe essere particolarmente cauto qualora il possibile soggetto partecipante si trovi in una relazione di dipendenza nei suoi confronti o possa sentirsi costretto a dare il consenso. In tal caso, il consenso informato dovrebbe essere acquisito da persona adeguatamente qualificata e del tutto indipendente».

<sup>18</sup>*Ex pluribus*, v. H. CHANTELOUP, *Le cadre juridique de la recherche biomédicale*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2008, 27, p. 253; J.-C. GALLOUX, *La loi numéro 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique*, in *D.*, 2004, p. 2379; B. BEVIÈRE, *La protection des personnes dans la recherche biomédicale*, LEH, Bordeaux, 2001; D.N. WEISSTUB (a cura di), *Le consentement et la recherche épidémiologique*, L'harmattan, Parigi, 2001; L. COLONNA, B. LACHAUX (a cura di), *Le consentement en pratique clinique. La loi Huriot: dix ans après. Bilan, enjeux, perspectives*, Médecine Sciences Publication, Parigi, 2000; N. MAZIAU, *Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française*, in *Rev. droit san. soc.*, 1999, p. 469; P. ZANGANI, *Informazione, consenso e salute: aspetti medico-legali*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 400 ss.; J. VIGNON-ROCHFELD, *L'expérimentation en double aveugle sur des malades: légitimité juridique et méthode expérimentale*, in C. LABRUSSE-RIOU (a cura di), *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, L.G.D.J., Parigi, 1996, pp. 313 ss., e J.-P. DUPRAT, *Information et consentement éclairé du sujet dans le cas de l'expérimentation de médicaments sur l'homme*, in *Rev. droit san. soc.*, 1982, p. 15. Infine, cfr. E.L. TINANT, *Progreso científico y tecnológico y derechos humanos. Con especial referencia al derecho a la salud*, in *Anales*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, 2008, 38, p. 238.

<sup>19</sup>Il documento di consenso, sottoscritto dal paziente ai fini dell'ingresso nello studio

la sperimentazione in qualsiasi momento, garantendo in ogni caso la continuità assistenziale». Nel caso di minore o di persona incapace, inoltre, la sperimentazione viene consentita esclusivamente per finalità preventive o terapeutiche relative alla condizione patologica in essere o alla sua evoluzione; al riguardo, infine, «il medico documenta la volontà del minore e ne tiene conto»<sup>20</sup>.

---

clinico, presuppone un altro documento, firmato dal medico, recante le spiegazioni e le informazioni fornite: v. G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Cedam, Padova, 1998, pp. 215 ss., e A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato*, cit., pp. 169 ss.

<sup>20</sup> Inoltre, ai sensi dell'art. 16 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina (1996): «Nessuna ricerca può essere intrapresa su un soggetto se non sono rispettate tutte le seguenti condizioni: (...) la persona che si presta a una ricerca è informata dei propri diritti e delle garanzie previste dalla legge per la propria tutela; il consenso è stato dato espressamente, specificamente e sia consegnato per iscritto. Questo consenso può in qualsiasi momento essere ritirato». Più nello specifico, inoltre, v. la Dichiarazione di Helsinki (punti 28-29-30): «Nel caso di un possibile soggetto partecipante incapace di prendere decisioni, il medico deve chiedere il consenso informato da un rappresentante legale. Tali soggetti non devono essere inclusi in una ricerca che non porti loro beneficio, a meno che non sia finalizzata a migliorare la salute della popolazione rappresentata dal possibile soggetto partecipante, o non possa essere svolta con persone capaci di prendere decisioni, e comporti solo rischi e disagi minimi. Quando un possibile soggetto partecipante ritenuto incapace di prendere decisioni è di fatto in grado di dare un assenso in merito alla partecipazione alla ricerca, il medico deve chiedere tale assenso in aggiunta al consenso del legale rappresentante. Il dissenso del possibile soggetto partecipante deve essere rispettato. La ricerca che include soggetti che non sono in grado fisicamente o mentalmente di dare un consenso, per esempio pazienti incoscienti, può essere condotta solo se la condizione fisica o mentale che impedisce di dare il consenso costituisce la caratteristica propria della popolazione oggetto di studio. In tali circostanze il medico dovrebbe chiedere il consenso informato ad un legale rappresentante. In assenza di tale rappresentante e se la ricerca non può essere rimandata, lo studio può procedere senza il consenso informato a condizione che le ragioni specifiche per includere soggetti non in grado di dare un consenso informato siano state dichiarate nel protocollo di ricerca e lo studio sia stato approvato da un comitato etico per la ricerca. Il consenso per continuare a partecipare alla ricerca dovrebbe essere acquisito dal soggetto o dal legale rappresentante appena possibile». Cfr. A. ALFONZO, *La sperimentazione clinica "con" il minore: il necessario bilanciamento tra diritti individuali e interessi collettivi*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 25; R. TACCONI, *Sperimentazione clinica e consenso informato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 541, e F. MASSIMINO, *La responsabilità nelle sperimentazioni cliniche*, in *Danno e responsabilità*, 2000, p. 953, nonché il d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, *Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico*, direttiva poi abrogata dal Regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, *sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano*. V., infine, L. FIERRO, *La sperimentazione clinica pediatrica nell'Ue: dai diritti della popolazione pediatrica ai diritti di ricerca delle aziende farmaceutiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 91; F. PAVAN, *L'attività di bilanciamento nella sperimentazione farmacologica: condotte che ne possono pregiudicare il risultato*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, p. 23; L. EUSEBI, *"Focus": problematiche della sperimentazione in ambito medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 97; C. PAONESSA, *La sperimentazione clinica tra "chances" terapeutiche, libertà di ricerca scientifica e responsabilità penale*, *ivi*, p. 109; L. PALAZZANI, *La sperimentazione sui minori e sulle donne: aspetti bioetici e biogiuridici*, *ivi*, p. 129; M. PALADINI, *Profili di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella sperimentazione medica*, *ivi*, p. 145, e C. BUCCELLI, M. PATERNOSTER, *La sperimentazione in urgenza con*

Negli Stati Uniti, del resto, il Rapporto Belmont<sup>21</sup>, *Principi etici e linee guida per la protezione dei soggetti umani della ricerca*, dispone, già nel 1979, come il rispetto per la persona umana ricomprenda almeno due convinzioni etiche: *in primis*, che gli individui devono essere trattati come agenti autonomi e, in secondo luogo, che le persone con diminuita autonomia hanno diritto ad essere protette. Si tratterebbe, in altri termini, del riconoscimento e della salvaguardia di due esigenze: quella di riconoscere autonomia ai pazienti in grado di scegliere che cosa debba o meno accadere loro (grazie alla predisposizione di adeguati modelli per il consenso informato) e, al contempo, quella di proteggere i soggetti dotati, invece, di un'autonomia diminuita.

In questo senso, il *Belmont Report* individua tre elementi costitutivi del processo del consenso informato: *informazione, comprensione, volontarietà* – laddove la prima deve riguardare «la procedura della ricerca, i suoi scopi, rischi e benefici anticipati, procedure alternative», nonché prevedere «una frase che offra al soggetto l'opportunità di porre domande e di rinunciare in ogni momento alla ricerca»<sup>22</sup>. Per quanto attiene, invece, alla *comprensione*, si tratta della «maniera» e del «contesto nel quale l'informazione è ottenuta»: per esempio, «può inficiare in maniera negativa la capacità di un soggetto di effettuare una scelta importante» comunicare le opportune «informazioni in modo rapido e disorganizzato, lasciando troppo poco tempo per considerare o ridurre le opportunità per domandare»<sup>23</sup>. Pertanto, in questo senso, «è necessario adattare la presentazione delle informazioni alla capacità del soggetto», in funzione della sua «intelligenza, razio-

---

*i soggetti adulti non competenti privi di rappresentanza legale: nuove regole e vecchi problemi*, *ivi*, p. 157.

<sup>21</sup> *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, documento dello *United States Department of Health and Human Services*: cfr. L. CANAVACCI, *I confini del consenso. Un'indagine sui limiti e l'efficacia del consenso informato*, Edizioni Medico-Scientifiche, Torino, 1999, pp. 157 ss., da cui è mutuata la traduzione italiana dei passaggi riportati nell'immediato prosieguo.

<sup>22</sup> «Un problema speciale di consenso sorge quando informare i soggetti di alcuni aspetti pertinenti della ricerca è probabile che indebolisca la validità della ricerca. (...) In tutti i casi della ricerca che comporta una scoperta incompleta tale ricerca è giustificata solo se è chiaro che: 1) la scoperta incompleta è veramente necessaria per raggiungere gli obiettivi della ricerca; 2) non vi sono rischi nascosti che siano più che minimi per i soggetti, e 3) vi è un piano adeguato, per ragguagliare i soggetti, se necessario, e per rendere loro noti i risultati della ricerca (...). È il caso, per esempio, dello studio randomizzato «in cieco» o «in doppio cieco», il quale esige, per la specifica metodica applicata, che il paziente sia all'oscuro della natura stessa del trattamento cui si sottopone. Cfr. L. KLESTA, *Ricerca e sperimentazione in campo clinico e farmacologico*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, cit., pp. 582 ss., nonché E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 643 ss.

<sup>23</sup> Riguardo alle effettive capacità di comprensione del paziente, cfr. AA.VV., *Evaluation of the Ability of Clinical Research Participants to Comprehend Informed Consent Form*, in *Contemporary Clinical Trials*, 2009, 30, p. 427.

nalità, maturità e linguaggio». I ricercatori, del resto, hanno la responsabilità di accertare che il soggetto abbia capito l'informazione, mentre la libera sottoposizione ad un trattamento sperimentale si verifica (*volontarietà*) solo in assenza di «coercizione e indebita coartazione della volontà» – ovvero al riparo dall'esercizio di qualsivoglia «posizione di autorità» o di comando, nonché, per esempio, da «una offerta eccessiva, non garantita, inappropriata o impropria ricompensa o altra proposta allo scopo di ottenere consenso»<sup>24</sup>.

La sperimentazione – s'è visto – è il primo ambito nel quale il consenso informato ha ottenuto riconoscimento quale fondamentale diritto individuale. Infatti, se in campo terapeutico-assistenziale il trattamento sanitario è stato a lungo considerato legittimato e legittimabile anche (e soprattutto) grazie a criteri diversi da quello della mera volontà del paziente, nel contesto sperimentale l'invasione della sfera personale (con i rischi che ne conseguono) non ha solo (e sempre) l'obiettivo del miglioramento delle condizioni di salute del singolo soggetto coinvolto, ma anche quello, propriamente conoscitivo, di verificare l'efficacia di nuove possibilità di cura, dagli effetti non ancora del tutto noti – in assenza di uno stato alcuno di necessità. L'arruolamento del paziente in uno studio sperimentale può sì costituire, infatti, una decisione in termini terapeutici, ma comporta anche la scelta di *utilizzare* il volontario per motivi che trascendono la sua vicenda clinica e il suo particolare interesse, con la conseguente necessità d'intendere il consenso informato in termini più rigorosi, se possibile, rispetto a quanto richiesto per le cure c.d. convenzionali<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> A proposito del rischio di strumentalizzazione di particolari categorie di volontari sani, si pensi agli studenti o ai lavoratori legati da un rapporto in qualche modo di dipendenza con il responsabile della ricerca o con lo *sponsor*, oppure ai soggetti in stato di istituzionalizzazione (detenuti, anziani ricoverati in reparti di lungodegenza). Si ricordino, all'uopo, le ricerche compiute negli Stati Uniti (1940-1971) nei gerontocomi, nei manicomi psichiatrici e nei penitenziari, al fine, per esempio, di studiare gli effetti delle radiazioni nucleari sugli esseri umani – tramite esperimenti spesso intenzionalmente dannosi, nonché privi di un qualsiasi, potenziale beneficio per le cavie utilizzate: cfr. K. REITER, *Experimentation on Prisoners: Persistent Dilemmas in Rights and Regulations*, in *Calif. L. Rev.*, 2009, 97, p. 501, e L. CANAVACCI, *I confini del consenso*, cit., pp. 77 ss. *Contra*, v. H.T. ENGELHARDT JR., *Manuale di bioetica*, cit., p. 361: «non c'è nulla di intrinsecamente sbagliato nel costringere i carcerati a partecipare alla sperimentazione sugli esseri umani, se ciò fa parte della loro pena. Si potrebbe immaginare che le pene per vari crimini includano dei periodi determinati in cui il carcerato venga impiegato per un certo tipo di ricerca. Il fatto di commettere il crimine implicherebbe il consenso alla ricerca. Qui si trova anche una parte della risposta riguardo all'impiego degli studenti nella ricerca. A meno che la partecipazione alla ricerca rientri in un corso scelto dallo studente, possono essere necessarie particolari protezioni contro la coercizione». V. anche R.W. GARNETT, *Why Informed Consent? Human Experimentation and the Ethics of Autonomy*, in *Catholic Law*, 1996, 36, p. 455, che mette in discussione la validità stessa del principio del consenso informato, e W.L. ROBINSON, M.S. PRITCHARD (a cura di), *Medical Responsibility. Paternalism, Informed Consent, and Euthanasia*, Humana Press, Clifton, New Jersey, 1979, pp. 57 ss.

<sup>25</sup> A proposito della prescrizione di un farmaco oggetto di limitata sperimentazione e del

Inoltre, assume qui peculiare importanza l'informazione (già normalmente doverosa) sulle alternative terapeutiche disponibili, con la precisa specificazione di ciò che può considerarsi *stato dell'arte* nella particolare fattispecie concreta – laddove l'inserimento in una ricerca comporta una vera e propria deviazione dalle acquisite e consolidate conoscenze scientifiche (sia pure con la possibilità di assegnazione ad un trattamento di fatto convenzionale, in caso, per esempio, di studio randomizzato e di randomizzazione nel braccio di controllo)<sup>26</sup>. Pertanto, appare imprescindibile che il paziente venga edotto a proposito del trattamento convenzionale da effettuarsi qualora non accettasse l'inserimento in studio ovvero che sarebbe stato praticato laddove tale inserimento non gli fosse stato proposto. Ciò, peraltro, senza nemmeno sopravvalutare la funzione stessa del consenso informato nella ricerca biomedica, dal momento che i principi e le giustificazioni della sperimentazione sotto il profilo scientifico ed etico precedono sempre il momento dell'autonoma decisione di un particolare paziente, mentre l'effettiva volontarietà della sottoposizione ad uno studio clinico non rende quest'ultimo senz'altro eticamente legittimo, laddove scientificamente infondato o eticamente scorretto per altri ed ulteriori motivi<sup>27</sup>.

---

conseguente decesso della giovane paziente, riguardo alla quale «era da dubitarsi che avesse compreso la gravità dei possibili effetti collaterali dell'uso di un farmaco del genere», cfr. Cass. pen., Sez. IV, 30 aprile 2008, n. 17499, in *Guida dir.*, 15 novembre 2008, 45, p. 75, e in *Foro it.*, 2008, II, c. 376. In merito ad una prescrizione di terapia farmacologica per uso sperimentale, inoltre, v. C. BACCAREDDA BOY, *Il consenso informato nell'attività terapeutica sperimentale*, in *Foro ambr.*, 2006, p. 179, nota a Trib. Milano, Ufficio G.i.p., ord. 27 aprile 2006. In Francia, condanna per la prima volta un medico che abbia proceduto a sperimentazione senza il previo consenso informato del paziente: Cass.crim., 24 février 2009, n. 08-84.436, in *Gaz. Pal.*, 2009, 170-171, p. 31, con commento di D. VIRIOT-BARIAL, *Recherche biomédicale et consentement: le premier contrôle de la Cour de cassation*, e in *Petites Affiches*, 2009, 205, p. 4, con nota di V. DEPADT-SEBAG, *A propos de la recherche sur les personnes*.

<sup>26</sup> A tal proposito, cfr. anche il parere del Comitato Nazionale Bioetica *Problemi bioetici nella sperimentazione clinica con disegno di non inferiorità*, 24 aprile 2009.

<sup>27</sup> V. gli artt. 13 (*Prescrizione a fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione*), 48 (*Sperimentazione umana*) e 49 (*Sperimentazione clinica*) del Codice deontologico medico. Per ulteriori considerazioni al riguardo, v. *infra*, cap. IV, § 3, *Là dove finisce il dovere del medico*. Cfr. altresì i pareri del Comitato Nazionale di Bioetica *La sperimentazione dei farmaci*, 17 novembre 1992, e *La sperimentazione clinica in pazienti adulti o minori che non sono in grado di dare il consenso informato in situazioni d'urgenza*, 28 settembre 2012. V. M. DI PAOLO, B. GUIDI, L. NOCCO, *La prescrizione off-label: dentro o fuori la norma?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2165; O. CORRIGAN (a cura di), *The Limits of Consent: A Socio-Ethical Approach to Human Subject Research in Medicine*, Oxford University Press, Oxford, 2009; R.B. VEATCH, *Patient, Heal Thyself: How the New Medicine Puts the Patient in Charge*, Oxford University Press, New York, 2009; J. MENIKOFF, *What the Doctor Didn't Say: The Hidden Truth about Medical Research*, Oxford University Press, Oxford, 2006, e V. GHETTI (a cura di), *La partecipazione del paziente al suo trattamento. Compliance e non-compliance*, FrancoAngeli, Milano, 1995. Per quanto riguarda, poi, la prescrizione di farmaci «off label», cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 giugno 2008-30 settembre 2008, n. 37077, in *Cass. pen.*, 2009, 1953, p. 2381, con commenti rispettivamente di P. PIRAS, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, e di A. ROIATI, *La somministrazione di*

### 3. Nasce e cresce il consenso informato

Tieni all'oscuro il paziente circa ogni evento futuro: ammonisce Ippocrate<sup>28</sup>; obiettivo è il perseguimento del bene del proprio assistito tramite la cura – decisa dal medico. Il moderno giuramento, per contro, riconosce il diritto di scelta dell'ammalato quanto al professionista cui rivolgersi, proprio in considerazione del rapporto fiduciario e del reciproco rispetto che fra i due soggetti deve necessariamente intercorrere. Quasi tutto è cambiato, invero: le modalità con cui la medicina viene praticata, nonché le sue possibilità/potenzialità; l'istituzione di uno Stato sociale quale garante di inviolabili diritti e libertà del singolo (*in primis*, la dignità umana); l'affermazione, conseguentemente, del principio personalista quale pilastro del-

---

*farmaci in via sperimentale tra consenso informato ed imputazione colposa dell'evento*; in *Corr. giur.*, 2009, p. 182, con nota di S. DE FLAMMINEIS, *Il consenso all'atto medico attraverso il profilo del diritto al rifiuto delle cure (e dell'eutanasia)*, e in *Guida al dir.*, 2008, 45, p. 65, con note di G. AMATO, *Integra il reato di lesioni colpose la prescrizione «off label» del farmaco – Definitivamente superata la giurisprudenza sulla responsabilità a titolo di dolo*, e di G. IADECOLA, *Integra il reato di lesioni colpose la prescrizione «off label» del farmaco – La libertà terapeutica del sanitario va esercitata secondo «scienza e coscienza»*; e Cass. pen., Sez. IV, 10 aprile 2012-1 ottobre 2012, n. 37962, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), e in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con commento di P. PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari nella responsabilità medica*. Inoltre, è la stessa legge c.d. Di Bella, 8 aprile 1998, n. 94, in *G.U.* n. 86 del 14 aprile 1998, ad individuare i tre presupposti di liceità di simili trattamenti (art. 3, comma 2), ovvero 1. la presenza del consenso informato del paziente; 2. l'impossibilità, in base a dati documentabili, di trattare utilmente il paziente «in label» (cioè con medicinali per i quali sia già stata approvata una certa indicazione terapeutica o una determinata via o modalità di somministrazione); 3. l'impiego «off label» dev'essere noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale. V., infine, la legge n. 648/1996, *Conversione in legge del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536, recante misure per il contenimento della spesa farmaceutica e la rideterminazione del tetto di spesa per l'anno 1996*; il d.m. 8 maggio 2003, *Uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica*; la legge 24 dicembre 2007, n. 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)*, e la legge 16 maggio 2014, n. 79, di conversione, con modificazioni, del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, *recante disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale*; per ulteriori approfondimenti normativi si rinvia, poi, al sito [www.agenziafarmaco.it](http://www.agenziafarmaco.it). Cfr., infine, M. COLANGELO, *Il caso Avastin-Lucentin: violazione "antitrust" o "regulatory failure"?*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, p. 218, nota a TAR Lazio, 2 dicembre 2014, n. 12168; P.I. D'ANDREA, *Dispensazione di farmaci "off-label" e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentin)*, in *Dir. soc.*, 2015, p. 613; F. DIGENNARO, D. SETTI, *I rapporti tra tutela della salute e libero mercato: aspetti regolatori e di concorrenza*, in *Rass. dir. farm. sal.*, 2015, p. 247; A. MASTRORILLI, *Farmaci di lusso e medicinali a buon mercato*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, p. 489, e G. COMANDÈ, L. NOCCO, *"Hard cases make bad law". O no? L'Antitrust, il caso Avastin-Lucentin ed i farmaci "off-label"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 779.

<sup>28</sup> Più esattamente, il *Corpus Hippocraticum*, antologia di scritti di diversi autori, ma tradizionalmente attribuita al medico greco Ippocrate di Kos (460-377 a.C. circa). V. G. CANNAVÒ, M. LIGUORI, M. ORRICO, *La responsabilità medica. Dalla teoria alla pratica processuale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 129. Cfr. altresì S. NEGRI, *Consenso informato, diritti umani e biodiritto internazionale*, in *Biodiritto*, 2012, 2, p. 97.

l'ordinamento costituzionale; il generale innalzamento del livello d'istruzione e del grado di consapevolezza e *autoconsapevolezza* individuale e collettivo, nonché l'affievolita disponibilità ad affidarsi *a scatola chiusa* a qualsivoglia professionista; l'attenzione e la sensibilità sviluppate dalla giurisprudenza (ma non solo: è l'intero mondo del diritto che ha principiato ad occuparsene seriamente) nei casi di violazione dell'autodeterminazione e, più in generale, dinanzi ad ipotesi di *malpractice* sanitaria. Il divario fra *curati* e *curanti* è stato colmato, scalfita la posizione di privilegio e d'irresponsabilità di cui, a livello sociale e giuridico, ampiamente beneficiavano gli operatori sanitari; la discrezionalità del medico, infine, è oggi arginata dalla necessità di rendere la proposta terapeutica compatibile e coerente con la dignità e la struttura morale del diretto interessato<sup>29</sup>.

Non-maleficenza e beneficenza: i primi due principi della bioetica nordamericana<sup>30</sup> si spiegano, il primo, con la necessità – valida nei confronti di tutti i consociati – di astenersi da azioni che arrechino pregiudizio; il secondo, con l'esigenza di prevenire il danno, di eliminare il male, di promuovere il bene e di bilanciare, infine, i costi/rischi con le utilità attese. Il terzo principio, peraltro, è proprio quello dell'autonomia<sup>31</sup> ed è esattamente l'os-

---

<sup>29</sup> C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso informato e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Quad. Cost.*, 2008, p. 564. V. Trib. min. Milano, 21 gennaio 2011 (decreto), in *Banca Dati De Jure*: «La determinazione del trattamento terapeutico deve essere frutto di un rapporto dialettico tra medico e paziente, costruendo così quella che è stata chiamata “alleanza terapeutica”, in cui il primo mette le proprie competenze professionali, il secondo il proprio vissuto, i propri valori, le peculiari esigenze, per trarne, assieme, una cura che assicuri la guarigione e rispetti il vissuto del paziente, gli fornisca cioè il “benessere”, concetto non sovrapponibile alla semplice assenza di malattia». Nel 1964, peraltro, una decisione della Corte d'appello di Milano ritiene ancora sufficienti il mero consenso dei familiari del malato e la non opposizione di quest'ultimo: nel momento in cui la paziente si è rivolta al famoso chirurgo, ha implicitamente e contemporaneamente accettato le future determinazioni che dal sanitario sarebbero state adottate in merito alla sua stessa vita e salute. In particolare, si definisce «contrario alla consuetudine e alla ragionevolezza» ritenere che «il chirurgo avrebbe dovuto spiegare alla paziente che essa era in pericolo di vita, che sulla sua malattia pendevano sospetti di cancro e che l'operazione avrebbe potuto pregiudicare le sue funzioni sfinteriche, attendendo che fosse lei stessa a decidere di correre quel rischio (oppure di lasciarsi morire). In casi del genere, è notorio come il chirurgo consulti i familiari del malato e decida con essi l'atto operatorio, sollecitando il parere di quest'ultimo con le reticenze opportune»: v. App. Milano, 16 ottobre 1964, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1083. Cfr. F. INTRONA, *La responsabilità professionale dell'esercizio delle arti sanitarie*, Cedam, Padova, 1995, p. 28: «(...) il celare all'ammalato la nuda verità è precipuo dovere, forse il più nobile, del medico, cui spetta di vagliare ciò che il paziente debba sapere e quanto debba essergli nascosto». Similmente, cfr. Cass. civ., Sez. III, 6 dicembre 1968, n. 3906, menzionata da M. IMMACOLATO, F. BOCCARDO, M. RATTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e consenso informato: la “rivoluzione silenziosa” della medicina*, cit., p. 358. V. altresì R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., pp. 58-61 e pp. 73-74.

<sup>30</sup> T.L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica*, Le Lettere, Firenze, 1999.

<sup>31</sup> V. O. O'NEILL, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. Cfr. anche M. MILBURN, *Informed Choice of Medical Services: Is the Law Just?*,

sequio per l'autodeterminazione individuale a guidare e ad ispirare *Justice* Cardozo, già nel 1914, nella più che nota massima: «every person being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent, commits an assault for which he is liable in damages»<sup>32</sup>.

Il bene del paziente non è già più oggettivabile; l'ammalato è *persona*, nuovo soggetto morale<sup>33</sup>. È una *regola generale*, ammonisce la rubrica dell'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa *per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina* (Oviedo, 4 aprile 1997)<sup>34</sup>, laddove «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Così, la Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani<sup>35</sup> garantisce sì (art. 6) il rispetto del previo, libero ed informato consenso della persona interessata, ma non senza prima aver consacrato (art. 5) il binomio autonomia/responsabilità, poiché «l'autonomia delle persone nel prendere decisioni, assumendosi le responsabilità relative e nel rispetto dell'autonomia degli altri, deve essere rispettata». Infine, la *European Charter of Medical Ethics*<sup>36</sup> è in grado di acutamente condensare in un paio di

---

Ashgate, Aldershot, 2001; AA.VV., *Patient's Autonomy, Privacy and Informed Consent*, IOS Press, Amsterdam, 2000, pp. 37 ss.; R.M. VEATCH, *The Patient-Physician Relation. The Patient as Partner, Part 2*, Indiana University Press, Bloomington, 1991, pp. 33 ss.; E.D. PELLEGRINO, D.C. THOMASMA, *For the Patient's Good. The Restoration of Beneficence in Health Care*, Oxford University Press, New York, 1988, e J.F. CHILDRESS, *Who Should Decide? Paternalism in Health Care*, Oxford University Press, New York, 1982. Il quarto ed ultimo principio, infine, è la giustizia, fondata sull'equa distribuzione dei benefici, dei rischi e dei costi.

<sup>32</sup> *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914) 105 N.E. 92, decisione sempre ricordata e citata anche dalle corti di Sua Maestà. Cfr. altresì V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Ann. Enc. Dir.*, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 225; ID., *Il problema del consenso nella bioetica*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 321, e S. ROSSI, *Consenso informato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. VII, Utet, Torino, 2012, pp. 177 ss.

<sup>33</sup> S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 39 ss. Cfr. altresì C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., pp. 39 ss.

<sup>34</sup> La Convenzione di Oviedo non è stata – ad oggi – adottata da tutti i paesi dell'Unione Europea, alcuni dei quali (Gran Bretagna, Germania, Belgio e Austria) non l'hanno neppure firmata, mentre altri (Francia, Svezia e Svizzera) l'hanno sì sottoscritta, ma non recepita. L'Italia ha recepito tale Convenzione con legge 28 marzo 2001, n. 145, ma non ne ha ancora depositato lo strumento di ratifica.

<sup>35</sup> Approvata dalla XXXIII sessione della Conferenza generale dell'UNESCO il 19 ottobre 2005.

<sup>36</sup> Approvata a Kos dal Consiglio degli ordini europei dei Medici l'11 giugno 2011.

righe (art. 8) i principi bioetici cui il medico deve uniformarsi: rispettivamente, si tratta di onorare l'autonomia individuale, di curare efficacemente e, al contempo, di utilizzare in maniera equa le risorse a disposizione<sup>37</sup>.

Il lavoro del medico e l'*habeas corpus* del paziente: il consenso informato – s'è visto – nasce sì nei laboratori di sperimentazione clinica, ma cresce esponenzialmente, poi, all'interno del quotidiano esercizio della professione sanitaria. D'altronde, è la medicina stessa a conoscere un'evoluzione e cambiamento continui, nell'ambito di settori sempre nuovi e sempre più complessi, alle cui peculiarità le esigenze di tutela dell'autodeterminazione individuale non possono che adeguarsi e conformarsi, anche tramite l'intervento legislativo<sup>38</sup> e con regole specifiche, in tema sia di somministrazione delle necessarie informazioni sia di successiva raccolta del consenso: si tratta, a titolo di mero esempio, di attività trasfusionali<sup>39</sup>, di radiazioni ionizzanti<sup>40</sup>, procreazione medicalmente assistita<sup>41</sup> o inter-

<sup>37</sup> L'art. 14, peraltro, dispone che «medical practice involves respect of the patient's life, moral autonomy and freedom of choice».

<sup>38</sup> Pure a livello regionale: v., per esempio, legge reg. Emilia Romagna, 11 agosto 1998, *Norme per il parto nelle strutture ospedaliere, nelle case di maternità e a domicilio*; legge prov. Trento, 29 novembre 1993, n. 37, *Istituzione registro provinciale donatori di midollo osseo e interventi aggiuntivi di assistenza sanitaria*; legge reg. Lombardia, 16 settembre 1988, n. 48, *Norme per la salvaguardia dei diritti dell'utente del servizio sanitario nazionale e istituzione dell'ufficio di pubblica tutela degli utenti dei servizi sanitari e socio assistenziali*; legge reg. Abruzzo, 2 aprile 1985, n. 20, *Norme di salvaguardia dei diritti dell'utente dei servizi delle unità locali sociosanitarie*, e legge reg. Friuli Venezia Giulia, 1° giugno 1985, n. 23, *Norme per la salvaguardia dei diritti del cittadino nell'ambito dei servizi delle Unità sanitarie locali*.

<sup>39</sup> Legge 4 maggio 1990, n. 107, *Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati* (art. 3): «per donazione di sangue e di emocomponenti si intende l'offerta gratuita di sangue intero o plasma, o piastrine, o leucociti, previo il consenso informato e la verifica della idoneità fisica del donatore. Il donatore può consentire ad essere sottoposto indifferentemente ai diversi tipi di donazione, sulla base delle esigenze trasfusionali ed organizzative».

<sup>40</sup> Cfr. l'art. 108 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 230, *Attuazione delle direttive 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 92/3/Euratom e 96/29/Euratom in materia di radiazioni ionizzanti*, modificato dal d.lgs. 26 maggio 2000, n. 187, dal d.lgs. 26 maggio 2000, n. 241, e dal d.lgs. 9 maggio 2001, n. 257: «Le esposizioni di persone a scopo di ricerca scientifica clinica possono essere effettuate soltanto con il consenso scritto delle persone medesime, previa informazione sui rischi connessi con l'esposizione alle radiazioni ionizzanti (...)».

<sup>41</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (art. 6): «(...) il medico informa in maniera dettagliata i soggetti (...) sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. (...) Le informazioni (...) devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa. (...) La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura (...)».

ruzione volontaria della gravidanza<sup>42</sup>, di prevenzione dell'AIDS<sup>43</sup>, di terapia elettroconvulsivante<sup>44</sup> e donazione d'organi<sup>45</sup>. Peraltro, la valenza del consenso informato non è più meramente circoscritta alla menzionata rivoluzione in termini di rapporto medico-paziente o allo straordinario rilievo acquisito dalla lesione dell'autodeterminazione del malato nelle aule di tribunale, ma è altresì estesa alle problematiche di gestione e prevenzione del rischio clinico e alle procedure di certificazione e di accreditamento della qualità<sup>46</sup> di una struttura sanitaria, nonché interessata alla

---

<sup>42</sup> Legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* (art. 14): «Il medico che esegue l'interruzione della gravidanza è tenuto a fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite, nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi (...)».

<sup>43</sup> Legge 5 giugno 1990, n. 135, *Piano degli interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS* (art. 5): «Nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse». Cfr. Cass. civ., Sez. III, 30 gennaio 2009, n. 2468, in *Resp. civ.*, 2009, p. 989, con commento di L. FANTECHI, F. TOSCHI VESPASIANI, *Il consenso del paziente al test HIV e la tutela dei dati personali*, e in *Guida dir.*, 2009, p. 55, con nota di E. SACCHETTINI, *Solo specifiche esigenze d'interesse pubblico possono far cadere l'obbligo del consenso*, e Cass. civ., Sez. III, 2 aprile 2009, n. 7999, in *www.personaedanno.it*.

<sup>44</sup> V. la nota del Ministero della Sanità del 13 marzo 1999: «La TEC può essere praticata solo quando il paziente esprime un consenso libero, consapevole, attuale e manifesto. A tal fine occorre che il medico curante fornisca, sia oralmente che in forma scritta, esaurienti informazioni in ordine, oltre che ai vantaggi attesi, agli effetti collaterali eventuali, ai possibili trattamenti alternativi, alle modalità di somministrazione (...)».

<sup>45</sup> V. legge 26 giugno 1967, n. 458, *Trapianto del rene tra persone viventi* (art. 2): «La donazione di un rene può essere autorizzata, a condizione che il donatore abbia raggiunto la maggiore età, sia in possesso della capacità di intendere e di volere, sia a conoscenza dei limiti della terapia del trapianto del rene tra viventi e sia consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta» e (art. 4): «Il trapianto del rene legittimamente prelevato e destinato ad un determinato paziente non può aver luogo senza il consenso di questo (...)»; legge 1° aprile 1999, n. 91, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti* (art. 4): «(...) i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione (...)», e legge 16 dicembre 1999, n. 483, *Norme per consentire il trapianto parziale di fegato*.

<sup>46</sup> V., per esempio, l'attività svolta dalla *Joint Commission International*, organismo privato internazionale, che propone, per le strutture sanitarie che intendano ricevere la certificazione, standard da raggiungere in ciascun settore organizzativo e clinico. Per quanto concerne l'autodeterminazione del paziente, in particolare (Standard PFR.6): «Il consenso informato del paziente è acquisito attraverso un processo definito dall'organizzazione e implementato da personale addestrato, con un linguaggio comprensibile dal paziente». Nello specifico, la valutazione della *compliance* della struttura con lo standard richiesto avviene vagliando se: «1. L'ospedale dispone di un processo chiaramente definito per l'ottenimento del consenso, descritto in politiche e procedure; 2. Il personale designato è addestrato sull'implementazione di politiche e procedure. 3. I pazienti esprimono il proprio consenso informato coerentemente con le politiche e procedure dell'ospedale». Inoltre, ai sensi dello Standard PFR.6.1, «il paziente e i familiari ricevono informazioni adeguate sulla malattia,

questione dell'assicurabilità stessa dei pregiudizi conseguenti alla violazione di un c.d. *devoir d'humanisme médical*.

È stato scritto che, «se si va avanti così per un certo tempo, potrà succedere un giorno che un'intera corporazione, la corporazione dei medici e degli scienziati, diventerà l'oggetto di una grave aggressione» e, come la rivoluzione francese ha ucciso gli aristocratici e i preti, così potrebbero essere uccisi medici e professori, «non benché si siano irrigiditi mettendosi dietro alla scienza impersonale, bensì proprio per questo motivo»<sup>47</sup>. Si tratta – certamente – di considerazioni quantomeno *tranchantes*; vero è, del resto, che il personale sanitario non può trovarsi impreparato dinanzi ad una richiesta di *prestazioni* rinnovate, quanto a contenuti e modalità: che il tempo dedicato all'informazione, alla comunicazione e alla relazione sia, quindi, finalmente pensato e davvero considerato come tempo *di cura*<sup>48</sup>.

---

sul trattamento proposto e sui professionisti sanitari affinché possano effettuare una scelta consapevole (...). Le informazioni fornite comprendono: le condizioni del paziente; il trattamento proposto; i potenziali benefici e inconvenienti; le possibili alternative; le probabilità di successo; i possibili problemi collegati al recupero o alla piena guarigione; e i possibili esiti del non trattamento. Il personale fornisce al paziente anche il nome del medico o altro professionista sanitario che è principalmente responsabile della sua cura, o che è autorizzato ad eseguire procedure e trattamenti».

<sup>47</sup> V. VON WEIZSACKER, *Pathosophie*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1956, p. 344, così come citato da S. SPINSANTI, *Chi ha potere sul mio corpo? Nuovi rapporti tra medico e paziente*, Paoline, Milano, 1999, p. 8. Cfr. altresì G. LA MONACA, V. TAMBONE, N. ZINGARO, M. POLACCO, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 1-2.

<sup>48</sup> Così, peraltro, anche l'art. 20 del Codice deontologico (*Relazione di cura*), secondo il quale «Il medico nella relazione persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura». In questo senso, v. anche il d.p.r. 23 luglio 1998, *Approvazione del Piano Sanitario Nazionale per il triennio 1998-2000*: «la possibilità di una scelta consapevole tra diverse opzioni diagnostiche e terapeutiche da parte dell'utente implica che l'informazione divenga uno degli aspetti decisivi nel rapporto tra Ssn e cittadini. La transizione da una concezione paternalistica ad una concezione democratica dell'assistenza sanitaria incontra ancora molti ostacoli, sia sul versante delle professioni sanitarie sia su quello degli utenti. A questo scopo, nel corso della formazione (di base e in servizio) del personale sanitario è indispensabile fornire conoscenze e competenze concernenti:

- elementi di epidemiologia clinica, volti a consentire al personale sanitario di presentare in modo razionale e probabilistico gli effetti delle diverse opzioni diagnostico-terapeutiche;

- elementi di teoria della comunicazione, sociologia e antropologia, miranti al riconoscimento e al rispetto, di fronte alla salute e alla malattia, delle diverse identità culturali;

- elementi di economia, volti a rafforzare la consapevolezza delle ricadute economiche delle decisioni e della necessità di allocazioni soddisfacenti dal punto di vista della collettività;

- elementi di etica nei rapporti fra professionista e paziente, volti a promuovere un'attenzione costante ai fondamenti etici delle scelte professionali e alla umanizzazione del servizio.

Il rafforzamento della capacità decisionale degli utenti trova limiti obiettivi nelle asimmetrie informative proprie di tutti i settori ad elevata specializzazione professionale. La maggiore capacità delle professioni sanitarie di ridurre l'ampia variabilità che oggi caratte-

Non molto tempo fa, peraltro, il Consiglio di Stato<sup>49</sup> scriveva che il consenso informato è principio «fortemente affermato, ma debolmente tutelato». Orbene, e come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, il rischio è che dalla debolezza si passi all'inutilità, nell'ambito di un gioco delle parti – quello fra medico e paziente – privo di costrutto alcuno, dove il mondo sanitario finirebbe per vivere la celebrazione dell'autodeterminazione individuale come una «moda buonista», un *politically correct trend* dal quale, volente o nolente, non ci si può più discostare, ma che si deve comunque subire cercando di ricavarne il minor disagio possibile.

#### 4. La tutela costituzionale

La Costituzione italiana nega, ai sensi del comma 2 dell'art. 32, sia la possibilità di un trattamento sanitario eseguito a prescindere dalla volontà del paziente sia l'esistenza di un dovere giuridico di curarsi o, comunque, di un dovere alla salute, in relazione ai quali il singolo debba eventualmente dispensare la comunità da un pregiudizio di qualsivoglia natura. Peraltro, a conferma, in ambito sanitario, dell'autodeterminazione individuale quale principio generale, le eventuali eccezioni devono soddisfare requisiti formali (riserva di legge<sup>50</sup>) e sostanziali (rispetto della persona umana), al ricorre-

---

rizza l'erogazione delle prestazioni a fronte di problemi clinici e assistenziali simili costituisce un presupposto necessario per l'esercizio consapevole del diritto alla salute».

<sup>49</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 04460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 74, con commenti di P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello «ius quo utimur» in materia di relazione di cura*, di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, di R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, e P. BENCIOLINI, «Obiezione di coscienza?». V. anche M. AMITRANO ZINGALE, *L'obiezione di coscienza nell'esercizio della funzione pubblica sanitaria*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1099. Quanto al caso di Eluana Englaro, v. soprattutto Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in (*ex pluribus*) *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 363, con commento di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 330, con nota di E. CECCARELLI, D. PULITANÒ, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 100, con commento di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 107, con commento di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 520, con nota di M. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, e in *Foro it.*, 2008, I, c. 125, con nota di D. MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, e *ivi*, I, c. 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario «life-sustaining»*.

<sup>50</sup> Riserva relativa (v., per esempio, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 315 ss.) o, per converso, assoluta e rinforzata dal rispetto della persona umana (v. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 87 ss.).

re di un'ipotesi di necessario contemperamento fra il diritto alla salute del singolo, il coesistente e reciproco diritto di ciascun altro individuo e la tutela di una salute, invece e per così dire, collettiva<sup>51</sup>. In questo medesimo senso, la Corte costituzionale riconduce<sup>52</sup> all'inviolabile libertà personale (*ex art. 13 Cost.*)<sup>53</sup> il potere di disporre del proprio corpo (*ergo*: la possibilità di richiedere volontariamente, nel corso di un procedimento civile, un accertamento tecnico preventivo sulla propria persona), sempre che si tratti di modalità compatibili con il dovuto ossequio alla dignità umana (ancora *ex art. 32, comma 2, Cost.*). Così, è possibile delineare un aspetto "attivo" e uno "passivo" di tale potere, strettamente connessi ed egualmente concorrenti a costituire l'oggetto della libertà in questione: da una parte, infatti, si tratta di scegliere senza condizionamento o restrizione alcuna le attività in qualche misura coinvolgenti la propria persona (non solo fisica); dall'altra, per converso, di opporsi con efficacia a che altri (rispetto al soggetto *in primis* interessato) decidano arbitrariamente circa la realizzazione di determinati interventi o trattamenti sanitari<sup>54</sup>.

D'altra parte, la libertà personale presenta una più ampia operatività ed estensione rispetto al diritto di scegliere *in salute*, sia con riguardo all'ambito di applicazione, poiché naturalmente prescinde dagli stretti confini del rapporto terapeutico (e concerne l'autodeterminazione nell'adozione di una qualsiasi decisione individuale), sia in relazione alla sua stessa finalità, che esula, in effetti, non solo dalla tutela della salute, ma anche dal perseguimento di qualsivoglia altro scopo. Coerentemente, la duplice garanzia (riserva di legge e di giurisdizione) cui il comma 2 dell'art. 13 Cost. assoggetta ogni restrizione della libertà personale (detenzione, ispezione, perquisizione) esclude<sup>55</sup>, in assenza di una norma che ciò specificamente

<sup>51</sup> In tal senso, già G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 261 ss. Peraltro, la "doppia negazione" di cui all'art. 32 («nessuno può essere obbligato ... se non») viene solitamente impiegata dal Costituente al fine di rafforzare la tassatività delle limitazioni frapposte ad un diritto di libertà. Così, v. il comma 2 degli artt. 13 e 14 Cost.: cfr. F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 70. V., infine, R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, e A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, entrambi in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, rispettivamente pp. 3 ss. e pp. 65 ss., nonché V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 579 ss.

<sup>52</sup> Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, c. 14, con commento di R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*.

<sup>53</sup> R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. I, artt. 1-54, Utet, Torino, 2006, pp. 321 ss.

<sup>54</sup> R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo*, cit., 16.

<sup>55</sup> Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Fam. dir.*, 1996, p. 419, con nota di A. FIGONE, *Prelievo ematico, tutela della libertà individuale e rapporto di filiazione*, e in *Dir. fam. pers.*, 1997, p.

preveda, la coercibilità, per esempio, di un prelievo ematico, seppure nel corso di un processo penale e dinanzi alla necessità di accertare la commissione di un reato<sup>56</sup>.

In questo medesimo senso, nel 2008 il Palazzo della Consulta<sup>57</sup> consa-

---

15, con commento di F. MECHELLI, *Il prelievo ematico coattivo e la sua ammissibilità alla luce dei principi costituzionali*. In particolare, la libertà personale è qui «diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi, indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita e all'integrità fisica, con cui concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona». Cfr. anche Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2008, n. 10805, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 584, che nega la legittimità di un prelievo ematico forzoso effettuato a séguito di richiesta della polizia giudiziaria, altresì escludendo l'equivalenza fra mancata opposizione (contegno passivo) all'espletamento dell'indagine e prestazione di un consenso informato. È così che il dovere d'informazione gravante sul sanitario «assume rilievo a prescindere dal titolo in forza del quale venga richiesta una pronuncia di responsabilità contro il medico, trovando fondamento nell'art. 13 Cost., il quale sancisce l'invulnerabilità della libertà personale, nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica, escludendone ogni restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nelle ipotesi e con le modalità previste dalla legge»: v. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in M. FRANZONI (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 244. Cfr. altresì A. BALDASSARRI, S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1258. A tal proposito, v. Cass. civ., Sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, c. 771; in *Danno e responsabilità*, 1997, p. 178, con commento di V. CARBONE, *Il consenso all'operazione vale come consenso all'anestesia?*; in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 374, con nota di C. MARTORANA, *Considerazioni su informazione del paziente e responsabilità medica*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 577, con commento di A. FUSARO, *Il consenso all'anestesia non si presume*; in *Contratti*, 1997, p. 339, con commento di C. VACCÀ, *La formazione del consenso al trattamento medico*, e in *Giur. it.*, 1998, p. 37, e Cass. civ., Sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913, con nota di E. SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 937, con commento di G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, "consenso informato" del paziente e responsabilità del medico*.

<sup>56</sup> Cfr. il Trattato di Prüm, firmato da Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Spagna e Paesi Bassi il 27 maggio 2005 e recepito dall'ordinamento italiano con legge del 30 giugno 2009, n. 85, in *G.U.* 13 luglio 2009, n. 160, la quale ultima, in particolare, introduce, all'interno del Codice di procedura penale, gli artt. 72-bis, 224-bis e 359-bis – in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale.

<sup>57</sup> Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328, con nota di richiami, e Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2889, con nota di richiami, riguardo alla legittimità costituzionale di due leggi – della Regione Piemonte e della Provincia autonoma di Trento – in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti. La Corte costituzionale rileva come il legislatore (regionale e provinciale) abbia ecceduto i limiti della propria competenza, poiché, nell'individuare i soggetti legittimati alla concessione del consenso per il trattamento con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti (i genitori, fermo l'obbligo del medico di informare il minore e di tenere conto della sua volontà assumendone l'assenso), nonché le forme del relativo rilascio (modulo scritto), non si è limitato ad una disciplina di dettaglio del principio del consenso informato, bensì ha proceduto alla sua stessa conformazione e connotazione. Cfr. R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4953; C. CORAGGIO, *Il Consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4981, e D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del*

cra il consenso informato quale «principio fondamentale in materia di tutela della salute» («la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale»), nonché «sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». Così, il diritto alle cure si coniuga in maniera imprescindibile con il diritto ad un'informazione accurata, funzionale e strumentale ad una scelta individuale libera e consapevole, nonché, naturalmente e di conseguenza, alla stessa corretta realizzazione ed esplicazione della libertà personale.

Peraltro, la possibilità stessa di previsione di un trattamento sanitario obbligatorio si spiega con il già menzionato temperamento fra salute individuale e collettiva (che, talvolta, in nome di esigenze solidaristiche, s'impone), a fronte del quale, tuttavia, è sì accettabile e giustificabile una temporanea "compressione" dell'autodeterminazione, ma non certamente un danno alla salute di chi vi sia stato forzatamente assoggettato<sup>58</sup>. In

---

2008 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.* 2008, 4970. Similmente, cfr. L. COEN, *Le disposizioni anticipate di trattamento sanitario tra diritto civile e organizzazione amministrativa*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, p. 207, riguardo a Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262, che ha annullato la legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 13 marzo 2015, n. 4, recante «Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti», così come successivamente modificata ed integrata dalla legge reg. 10 luglio 2015, n. 16.

<sup>58</sup> Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro. it.*, 1990, I, c. 2694, con annotazione di G. PONZANELLI, *Lesione da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo*, e di A. PRINCIGALLI, *Tutela della salute e vaccinazione a rischio*, e in *Riv. it. med. leg.*, 1990, p. 914. Cfr. altresì Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2326, con note di richiami di R. ROMBOLI, e Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1451, con note di richiami. In merito, v. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, pp. 15 ss., e G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 148 ss. Sotto il profilo normativo, v. le leggi 4 febbraio 1966, n. 51, *Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica*, e 13 maggio 1978, n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*. Cfr., da ultimo, Trib. Rimini, sez. lav., 15 marzo 2012, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1893, con commento di L. LOCATELLI, *Danno «no fault» da vaccinazioni obbligatorie e facoltative e diritto all'indennizzo*, e in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 415, con nota di F. BUZZI, G. TASSI, *La "supremazia" dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della "governante" amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come "compassionevoli"*. V. altresì G. PONZANELLI, *L'indennizzo «ex lege» 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*, in *Danno e responsabilità*, 2012, p. 1069; E. FALLETTI, *Può la controversia sulla sussistenza del nesso di causalità tra vaccino MPR e autismo risolversi nelle aule dei tribunali?*, in *Quotidiano Giuridico*, 4 maggio 2012; A. FEDERICI, *L'indennizzo delle conseguenze irreversibili da vaccinazioni non obbligatorie*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2012, II, p. 605; R. DOMENICI, M. GERBI, B. GUIDI, *Vaccini e autismo: scienza e giurisprudenza a confronto*, in *Danno e responsabilità*, 2016, p. 513, e L. NOCCO, *A proposito di una recente sentenza su vaccinazioni e autismo e dell'ambiguità di fondo del sistema*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1123. La decisione del Tribunale di Rimini viene, poi, riformata in grado d'appello (ai fini dell'affermazione del nesso eziologico, il mero criterio della successione temporale non pare sufficiente): v. App. Bologna, 13 febbraio 2015, in *www.altalex.com*, e S. D'ERRICO, M. FRATI, P. MARTELLONI, J. POLIMENI, *Autismo e vaccinazioni: la buona scienza nelle giuste mani. Un primo passo verso la "certificazione" dell'"expert witness"?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1747.

questo senso, quindi, la prestazione di una corretta informativa riguardo ai rischi di contagio derivanti dalla vaccinazione obbligatoria antipolio-mielitica non è necessariamente funzionale alla prestazione del consenso (dal quale, s'è detto, si può in questo caso prescindere), ma rileva ai fini delle precauzioni che il soggetto interessato avrebbe potuto adottare per scongiurare una lesione alla propria integrità psico-fisica, nonché ai fini, pertanto, dell'eventuale integrazione di un'ipotesi di colpa professionale. Coerentemente, in qualche modo "recupera" una dimensione di volontaria sottoposizione l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*, laddove impone che tali accertamenti e trattamenti siano sempre «accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione di chi vi è obbligato», nel costante rispetto della dignità umana e, per quanto possibile, anche del diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Allo stesso modo, v. l'art. 1 della legge c.d. Basaglia del 13 maggio 1978, n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*. Cfr. Trib. Venezia, 19 dicembre 2005, in [www.omco.pd.it](http://www.omco.pd.it). V. A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., pp. 817 ss.; V. STRIPPOLI, *Trattamenti e accertamenti sanitari obbligatori. Disciplina, adempimenti e procedure*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010; C. BENATTI, *Sanità obbligata: quando i trattamenti sanitari obbligatori non rispettano le persone, la libertà*, Macro Edizioni, Diegaro di Cesena, 2004; L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 601; D. VALENTINI, *I trattamenti e gli accertamenti sanitari obbligatori in Italia*, Piccin, Padova, 1996, e G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, CISU, Roma, 1995. Inoltre, cfr. G. ALPA, E. RESTA, *Le persone e la famiglia. I. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2006, p. 85: «(...) quando un interesse superiore possa limitare la libertà personale del soggetto, la tutela pubblica della salute dovrebbe coniungersi con la tutela privata della salute del soggetto: dunque non potrebbe sussistere un obbligo del singolo quando manchino riflessi diretti sulla salute generale, ma neppure all'opposto, quando sia assente un'incidenza sulla propria». Inoltre, per quanto concerne il consenso al trattamento sanitario da parte del sofferente psichico, cfr. T. SARTORI, C. MARZONA, V. MASOTTI, *Profili medico-legali del consenso informato in psichiatria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 1187; R. CATANESI, G. TROCCOLI, F. CARABELLESE, *La contenzione in psichiatria. Profili di responsabilità professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 1004; J. HAUSER, *Le consentement aux soins des majeurs protégés*, in *Petites Affiches*, 2002, 56, p. 4; A. BOUMAZA, *La stérilisation contraceptive et le handicap mental après la loi du 4 juillet 2001*, in *Rev. droit san. soc.*, 2002, p. 233; G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 147; M. HARICHAUX, *Le contrat médical. Consentement et incapacités*, in *Droit médical*, 1999, 7, p. 1; J. MASSIP, *Peut-on procéder à la stérilisation d'une majeur incapable?*, in *Petites Affiches*, 1999, 110, pp. 20 ss.; A. MARCELLI, *Le médecin, le juge, l'avocat et l'incapable*, in *Gaz. Pal.*, 1998, p. 25; F. DUPIN, *Protection des personnes inaptes: l'intérêt et l'autonomie du majeur protégé*, in *Rev. du Barreau*, 1997, 57, pp. 159 ss.; G. VELLA, A. SIRACUSANO (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Il pensiero scientifico, Roma, 1996, e T. FOSSIER, M. HARICHAUX, *La tutelle à la personne des incapables majeurs: l'exemple du consentement à l'acte médical*, in *Rev. droit san. soc.*, 1991, p. 1. V. altresì Cass. civ., Sez. Un., 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1040. Infine, per una disamina del consenso informato all'interno della legislazione italiana, v. E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona. Implicazioni giuridiche delle analisi genetiche*, ETS, Pisa, 2004, pp. 78 ss., e A. RICCIO, *Il consenso e l'autodeterminazione nell'attività sanitaria*, in M. FRANZONI (diretto da), *La responsabilità nei servizi sanitari*, Zanichelli, Torino, 2011, pp. 243-287.

D'altra parte, se l'autodeterminazione individuale non può dirsi esistente né opportunamente realizzarsi in mancanza di un consenso informato, solo il corretto svolgimento di tale equazione garantisce il coronamento e pieno rispetto della dignità umana<sup>60</sup>, quale *leit-motif* già confermato e consacrato in seno alla Carta di Nizza. Ed è proprio il primo Capo di quest'ultima<sup>61</sup> – appunto dedicato alla *Dignità* – ad ospitare l'art. 3, *Diritto all'integrità della persona*, il quale non solo sancisce, certamente, il diritto individuale all'integrità psichica e fisica, ma garantisce altresì «particolare rispetto», in ambito medico e biologico, per il «consenso libero e informato della persona interessata», secondo le modalità normativamente previste. Trattasi, peraltro, di principio già più volte affermato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, seppure a riguardo di soggetti affetti da turbe psichiche e coattivamente internati<sup>62</sup>, nonché, ancora, in occasione di un intervento di blefaroplastica<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 537, con nota di A. LANOTTE, *L'obbligo d'informazione: adempimento di un "dovere burocratico"?*, ove sono proprio l'autodeterminazione individuale e la dignità umana i beni preminentemente suscettibili d'offesa in caso di mancata informazione e/o consenso, «visto che senza informazione adeguata e rispettosa del paziente e, dunque, anche dei suoi limiti culturali e delle sue umanissime paure di fronte all'atto medico, questi non è più *persona*, ma oggetto di esperimento o di un'attività professionale che trascura il fattore umano su cui interviene, dequalificando il paziente stesso da *persona a cosa*». In questo senso, il principio del consenso informato costituisce «evidente specificazione» dell'art. 2 Cost., «con ciò ribadendo la perdurante vitalità di un progetto costituzionale che (...) ha saggiamente optato per una formula aperta», onde «consentire agli interpreti l'adeguamento dell'ordinamento ai valori di nuova emersione». Altro riferimento obbligato è, poi, l'art. 13 Cost., «tradizionalmente letto all'interno di una dialettica autorità-libertà che ha avuto per usuale protagonista negativo da limitare e controllare lo Stato amministrazione: in particolare, i poteri delle forze di polizia. Ciò non toglie che la norma sulla libertà individuale sia così assoluta, da imporsi e prevalere anche nei casi in cui ci si trasferisce nell'ambito di un rapporto disuguale tra medico e paziente, dove all'asimmetria delle informazioni corrisponde anche un proporzionale diverso "potere" dei soggetti coinvolti nella gestione del bene-salute».

<sup>61</sup> È il *Bill of rights*, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000), la quale ha oggi efficacia vincolante all'interno dello spazio comunitario, grazie alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona all'art. 6 del TUE che, entrato in vigore il primo dicembre 2009, ora recita: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

<sup>62</sup> V. CEDH, 23 juillet 2015, *Bataliny c. Russie*, n. 10060/07; CEDH, 26 juillet 2011, *Karamanof c. Grèce*, n. 46372/09; CEDH, 5 juillet 2011, *Venios c. Grèce*, n. 33055/08; CEDH, 7 avril 2003, *Laidin c. France*, n. 39282/98, e CEDH, 27 septembre 2002, *d.m. c. France*, n. 41376/98. Cfr. altresì CEDH, 3 juillet 2012, *X c. Finlandie*, n. 34806/04; CEDH, 19 juin 2012, *Teodorescu c. Roumanie*, n. 22883/05; CEDH, 10 mai 2012, *Liartis c. Grèce*, n. 16906/10; CEDH, 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, n. 36760/06; CEDH, 1<sup>o</sup> février 2011, *Yazgül Yilmaz c. Turquie*, n. 36369/06, e CEDH, 24 octobre 1989, *H. c. France*, n. 10073/82. Per un caso di sterilizzazione coatta, v. CEDH, *V.C. c. Slovaquie*, 8 novembre 2011, n. 18968/07. V., infine, la Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del 22 aprile 2016, n. 2091, *Arguments contre un instrument juridique du Conseil de l'Europe sur les mesures involontaires en psychiatrie*.

<sup>63</sup> CEDH, 2 juin 2009, *Codarcea c. Roumanie*, n. 31675/04.

In definitiva, il valore del consenso informato del paziente ad un trattamento sanitario è interamente percepibile e comprensibile alla luce del principio personalista, cui sono rigorosamente improntate le previsioni e garanzie costituzionali, nonché alla luce della tutela individuale quale fine ultimo del nostro ordinamento giuridico, laddove si tratta di diritti in un certo senso anteriori e superiori a qualsivoglia riconoscimento o condizionamento statale ed eteronomo<sup>64</sup>. In questo senso, la considerazione in maniera unitaria ed inscindibile degli aspetti fisici e psichici dell'essere umano impone altresì un punto di vista inedito circa le decisioni che coinvolgono il benessere individuale. Infatti, poiché appare impossibile – in quanto scorretto – scindere e distinguere il *corpo* (oggetto) dalla *persona* (soggetto), allora l'integrità psicofisica cessa di essere semplicemente e solamente parte della persona e della sua personalità, ma diviene, altresì e soprattutto, uno degli strumenti, dei luoghi e dei presupposti per il dispiegamento e la realizzazione di quest'ultima, secondo le modalità individualmente determinate<sup>65</sup>. Coerentemente, è la stessa Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità a definire la salute «quale stato di completo benessere fisico, mentale, sociale», condizione che non si può esaurire in una mera «assenza di malattia o d'infermità» (euritmia). Di conseguenza, il «benessere» si estende agli aspetti anche mentali dell'individuo, mentre la piena comprensione e corretta valutazione di tale «stato» impone una specifica e dettagliata valorizzazione dell'esperienza e percezione che ciascuno ha di se stesso ed, appunto, del proprio stato psico-fisico<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> V. ONIDA, voce *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, pp. 329-330. Cfr. G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 205 ss.

<sup>65</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1982, pp. 314 ss. V. anche ID., *Soggetti e situazioni soggettive*, Esi, Napoli, 2000.

<sup>66</sup> Cfr. P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, pp. 3 ss., secondo il quale, fra l'altro, «la valutazione dello stato del paziente in termini di salute è necessariamente dialettica, e la conclusione è possibile solo come sintesi, finché la tesi medica e l'antitesi dell'autopercezione si prestino ad essere superate e riprese in una soluzione concorde: al di là regna la libertà del paziente, che si può esprimere nel rifiuto della proposta terapeutica, ed aprire il problema di una prosecuzione del rapporto su basi discordanti con la coscienza del curante». Inoltre, si esprime in termini di valore "relativizzato" della nozione di salute, quale «condizione strumentale al raggiungimento di una migliore qualità della vita»: P. SCIASCIA, *I contenuti della moderna nozione di salute*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto civile nella giurisprudenza. Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, II, Utet, Torino, 2005, p. 14.

## 5. La liceità del trattamento sanitario e l'art. 5 c.c.

Il problema della liceità penale dei trattamenti medico-chirurgici si spiega per l'importante intrusione, propria dell'attività sanitaria, nell'ambito di beni "personalissimi" dell'individuo, con la conseguente, astratta configurabilità di un fatto tipico di reato<sup>67</sup>. Sinteticamente, le divergenze dottrinali circa i fondamenti della liceità del trattamento sanitario<sup>68</sup> si sostanziano nel richiamo, da una parte, alle cause di giustificazione codificate e nel riferimento, dall'altra, alla natura stessa dell'attività sanitaria, quale professione socialmente diretta ad arrecare utilità e votata al solo miglioramento dell'integrità psico-fisica del paziente, nonché volta, infine, al conseguimento di uno degli obiettivi riconosciuti e tutelati dallo Stato<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Una delle innumerevoli teorie elaborate alla ricerca di un fondamento di liceità per il trattamento medico-chirurgico è nota come "teoria della carenza dell'elemento soggettivo", secondo cui lo scopo dell'azione del sanitario non è quello di arrecare danno al paziente, bensì di conseguire un miglioramento delle condizioni di salute di quest'ultimo. Per contro, l'applicabilità della norma penale non è subordinata, nel nostro ordinamento, al ricorrere di un'"intenzione malvagia" del soggetto, bensì richiede, semplicemente, la coscienza e volontà del fatto commesso. A proposito dell'irrelevanza di una finalità nobile ed apprezzabile, cfr. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1926, p. 116: «Chi toglie una gamba, vuole allo stesso modo tanto se sia un chirurgo tanto se sia un assassino». V. anche S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2008. V. A. PALMA, *Libertà di autodeterminazione del paziente e rilevanza penale del trattamento medico arbitrario nella giurisprudenza*, in *Giust.pen.*, 2015, p. 484.

<sup>68</sup> Per una puntuale esposizione in materia: G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., pp. 5 ss., e ID., *Il medico e la legge penale*, Cedam, Padova, 1995. Inoltre, già F. GRISPIGNI (*La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *La Scuola Positiva*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1914, pp. 449 ss.) si esprime in termini di liceità "normale" o "eccezionale" del trattamento medico-chirurgico. Per una disamina dei progetti di riforma del Codice penale, cfr. M. BILANCETTI, *Il consenso informato: prospettive nuove di responsabilità medica*, cit., pp. 1005 ss.

<sup>69</sup> Si tratta, rispettivamente, della teoria della causa di giustificazione codificata, di quella dell'azione socialmente adeguata, dell'assenza del "fatto tipico" del reato e dello scopo riconosciuto dallo Stato. Relativamente alle ultime tre, esse appaiono sprovviste della determinatezza indispensabile al fine di integrare veri e propri criteri giuridici, in quanto legate, piuttosto, allo scopo e ai motivi dell'atto e, quindi, ad elementi di ordine morale e sociologico. Cfr. G. BARBUTO, *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 327; G. IADECOLA, *In tema di rilevanza penale – come delitto doloso contro la vita e l'incolumità individuale – del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 219; C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Esi, Napoli, 1996, e M. BENINCASA, *Liceità e fondamento dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 713. Inoltre, lo stesso schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale (in *Documenti giust.* 3, 305, 1992) prevede l'attività terapeutica fra le cause di giustificazione, laddove (art. 16.5) a) l'avente diritto presti il proprio consenso o, in caso d'impossibilità a consentire, il suo consenso sia presumibile e sussista l'urgente necessità del trattamento; b) il vantaggio per la salute sia verosimilmente superiore al rischio; c) siano osservate le regole della migliore scienza ed esperienza: cfr. F.P. RUGGIERO, *Il*

Peraltro, il convincimento che il consenso riguardi il solo «piano dei diritti della personalità» (in modo specifico, «quello all'autodeterminazione in ordine alla propria salute») discende certo dal principio secondo il quale l'attività sanitaria troverebbe la propria autogiustificazione nell'utilità sociale che peculiarmente la caratterizza<sup>70</sup>. Si tratterebbe, di conseguenza, della radicale *atipicità* del trattamento medico-chirurgico, espressione di un'«attività altamente sociale» e (perciò) «autolegittimantesi», per la quale neppure si comprende il ricorso ad una qualche causa di giustificazione codificata<sup>71</sup>. D'altro canto, lo Stato riconosce sì, tutela ed incoraggia la professione sanitaria (fornendo i mezzi, anche finanziari, indispensabili al suo esercizio), ma solo laddove questa risponda al paradigma «normale» del trattamento eseguito da personale abilitato, in conformità alle *leges artis* e previo, appunto, consenso informato del paziente<sup>72</sup>.

L'individuazione del consenso del malato quale causa di giustificazione principe dell'atto medico (al quale sarebbe pressoché sempre possibile addebitare, per la sua stessa natura, una «lesione» psicofisica) non è certo esente, del resto, da aporie interpretative d'ordine sistematico. Il primo scoglio è l'art. 5 c.c., con il conseguente divieto di atti di disposizione del proprio corpo laddove questi cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica individuale ovvero quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume<sup>73</sup>. Peraltro, un'interpreta-

---

*consenso dell'avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, pp. 187-218.

<sup>70</sup> Cfr. F. MAGLIO, M.G. GIANNELLI, *Il consenso dell'avente diritto*, in *Riv. pen.*, 2003, p. 575; M.G. GALLISAI PILO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. pen.*, III, Utet, Torino, 1987-1999, pp. 71-83; C.F. GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur.*, VIII, Treccani, Roma, 1988, pp. 1-8; B. LICITRA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di consenso dell'avente diritto*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 503, e C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 140-153.

<sup>71</sup> In questo modo, il consenso degraderebbe a mero requisito di validità dell'attività medico-chirurgica: cfr. D. AMMIRATI (a cura di), *La responsabilità penale del medico. Il nuovo corso introdotto dalla Suprema Corte*, Cedam, Padova, 2004, pp. 23 ss.; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 167 ss.; G. CARUSO, *Il trattamento medico-chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 1013-1049, e I. PINDINELLO, A. DOKO, *Aspetti medico-legali del consenso dell'avente diritto quale causa di giustificazione*, Edizioni Universitarie Romane, Roma, 2011.

<sup>72</sup> F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., p. 168. V. anche A. PRINCIGALLI, *Decisione medica e rifiuto di cure*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 92, e F. PALAZZO, *Delitti contro la persona*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 294 ss.

<sup>73</sup> In particolare, «nessun diritto soggettivo può riconoscersi se non nei limiti della utilità sociale. Vietando gli atti di disposizione del corpo che producono una diminuzione permanente dell'integrità fisica, si fa in sostanza un'applicazione particolare della norma che vieta l'abuso del diritto, in quanto si considera che la integrità fisica è condizione essenziale perché l'uomo possa adempiere i suoi doveri verso la società e verso la famiglia»: v. *Codice civile. Libro primo. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma, 1936, p. 12.

zione costituzionalmente adeguata di tale «tormentato»<sup>74</sup> disposto consente un'agevole elusione dell'ostacolo, a séguito di una lettura conforme all'art. 32 Cost. e non (invece) erroneamente limitativa del principio costituzionale ivi contenuto. In tal senso, infatti, l'entrata in vigore della Carta fondamentale avrebbe prodotto un'effettiva «modifica tacita»<sup>75</sup> della norma codicistica, grazie alla rimozione di un concetto statico di integrità fisica a favore di uno, dinamico, di salute, nonché a vantaggio di un'idea non più di «potere», bensì di «libertà» di disporre del proprio corpo.

Invero, com'è noto, scopo dell'art. 5 c.c. è storicamente quello di evitare gli atti a titolo oneroso inerenti parti del corpo umano, altresì indicando, con speciale riferimento all'art. 50 c.p., un preciso criterio normativo in ordine ai limiti di disponibilità del diritto all'integrità psicofisica<sup>76</sup>. Per

---

Per un'ampia trattazione dell'argomento, cfr. M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Giuffrè, Milano, 2002. Cfr. anche E. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, cit., pp. 805 ss.; E. PALMERINI, *Le scelte sul corpo: i confini della libertà di decidere*, in *Bioetica dir.*, 2005, p. 1; A. GIUFFRIDA, *Il diritto all'integrità fisica: art. 5 c.c.*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. Le persone. III. Diritti della personalità*, Utet, Torino, 2000, pp. 71 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 121 ss., e M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 73 ss., ove l'Autrice rileva che «mentre la collocazione della norma tra le disposizioni generali concernenti la persona fisica e la già segnalata formulazione in termini di divieto sembrerebbero avvalorare l'ipotesi della sua riferibilità ad ogni prestazione di consenso, non solo a quelle contrattuali, dalla considerazione dei lavori preparatori si ricava l'impressione di un'attenzione del legislatore rivolta precipuamente alla disposizione del corpo in forma di convenzione». V. P. STANZIONE, G. SALITO, *L'(in)disponibilità del bene «vita» tra autodeterminazione e norma*, San Paolo, Roma, 2010, e P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (atti di disposizione del)*, in E. SGRECCIA, A. TARANTINO (diretta da), *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, Esi, Napoli, 2010, pp. 525 ss.

<sup>74</sup>R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile, Delle persone fisiche, sub art. 5*, Zanichelli, Bologna, Roma, 1988, p. 2225. Cfr. C. COLOMBO, M. PARISI, *Profili penalistici del rapporto medico-paziente*, in *Riv. pen.*, 2001, p. 877.

<sup>75</sup>R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» ed in quello «passivo»*, cit., p. 16.

<sup>76</sup>A tal proposito, si ricordi la vicenda dell'innesto Woronoff, in merito alla cessione di un testicolo, dietro un compenso di lire 10.000, da parte di un giovane e squattrinato studente napoletano a favore di un anziano e facoltoso signore, decaduto nella propria virilità: cfr. Trib. Napoli, 13 dicembre 1931, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, p. 428, con nota di O. VANNINI, *Lesione personale del consenziente*; in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, p. 596, con nota di D. PAFUNDI, *Il consenso dell'offeso nelle lesioni personali*, e in *Giust. pen.*, 1932, II, p. 592, con commento di L. SEVERINO, *La lesione consensuale per innesto chirurgico. L'innesto della ghiandola sessuale*; App. Napoli, 30 aprile 1932, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, p. 757, con nota di T. BRASIELLO, *Il consenso dell'offeso in tema di delitti contro l'incolumità individuale*, e in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, p. 952; Cass. pen., Sez. II, 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, c. 146, con commento di R. RUIZ, *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*, e di O. VANNINI, *Ancora sulla lesione personale del consenziente*. V. altresì C. SALTELLI, *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto (in tema di attentati alla integrità personale)*, in *Ann. dir. proc. pen.*,

contro, non solo l'art. 5 c.c. ha rappresentato un (discutibile) punto di riferimento per la totalità degli atti di disposizione del corpo, sia a favore di terzi sia a proprio diretto vantaggio (appunto perché l'operatività della norma non è letteralmente circoscritta ai soli atti a titolo oneroso), ma esso ha altresì trovato applicazione ben al di là degli angusti confini civilistici, nelle vesti di principio generale dell'ordinamento giuridico<sup>77</sup>. In questo modo, una norma concepita quale baluardo della dignità del singolo – ond'evitare la commercializzazione del corpo umano – si è tramutata in vincolo per l'estrinsecazione di quella stessa dignità e per la realizzazione di atti volti al conseguimento di fini essenziali per lo sviluppo della personalità individuale e per una piena ed effettiva tutela della salute<sup>78</sup>. Di conseguenza, dinanzi all'impossibilità di poter sempre considerare il consenso quale causa di giustificazione (a cagione della frequente indisponibilità, a norma dell'art. 5 c.c., del diritto su cui il consenso viene ad incidere: laddove, per esempio, il paziente acconsenta ad interventi che potrebbero irreversibilmente danneggiarlo o, addirittura, arrecargli la morte stessa), parte della dottrina rinviene la liceità dell'atto medico, di volta in volta e a seconda dei casi, nello stato di necessità (art. 54 c.p.)<sup>79</sup>, nell'esercizio di

---

1934, 245, p. 369, e A. SANDULLI, *Ancora sulla lesione personale del consenziente*, in *La Scuola Positiva*, II, 1932, p. 319. Infine, v. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Esi, Camerino, 1983, specie pp. 164 ss., e F. VIGANÒ, *Decisioni di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1605.

<sup>77</sup>R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*. Art. 5, cit., p. 233. Cfr. altresì C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, cit., pp. 11-12, ove si evidenziano le due "anime" dell'art. 5 c.c., l'una d'ispirazione liberal-individualista (che riconosce il "potere" di ciascuno di disporre del proprio corpo), l'altra di natura esattamente contraria, la quale pone limiti a siffatto "potere" e salvaguarda determinati aspetti del corpo umano perché strumentali al perseguimento di finalità a carattere pubblicistico.

<sup>78</sup>E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari*, Cedam, Padova, 2000, p. 20. Cfr. altresì F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Giuffrè, Milano, 1995. Cfr. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, cit., p. 16: «L'art. 5 c.c. rappresenta (...) specchio fedele del momento storico in cui esso fu approvato e, quindi, della concezione che si aveva dell'uomo e della persona umana (...). L'integrità fisica è tutelata (...) come bene strumentale al perseguimento di finalità ritenute essenziali per lo Stato di allora e per lo svolgimento di certe attività altrettanto essenziali, come padre che mantiene la famiglia ed è co-produttore dei figli, come lavoratore che consente il progresso economico della nazione, come soldato che difende la patria dallo straniero (la figura, cioè, del buon padre, buon cittadino e buon soldato)».

<sup>79</sup>Per contro, ricorre lo stato di necessità solo in quei casi in cui il consenso non possa essere prestato, a causa del naturale o solo momentaneo stato d'incapacità del paziente: così, l'art. 36 (*Assistenza di urgenza e di emergenza*) del Codice deontologico prevede che «il medico assicura l'assistenza indispensabile, in condizioni d'urgenza e di emergenza, nel rispetto delle volontà se espresse o tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento se manifestate». Del resto, si consideri la tassatività dei requisiti propri dello stato di necessità, non sempre riscontrabili in quegli interventi medici che pure si profilano come delicati ed urgenti. Infatti, deve trattarsi di pericolo 1. attuale e non futuro; 2. non evitabile con

un diritto (art. 51 c.p.)<sup>80</sup> o nell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.: si pensi all'ipotesi dei trattamenti obbligatori)<sup>81</sup>.

Per converso, la disciplina di cui all'art. 5 c.c. dovrebbe circoscriversi, pena la sua incostituzionalità, a quegli atti di disposizione che non siano espressione dell'esercizio del diritto alla salute o di altri diritti di pari dignità costituzionale, bensì che siano manifestazione di attività diverse, di quella economica in particolare. Laddove si tratti, infatti, di preservare un bene di rango costituzionale quale la salute (nella specie, tramite un'attività terapeutica), non pare possibile ammettere limitazioni o mortificazioni da parte di una mera norma ordinaria.

Il secondo scoglio è l'art. 50 c.p., ovvero il concetto di "valida disponibilità", nonché, di conseguenza, la possibile qualificazione del diritto all'integrità fisica quale diritto di cui (appunto) «si possa validamente disporre»<sup>82</sup>. D'altra parte, ponendo mente alla successione cronologica e alla gerarchia delle fonti, si ricordi come la relazione del Guardasigilli al codice penale ritenga l'introduzione di tale scriminante un'utile risposta proprio alle «questioni gravissime» sollevate dal trattamento medico-chirurgico e dall'attività sportiva. Successivamente, con l'entrata in vigore del codice civile del 1942, si crede altresì di aver finalmente ed esattamente individuato l'ambito di tale disponibilità. In questo modo, viene negata efficacia scriminante al consenso prestato quanto a un diritto di cui il singolo non possa validamente disporre in ragione dell'irrimediabile compromissione

---

altro mezzo (la prestazione medica prescelta, quindi, dev'essere con certezza l'unica via per scongiurare il danno alla salute del paziente); 3. non volontariamente causato.

<sup>80</sup> In questo modo, si afferma la liceità dell'attività medica per la ragione che il legislatore l'ha normativamente autorizzata, riconoscendo, disciplinando e favorendo la professione medico-chirurgica e, quindi, attribuendo al sanitario un vero e proprio diritto d'agire.

<sup>81</sup> Il medico avrebbe, pertanto, l'obbligo giuridico, impostogli dalla legge professionale, di impedire il progresso della malattia del paziente o la sua morte. Cfr., poi, A. MANFREDI, *Responsabilità medica: raccolta ragionata di sentenze*, Mediamix, Milano, 1994, il quale esclude sì, per il consenso, la natura di scriminante nelle situazioni caratterizzate da indisponibilità, ma lo ritiene comunque elemento di cui il medico debba premunirsi affinché la sua attività sia lecita, in quanto attinente alla libertà personale, così come consacrata dalla Costituzione (art. 13).

<sup>82</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 14 febbraio 2006-4 aprile 2006, n. 11640, *Caneschi*, in *Riv. pen.*, 2007, p. 229, e in *Dir. gius.*, 2006, 20, p. 80: «l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento. Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, oltre che alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporale. Si tratta di profili tutti attinenti alla libertà personale, proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost. La mancanza del consenso del paziente o l'invalidità del consenso determinano l'arbitrarietà del trattamento medico chirurgico e, quindi, la sua rilevanza penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo. Da questo angolo visuale, il consenso dell'avente diritto, ancorché consapevolmente prestato, perde efficacia se si risolve in una menomazione permanente, la quale incide negativamente sul valore sociale della persona umana».

dell'integrità psicofisica conseguente. Si perviene, così, a risultati paradossali: è necessario dimostrare la natura permanente del pregiudizio arrecato; altrimenti, in presenza del consenso del soggetto passivo, il rischio è di scriminare sistematicamente comportamenti senz'altro lesivi – le cui conseguenze, tuttavia, non sono tali da perdurare nel tempo.

In definitiva, la giusta rotta interpretativa risiede nelle sicure acque della Carta costituzionale, con la tutela (anche grazie all'opera della dottrina e della giurisprudenza più sensibili) di un «super-diritto»<sup>83</sup> individuale alla salute, pienamente e perfettamente governato dalla volontà dell'interessato e non suscettibile di menomazioni se non in base ad un'espresa autorizzazione legislativa. Pertanto, più che il carattere permanente o meno della diminuzione all'integrità psicofisica, è il bilanciamento fra i diritti e i beni salvaguardati dalla Carta fondamentale a soccorrere il giurista, dove il diritto alla salute e all'inviolabilità della propria persona non sono strumentali che al conseguimento della salute stessa, nonché dei fini che più strettamente attengono alla realizzazione dell'individuo.

## 6. L'informazione

Il consenso, perché possa rappresentare veritiera espressione dell'autodeterminazione e della scelta individuale, dev'essere preceduto, naturalmente, da un'informazione "idonea". Peraltro, i *puncta dolentes* risiedono proprio nei contenuti che tale informazione deve presentare, nonché nelle forme e modalità con cui questa viene prestata al paziente. Al riguardo, così si esprime l'art. 33 (*Informazione e comunicazione con la persona assistita*) del Codice deontologico dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri del 18 maggio 2014 (Titolo IV, *Informazione e comunicazione. Consenso e dissenso*): «il medico garantisce alla persona assistita o al suo rappresentante legale un'informazione comprensibile ed esaustiva sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura. Il medico adegua la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale, corrispondendo a ogni richiesta di chiarimento, tenendo conto della sensibilità e reattività emotiva dei medesimi, in particolare in caso di prognosi

---

<sup>83</sup> L. SALAZAR, *Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica*, in *Cass. pen.*, 1983, pp. 53-62. V. anche G. ANZANI, *Gli "atti di disposizione della persona" nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 1; G. ALPA, A. ANSALDO (a cura di), *Le persone fisiche. Artt. 1-10*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 249, e M. BESSONE, G. FERRANDO, *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 200 ss.

gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza»<sup>84</sup>.

Certo, è evidente come l'informazione non possa risolversi in una dotta lezione di scienza del medico al proprio paziente (il quale, di norma, neppure sarebbe in grado di comprenderla), bensì come questa debba essere resa con un linguaggio chiaro e piano, in ogni caso adeguato al livello intellettuale e culturale del malato, laddove, peraltro, le qualità soggettive e l'eventuale competenza del beneficiario condizioneranno il *quomodo*, non certo l'*an* di tale comunicazione e spiegazione<sup>85</sup>. D'altra parte, un'informa-

---

<sup>84</sup> Per un commento relativo al consenso così come disciplinato dal Codice deontologico del 1998, v. E. CALÒ, *Il consenso del terzo al trattamento medico*, in *Danno e responsabilità*, 1999, pp. 861-870. Inoltre, cfr. il documento del Comitato Nazionale di Bioetica *Informazione e consenso all'atto medico*, 20 giugno 1992, in *Riv. it. med. leg.*, 1993, p. 171. Cfr. altresì Pret. Savigliano, 13 giugno 1934, in *Nuovo dir.*, 1934, p. 411, la quale già richiama «quel complesso di norme, chiamato codice deontologico, inserito in appendice all'albo dei medici chirurghi per l'anno 1934, pubblicato dall'Ordine dei medici chirurghi della provincia di Cuneo». In particolare, l'Ospedale di Savigliano conveniva in giudizio, per il pagamento dell'importo di un'operazione per cancro all'utero, il marito di una paziente morta proprio a séguito dell'intervento deciso ed effettuato dal primario, senza che fosse stata fornita alcuna preventiva informazione né all'ammalata né ai parenti: «l'infermo (...) è pur sempre titolare di quel bene che si chiama la sua salute, di cui, e specie dell'integrità del suo corpo, nessuno può disporre senza il suo sicuro consenso»; «qualora il medico voglia o debba, secondo la sua discrezionalità, compiere un atto che sia essenziale nella vicenda della salute, e specie se è operatorio, deve preavvertire l'infermo (...) a meno che, si capisce, l'intervento non sia suggerito da urgentissima e assoluta necessità e non ci sia modo di dare preavviso». V. A. BELLELLI, *Il codice deontologico medico e il suo valore giuridico*, in M. BARNI (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 21, e M. ZANA, *Responsabilità medica e consenso del paziente*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 26 ss. Cfr. altresì il d.p.c.m. 19 maggio 1995, *Schema generale di riferimento della "Carta dei servizi pubblici sanitari"* (Titolo II, *I diritti*, artt. 4-5-6), secondo cui «il paziente ha diritto di ottenere dal sanitario che lo cura informazioni complete e comprensibili in merito alla diagnosi della malattia, alla terapia proposta e alla relativa prognosi. In particolare, salvo i casi di urgenza nei quali il ritardo possa comportare pericolo per la salute, il paziente ha diritto di ricevere le notizie che gli permettano di esprimere un consenso effettivamente informato prima di essere sottoposto a terapie od interventi; le dette informazioni debbono concernere anche i possibili rischi o disagi conseguenti al trattamento (...). Il paziente ha, altresì, il diritto di essere informato sulla possibilità di indagini e trattamenti alternativi, anche se eseguibili in altre strutture».

<sup>85</sup> V. G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., pp. 71 ss.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., pp. 191 ss., e E. DANTAS, *Dilemmes bioéthiques: consentement informé, exercice de l'autonomie et analphabétisme fonctionnel. Le problème dans le contexte social brésilien*, in *Rév. gén. droit méd.*, 2009, 32, p. 243. Cfr. altresì D. LAMBERT, *Qu'est-ce qu'informer? Les théories sur l'information, applicables aux systèmes humains*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2016, 59, p. 19; L. BUSATTA, *La lingua quale fattore di integrazione nella tutela del diritto alla salute*, in *Oss. fonti*, 2016, p. 15, e T. KARSLI, M.K. KALRA, J.L. SELF, J.A. ROSENFELD, S. BUTLER, S. SIMONEAUX, *What Physicians Think About the Need for Informed Consent for Communicating the Risk of Cancer from Low-dose Radiation*, in *Pediatr. Radiol.*, 2009, p. 917. Riguardo, invece, al dovere d'informare il paziente-medico, v. Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1505, con commento di S. CACACE, *Medice, cura te ipsum? Il diritto all'informazione del paziente-medico (e qualche altra que-*

zione totalmente e brutalmente completa e veritiera appare inutile, ingestibile, perfino “terroristica”: infatti, un’elencazione dettagliata dei pericoli insiti nell’intervento, magari arricchita dalle relative percentuali di realizzazione di detti rischi, è priva di una reale attenzione e preoccupazione per il paziente destinatario<sup>86</sup>, il quale potrebbe addirittura pervenire ad un irrazionale rifiuto dell’operazione in questione, anche laddove oggettivamente opportuna<sup>87</sup>.

---

*stione sul consenso al trattamento*); in *Dir. giust.*, 2012, p. 962, con nota di A.M. BASSO, *Necessario il consenso informato anche del paziente-medico*, e in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 743, con nota di S. CLINCA, *Ragionamento presuntivo e consenso informato: il no della Cassazione al “consenso presunto” nel caso del paziente-medico*. Similmente, cfr. *Cass. civ.*, Sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220, in *www.dirittoegiustizia.it*, 4 settembre 2013, con annotazioni di F. VALERIO, *L’elevato livello culturale del paziente non esime il medico dall’obbligo di fornire adeguate informazioni: il modulo prestampato non basta*; in *Giur. it.*, 2014, p. 277, con commento di F. SALERNO, *Consenso informato in medicina e qualità soggettive del paziente*, e in *Giust. civ.*, 2013, p. 2349, con nota di E. CARBONE, *Obbligo informativo del medico e qualità professionali del paziente: «L’elevato livello culturale del paziente non esime il medico dall’obbligo di fornire adeguate informazioni; è irrilevante la qualità del paziente al fine di stabilire se vi sia stato o meno consenso informato, la stessa potendo incidere solo sulle modalità di informazione, che devono essere adeguate al livello culturale del paziente, con l’adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone» (nella specie, il paziente era un avvocato)*. V. anche *Cass. civ.*, Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 2177, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1359, con note di richiami, e in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1287, con commento di I. RICCETTI, *Consenso informato: quale ruolo gioca il livello culturale del paziente e l’aver già subito un intervento analogo?*. *Contra*, v. *Trib. Monza*, 7 dicembre 2002, n. 3622, in *Riv. giur. pol.*, 2002, p. 796: «nel caso in cui il paziente sia anche di professione medico e, quindi, in grado certamente più di un “quisque de populo” di comprendere le tecniche dell’operazione e di valutarne i rischi e le conseguenze, non può essere lamentata una insufficiente informazione sulle conseguenze del tipo di intervento chirurgico, a maggior ragione se da parte dello stesso sia stato sottoscritto il cd. “consenso informato”».

<sup>86</sup> Cfr. *Trib. Milano*, 29 marzo 2005, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 544, con commento di A. LANOTTE, *L’obbligo d’informazione: adempimento di un “dovere burocratico”?*, nonché le obiezioni di R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Cedam, Padova, 1975, p. 69: «(...) Non si capisce perché proprio per i medici si voglia richiedere un’informazione tanto intensa da coprire tutte le possibili conseguenze atipiche del fatto rischioso, e cioè un obbligo d’informazione diverso da quello che si chiede a tutte le altre categorie di persone che pongono in essere una condotta pericolosa. Quando mai si è preteso che un pugile informi l’avversario che un suo pugno può provocargli un’emorragia cerebrale, o che l’organizzatore di una gara motociclistica avverta prima i concorrenti che la loro caduta può provocare un’infezione tetanica? Perché proprio dal medico si pretende la preventiva informazione del paziente che l’intervento chirurgico potrebbe – ad esempio – provocare una embolia?». Cfr. J. CLARKE, S. OAKLEY, *Informed Consent and Clinician Accountability. The Ethics of Report Cards on Surgeon Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, e O. LACCOURREYE, R. CAUCHOIS, Ph. TOURAINÉ, A. GARAY, A. BOURLA, *Information orale et chirurgie programmée pour pathologie tumorale bénigne de la glande thyroïde: le point de vue du chirurgien, du médecin, de l’avocat, et du magistrat*, in *Méd. droit*, 2005, p. 161.

<sup>87</sup> V. M. FABRE-MAGNAN, *De l’obligation d’information dans les contrats: essai d’une théorie*, LGDJ, Parigi, 1992, pp. 140 ss., che ricorda come il contraente a conoscenza di un

Si tratta, certo, di territorio dominato da incessante lavoro giurisprudenziale<sup>88</sup>, impegnato nella complessa precisazione, di volta in volta, di tale dovere d'informazione, in relazione ai rischi e all'alea caratterizzanti il trattamento sanitario considerato, nonché a seconda delle condizioni di salute del paziente ed, infine, delle sue caratteristiche sociali, culturali, psichiche e fisiche.

Prima di tutto, venendo al *quantum* dell'informazione, la difficoltà attinge, in special modo, ai rischi "anomali" (*ergo*: a realizzazione più o meno "eccezionale") e gravi, poiché tali da inficiare seriamente vita o integrità psicofisica. In altri termini, trattasi di ipotesi in cui l'esecuzione dell'intervento della fattispecie concreta è avvenuta *secundum leges artis* (in mancanza di una ravvisabile imperizia, imprudenza o negligenza sanitaria), ma in assenza di un'adeguata informativa circa i rischi connessi, statisticamente prevedibili. Orbene, la responsabilità del medico è tanto più dubbia quanto più il pericolo, taciuto al malato ed in seguito malauguratamente verificatosi, si attesti su ridotte percentuali di realizzazione<sup>89</sup>. Al

---

fatto legato all'oggetto del contratto non abbia il dovere d'informarne la controparte se detta notizia non è idonea a porre chiarezza, bensì, al contrario, se questa è suscettibile d'indurre in errore e d'indirizzare verso una decisione inadeguata.

<sup>88</sup> Già nel 1967 (Cass. civ., Sez. III, 25 luglio 1967, n. 1950, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Responsabilità civile*, n. 312), i giudici di legittimità affermano come, in caso d'intervento rischioso (tale da porre in serio pericolo la vita o l'incolumità fisica del paziente), gravi sul medico uno specifico dovere professionale d'informazione. Ciò in ragione della necessità che il malato renda validamente (ovvero consapevolmente) il proprio consenso, in quanto unico arbitro della propria vita e integrità fisica. Detta decisione viene puntualmente ripresa, poi, da Cass. civ., Sez. III, 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1389, la quale prospetta un'ipotesi di circostanza aggravante della colpa, poiché la violazione del dovere d'informazione «da sola non sarebbe stata idonea a costituire in colpa il prof. (...), tuttavia, insieme alla eventuale difettosità od inadeguatezza della prestazione professionale, sarebbe stata un elemento che avrebbe ulteriormente aggravato la colpa del professionista». Per un'attenta analisi dell'evoluzione giurisprudenziale e un ampio studio comparatistico, si veda U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit.

<sup>89</sup> Cfr. App. Genova, 5 aprile 1995, in *Danno e responsabilità*, 1996, p. 215, con commento di R. DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*, ove viene affermata la responsabilità della struttura sanitaria per il decesso del paziente, avvenuto a séguito di angiografia carotidea con liquido di contrasto (realizzata, d'altra parte, *secundum leges artis*). Peraltro, i dati del C.T.U. circa i casi mortali verificatisi in séguito all'iniezione di mezzi di contrasto jodati si collocavano attorno a percentuali largamente inferiori all'1%: in particolare, la statistica di 2293 angiografie cerebrali eseguite nella Clinica neurologica di Genova dall'ottobre 1965 al dicembre 1975 riportava 10 casi mortali (0,43%), 5 complicazioni permanenti (0,21%) e 30 complicazioni transitorie (1,30%). Proprio in relazione a questi dati, inoltre, la consulenza tecnica d'ufficio conclude per l'assenza di prova circa una negligenza, imprudenza o imperizia nell'esecuzione della carotidografia. In séguito, la sentenza viene confermata in sede di legittimità: v. Cass. civ., Sez. III, 24 settembre 1997, n. 9374, in *Giust. civ.*, 1997, p. 1762; in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 78, con nota di C. MARTORANA, *Brevi osservazioni su responsabilità civile e obbligo di informazione*, e in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 821, con commento di F. INTRONA, *Consenso informato e rifiuto ragionato. L'informazione dev'essere dettagliata o sommaria?*, il quale ultimo sottolinea come, al fine di evitare la condanna

riguardo, peraltro, la Corte di cassazione<sup>90</sup> ha escluso che il medico debba comunicare persino gli esiti «anomali, al limite del fortuito», irrilevanti secondo l'*id quod plerumque accidit*, proprio onde evitare che il paziente, estremamente informato, rifiuti (c.d. *réaction dangereuse*) anche «un banale intervento», a fronte di una qualsiasi remotissima, sfortunata eventualità. D'altra parte, non può passare sotto silenzio il rischio «prevedibile», ivi compresi quegli effetti collaterali a «ridotta» realizzazione, ma capaci di incidere gravemente sulla salute o sulla vita del malato. In questo modo, l'estensione dell'informativa è soggetta agli esiti di un bilanciamento fra valori diversi, talora contrapposti, ma egualmente funzionali alla libertà di scelta, quali la piena consapevolezza dell'interessato e la sua stessa serenità decisionale<sup>91</sup>. Così, se un «mero calcolo statistico»<sup>92</sup> non può fare, da solo, la differenza, è anche la «gravità» del rischio a non essere univocamente individuabile: in caso di prospettiva giudiziale «aprioristica», infatti, si terrà conto di tutti quei pericoli astrattamente suscettibili di deter-

---

al risarcimento del danno, il medico avrebbe dovuto comunicare al paziente la natura della sua malattia (stenosi carotidea progressiva con progressiva ischemia cerebrale) e, di conseguenza, la necessità di procedere ad una carotidografia, nonché il rischio di morte legato a quest'indagine radiologica (pari allo 0,43%, s'è visto). È evidente, peraltro, (continua l'Autore) come qualsiasi persona di buon senso avrebbe accettato un rischio di morte infinitesimale, al fine di ottenere il 99,57% di probabilità di chiarire e curare nel migliore dei modi la propria situazione clinica, caratterizzata da una pericolosa ed ingravescente malattia. Cfr. altresì A. QUESADA SÁNCHEZ, *Consentimiento informado: distinción entre frecuencia y previsibilidad*, in *Rev. resp. civ. circ. seg.*, 2009, 9, p. 43, e I. BURÓN GARCÍA, *Exigencia de información en el marco de la responsabilidad sanitaria. Análisis de la relevancia de este requisito en las diferentes jurisdicciones*, *ivi*, 2008, 7, p. 6.

<sup>90</sup> Cass. civ., Sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, c. 771, con nota di A. PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso "globale" e responsabilità del professionista*; in *Danno e responsabilità*, 1997, p. 178, con commento di V. CARBONE, *Il consenso all'operazione vale come consenso all'anestesia?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 577, con commento di A. FUSARO, *Il consenso all'anestesia non si presume*, e in *Giur. it.*, 1998, p. 37, con nota di F. CAGGIA, *In tema di responsabilità del medico*. Allo stesso modo, cfr. Cass. civ., Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638, in *Ragiusan*, 2005, p. 392, con nota di C.M. BRANCA, *Ancora in tema di consenso informato*, e in *Giur. it.*, 2005, p. 1395, con commento di M. D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*.

<sup>91</sup> Parimenti, cfr. Trib. Napoli, 30 gennaio 1998, inedita. Riguardo ad una tonsillectomia con esiti mortali, cfr. Cass. civ., Sez. III, 11 dicembre 2013, n. 27751, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 324, con commento di POSTERARO, *È risarcibile la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente per consenso invalido a prescindere dal danno biologico conseguente alla prestazione: il medico ha l'obbligo di rappresentare tutti i rischi (anche quelli straordinari) con l'unico limite della loro imprevedibilità*, la quale delinea «l'obbligo di fornire al paziente (...) tutte le informazioni scientificamente possibili sull'intervento chirurgico (...), sulle conseguenze normalmente possibili sia pure infrequenti (tanto da apparire "straordinarie") (...). Infatti, deve essere riservata al paziente (...) ogni valutazione comparativa del bilancio rischi-vantaggi, specialmente quando il male da estirpare non sia particolarmente grave, l'intervento operatorio non sia particolarmente urgente, ed i rischi connessi ad esso siano presenti, anche se statisticamente eccezionali e di scarso rilievo».

<sup>92</sup> Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, cit.

minare e condizionare la decisione del malato, mentre una rappresentazione *a posteriori* considererà l'effettiva importanza delle complicazioni e l'entità delle conseguenze concretamente verificatesi.

L'informazione, inoltre, deve altresì vertere su tutte le operazioni preparatorie e successive all'intervento, laddove dotate di una loro autonomia gestionale e responsabili, eventualmente, di diversificate scelte operative<sup>93</sup>: in questo senso, per esempio, la volontà del paziente si esprime anche sulle differenti tecniche anestesilogiche possibili, ciascuna naturalmente connotata da un proprio coefficiente di rischiosità<sup>94</sup>. La necessità di un consenso consapevole ed informato s'impone, allora, sotto un duplice profilo: uno, diacronico, relativo alla fase preliminare e diagnostica, prodromica rispetto all'intervento chirurgico e allo stadio post-operatorio; l'altro, analitico, concernente le singole attività accessorie, indispensabili all'intervento chirurgico in senso stretto, ma dotate dell'autonomia di cui sopra, come, esattamente, la stessa anestesia<sup>95</sup>.

Riguardo, poi, alle «possibili reazioni negative sull'organismo» dell'intervento, nonché ai rischi e alle conseguenze pregiudizievoli suscettibili di manifestazione in sede post-operatoria, il professionista è altresì tenuto ad indicare e consigliare condotte o accorgimenti tali da minimizzare i disagi o i pericoli segnalati: così, per esempio, è stata affermata la responsabilità del dentista che abbia taciuto alla paziente «precise indicazioni circa il comportamento da tenere una volta rientrata a casa»<sup>96</sup>. D'altra parte, e in considerazione di una serie di studi statistici, si è altrove<sup>97</sup> esclusa la responsabilità dell'odontoiatra per difetto d'informazione, poiché la comunicazione medico-paziente deve concernere sì le «eventuali conseguenze dirette dell'intervento», ma non certo quegli «eventi dannosi conseguenti ad attività imprevedibili (in quanto contrarie a specifiche istruzioni rice-

---

<sup>93</sup> Si affrontano problemi analoghi in App. Bologna, 15 gennaio 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1282, con commento di F. BUZZI, A. FLORES, *Ancora sull'obbligo di informazione nei confronti del paziente: questa volta in relazione al rischio di contagio virale da plasmiferesi*, dove un paziente contrae il virus dell'epatite C a causa di una donazione con aferesi. In particolare, il soggetto lamenta una carente informazione sia circa i rischi di contagio insiti nella plasmiferesi sia relativamente all'esistenza di metodiche alternative (caratterizzate dall'utilizzo di soluzioni di albumina anziché di plasma fresco congelato), esenti da tali pericoli.

<sup>94</sup> V. Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, cit., ove sotto accusa è proprio la mancata informazione circa i rischi di un'anestesia realizzata mediante puntura lombare.

<sup>95</sup> Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, cit.

<sup>96</sup> Trib. Trento, 18 novembre 1999, citata da U. IZZO, G. PASCUZZI (a cura di), *La responsabilità medica nella Provincia autonoma di Trento. Il fenomeno, i problemi, le possibili soluzioni*, Provincia Autonoma di Trento, Trento, 2003, p. 109. Nella fattispecie, l'anziana paziente, una volta tornata a casa dopo un lungo intervento, peraltro comportante l'effettuazione di svariate anestesie, cade, così procurandosi un trauma cranico.

<sup>97</sup> Trib. Trento, 16 maggio 1996, menzionata da U. IZZO, G. PASCUZZI (a cura di), *La responsabilità medica nella Provincia autonoma di Trento*, cit., p. 110.

vute dal sanitario e di accadimento statistico incerto)» del malato.

Inoltre, per quanto concerne, in particolare, l'attività più propriamente chirurgica, tra gli obblighi d'informativa rientra la possibile presenza sul territorio di medici dotati di un miglior grado di specializzazione in un determinato settore o, comunque, di una maggiore e comprovata esperienza professionale nel campo di specie. Peraltro, tale comunicazione assumerebbe rilevanza non solo in quelle ipotesi che richiedano una specifica preparazione, ma altresì laddove il chirurgo sia consapevole di non essere in grado di affrontare l'operazione<sup>98</sup>. Similmente, il paziente dev'essere informato sulle carenze ospedaliere eventualmente riscontrabili nella struttura sanitaria in cui viene ricoverato. Di conseguenza, è stato affermato<sup>99</sup> che, nonostante il primario non possa essere chiamato a rispondere di ogni evento dannoso che si verifichi in sua assenza nel reparto affidato alla sua responsabilità, la contingente mancanza di un'apparecchiatura necessaria, per quanto a lui non imputabile, non lo esime dal dovere di adottare o controllare che siano adottati i possibili accorgimenti sostitutivi, nonché di informare la paziente, nel caso di specie, del maggior rischio connesso ad un parto privo dell'ausilio di un cardiocitografo e ciò anche in assenza, nella legislazione nazionale, di uno *standard* di riferimento degli strumenti di cui una struttura sanitaria pubblica debba necessariamente disporre. In questo senso, allora, il medico non solo deve informare l'utente riguardo al rischio connesso ad un certo *deficit* organizzativo o strumentale, ovvero legato alla mancanza di personale con una specializzazione adeguata alla delicatezza del caso di specie, ma deve altresì saper indicare al paziente una struttura alternativa cui rivolgersi. Del resto, la sussistenza di simile obbligo, della cui violazione rispondono sia il medico sia la struttura, discende dalla configurabilità di una situazione di prevedibile rischio correlato alle particolari condizioni del ricoverando,

---

<sup>98</sup> G.M. RICCIO, *La responsabilità del chirurgo*, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), *Professioni e responsabilità civile*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 1094.

<sup>99</sup> Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 940, con nota di M. GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità "sanitaria"*; in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 154, con commento di G. CASSANO, *Obbligo di informazione, relazione medico-paziente, difficoltà della prestazione e concorso di responsabilità*, e in *Guida al dir.*, 3 giugno 2000, p. 18. D'altra parte, v. le obiezioni avanzate da A. FIORI, G. LA MONACA, *L'informazione al paziente ai fini del consenso: senza più limiti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 1302. Similmente, cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 1104, con nota di G. COMANDÈ, *Il "vademecum" della Corte di cassazione sul danno alla persona e sulle c.d. "tabelle"*; *ivi*, 2000, p. 157, con nota di M. GRONDONA, *Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto*, e in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 996, con commento di M. GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, e Cass. civ., Sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2970, con nota di A. LANOTTE, *In tema di responsabilità medica*. Similmente, v. Cass. civ., Sez. III, 27 agosto 2014, n. 18304, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1439.

cui la concreta, anche contingente organizzazione dell'ospedale potrebbe non essere in grado di fronteggiare. Di conseguenza, per esempio, laddove il sanitario sappia (o debba sapere) che, per le particolari (previste o prevedibili) condizioni del nascituro, si renderà necessario, con un *discreto margine di probabilità*, l'impiego del cardiocitografo e, ciò nonostante, ometta d'informare la gestante che, seppure per un caso fortuito non addebitabile ad alcuno, quello strumento non è utilizzabile, espone la partoriente ad un inutile rischio, agevolmente evitabile, invece, con un ricovero in un ospedale vicino, dotato dell'apparecchiatura idonea a scongiurare il tragico evento<sup>100</sup>. Trattasi, invero, della mera applicazione del criterio paradigmatico della colpa, in ragione della motivata prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso. Così, sono i limiti stessi del dovere d'informazione (ampiamente inteso e non circoscritto alle carenze ospedaliere) a doversi rintracciare nei rischi attesi e nelle controindicazioni prevedibili<sup>101</sup>, laddove il criterio della prevedibilità, però, sembra corrispondere più ad un'analisi di tipo statistico che ad una valutazione basata sulla ragionevolezza dell'*id quod plerumque accidit*. In altri termini, il medico è esonerato da responsabilità per carente informazione laddove sia in grado di dimostrare che la comunicazione di quel rischio non poteva essere ricompresa nel paradigma del diligente adempimento del caso concreto, proprio perché trattavasi di eventualità non prevedibile, dovendosi così prescindere, infine, da una valutazione in termini di maggiore o minore ricorrenza statistica<sup>102</sup>. L'informazione, in questo senso, non potrebbe essere previamente "scremata", mentre sarà il solo titolare del diritto esposto a do-

---

<sup>100</sup> Cfr. altresì il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *GU*, n. 80, 5 aprile 2013. V. C. TUBERTINI, *Gli obblighi di pubblicità e trasparenza nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 325 ss.

<sup>101</sup> Trib. Trento, 16 maggio 1996, cit. Cfr. altresì Cass. pen., Sez. IV, 8 maggio 2008-1° agosto 2008, n. 32423, in *Rass. dir. farm.*, 2008, p. 730, riguardo ai rischi insiti nella somministrazione di una determinata sostanza, non conosciuti all'epoca del trattamento. Ciononostante, la Corte comunque individua la violazione di un obbligo d'informazione, in particolare circa la generica «possibilità che l'introduzione nel derma di sostanze estranee possa provocare la formazione di granulomi anche a distanza di tempo», circostanza, questa, invece già nota.

<sup>102</sup> Così, cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 settembre 2014, n. 19731, in *Banca Dati De Jure*: «la erronea applicazione della Corte in tema di principi del consenso informato è duplice in quanto: da un lato presuppone che il consenso informato non debba investire anche i rischi dell'intervento sanitario allorché essi non siano letali, pur avendo un alto livello di probabilità statistica (50 per cento) e, d'altro lato, ritiene non dovuta la informazione in presenza di una percentuale statistica di mortalità dell'uno per cento, perché fenomeno prossimo al fortuito, mentre la valutazione del rischio appartiene al titolare del diritto esposto, e cioè al paziente e costituisce una operazione di bilanciamento che non può essere annullata in favore della parte che interviene sia pure con intenti salvifici».

ver soppesare i rischi presenti. Ciò – è evidente – nell'ambito di scelte cliniche che, comunque, solo il medico è tenuto ad operare, rispetto al trattamento da realizzare e a quello, quindi, da proporre al proprio paziente, per la natura stessa della professione che esercita e all'interno di una relazione che è pur sempre (e non potrebbe essere altrimenti) fiduciaria. Certo, quanto più il rapporto rischi/benefici si presenta come problematico, maggiore sarà il grado di consapevolezza e di ponderazione che il malato dovrà auspicabilmente raggiungere: così, per esempio, riguardo alla c.d. chemioterapia di mantenimento, non esente da pericoli anche molto gravi e da effettuarsi su paziente oncologico in fase di remissione completa della patologia. D'altro canto, non è detto che l'ammalato estremamente conscio sia altresì in grado di prendere una decisione: ancora una volta, quindi, sarà la fiducia nel medico che lo consiglia ad indicargli la soluzione, nel coniugio – di cui sopra – fra opportunità clinica ed esigenze o caratteristiche individuali.

Coerentemente, l'ampiezza e l'intensità del dovere d'informazione diversamente si atteggiano in relazione alla tipologia dell'intervento di cui di volta in volta si tratta, nonché a motivo della natura ordinaria e comune di alcune prestazioni mediche, oramai parte integrante del patrimonio conoscitivo e culturale della maggior parte dei pazienti. Al ricorrere di tali condizioni, infatti, l'informativa può eventualmente passare in secondo piano, eccezion fatta per l'ipotesi in cui il sanitario «si avveda della mancata consapevolezza od assoluta "ignoranza" del paziente delle più elementari nozioni medico sanitarie»<sup>103</sup>.

In definitiva e riassumendo, è un esalogo informativo quello delineato dalla giurisprudenza<sup>104</sup>, laddove il medico, allora, deve comunicare: 1. la natura dell'intervento chirurgico<sup>105</sup>. Al riguardo, inoltre, si è visto come, nell'ipotesi di operazioni particolarmente complesse e specie nel lavoro d'*équipe*, nonché al ricorrere di «rischi specifici e distinti», il dovere d'informazione si estenda anche alle singole fasi caratterizzanti l'atto sanitario, se contraddistinte da una propria autonomia gestionale e dalla possibilità di scelte operative diversificate (alle quali corrispondano, altresì, pericoli di differente natura ed intensità)<sup>106</sup>; 2. la portata ed estensione dei risultati ottenibili; 3. la possibilità e probabilità di questi stessi risultati; 4. i rischi prevedibili dell'intervento, inclusi quelli con scarsa probabilità statistica di realizzazione, ma esclusi quelli anomali<sup>107</sup>; 5. la situazione con-

---

<sup>103</sup> A. BALDASSARRI, S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, II, cit., p. 1259.

<sup>104</sup> Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, cit.

<sup>105</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 2 luglio 2010, n. 15698, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

<sup>106</sup> Similmente, v. Cass. civ., Sez. III, 24 settembre 1997, n. 9374, cit. Cfr. A. VALSECCHI, *Informazione e acquisizione del consenso del paziente nell'équipe medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, p. 337.

<sup>107</sup> Cfr. altresì Trib. Bologna, 13 aprile 2006, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

creta della struttura ospedaliera dove viene eseguita l'operazione, «in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature e al loro regolare funzionamento», affinché il paziente possa decidere non soltanto se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere il trasferimento in un'altra; 6. i rischi specifici connessi a possibili scelte alternative<sup>108</sup>.

Certo, è pur vero che la necessità di decisioni rapide, spesso adottate in condizioni di assoluta urgenza, la realtà di un medico, soprattutto ospedaliero, impegnato nella cura simultanea di numerosissimi pazienti, la difficoltà o impossibilità di spiegare in termini tecnici complesse situazioni cliniche e la riluttanza del personale sanitario a considerare *tempo ben speso* quello impiegato per la comunicazione rischiano di vanificare la bontà e validità dei requisiti elaborati da giurisprudenza e dottrina ai fini di una corretta e idonea informazione. Peraltro, la comune esperienza insegna altresì il timore reverenziale nutrito dal malato nei confronti del personale sanitario e la conseguente ritrosia dello stesso paziente a domandare delucidazioni, anche dinanzi ai verbosi, spesso oscuri, moduli del consenso informato. Pertanto, perché l'informativa "funzioni", con i contenuti appena enunciati, anche nei corridoi degli ospedali, al capezzale degli ammalati o sulla soglia della sala operatoria, è necessario uno sforzo di umanizzazione del rapporto medico-paziente e di vera e propria responsabilizzazione individuale sulle scelte di ordine sanitario, senza mai cedere alla più facile tentazione di giustificare, dinanzi alla sfaccettata realtà quotidiana, un ruolo decisionale predominante, se non esclusivo, del professionista<sup>109</sup>.

## 7. La responsabilità contrattuale da difetto informativo

Già trent'anni orsono, la Corte di cassazione sosteneva che «il dovere di informazione attiene elettivamente alla fase precedente la stipulazione del contratto, quale espressione del principio di buona fede che domina siffatta fase (...); c'è da soggiungere che, ove, pur essendo mancata l'informazione, il contratto sia stato stipulato in effetti, quel dovere viene a permeare il contenuto; e la violazione – secondo autorevole dottrina confortata dalla giurisprudenza – dà luogo a vera e propria responsabilità con-

---

<sup>108</sup> Cfr. App. Cagliari, 4 settembre 2003, in *Riv. giur. sarda*, 2004, p. 393, con commento di S. MASALA, *Consenso informato del paziente all'intervento chirurgico e responsabilità del medico*.

<sup>109</sup> Per quanto concerne la comunicazione medico-paziente, v. G. BERT, S. QUADRINO, *Il medico e il counseling*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 1989, specie pp. 51 ss., ove si sottolinea come l'atteggiamento (verbale e non) del professionista influenzi direttamente lo stesso livello di *compliance* mostrato dal malato.

trattuale e a conseguente risarcimento del danno, commisurato all'interesse c.d. positivo dell'altro contraente»<sup>110</sup>. In questo modo, allora, l'antinomia contrattuale/precontrattuale è già risolta, «vuoi perché l'informazione può costituire oggetto proprio ed esclusivo del contratto, vuoi perché, una volta che questo sia concluso, la responsabilità precontrattuale verrebbe comunque assorbita in quella contrattuale»<sup>111</sup>.

In altri termini, il dovere d'informare rileva senz'altro nella fase delle – impropriamente – trattative, quale naturale espressione di un comportamento secondo buona fede *ex artt.* 1337 e 1338 c.c.<sup>112</sup>; infine, però, in caso di effettiva stipulazione del contratto d'opera professionale (anche laddove, quindi, non si voglia far sempre coincidere l'*incipit* del rapporto contrattuale con il primo contatto medico-paziente), il consenso diviene elemento essenziale di tale contratto e la responsabilità connessa ad un eventuale difetto d'informazione/consenso acquista una natura certamente contrattuale<sup>113</sup>. L'informativa, peraltro, rappresenta un impegno che na-

---

<sup>110</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 1985, n. 4394, in *Corr. giur.*, 1985, p. 1222, con nota di C. MALINCONICO, *Bisturi selvaggio*; in *Giur. it.*, 1987, I, p. 1222, con nota di M. ROMANO, *Considerazioni in tema di responsabilità contrattuale del medico per violazione del dovere di informazione*; in *Foro it.*, 1986, I, c. 121, con nota di A. PRINCIGALLI, *Chirurgia estetica e responsabilità civile*, e in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1432, con nota di M. COSTANZA, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*.

<sup>111</sup> M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 325. In proposito, cfr. altresì R. OMODEI SALÈ, *La responsabilità civile del medico per trattamento sanitario arbitrario*, in *Jus civ.*, 2015, p. 798; E. PALMERINI, *Il danno da violazione del consenso informato*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 529, e L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 513.

<sup>112</sup> Cfr. C. LEGA, *Il dovere del medico di informare il paziente*, in *Riv. dir. lav.*, 1960, p. 206 ss., ove l'Autore altresì sottolinea che «il conferimento dell'incarico da parte del cliente è una manifestazione unilaterale di volontà che ha per oggetto la prestazione di opera professionale (...), la quale non viene però precisata se non molto genericamente (...), cioè con riguardo alla mera competenza tecnica del professionista». Ciò perché il malato ancora «non sa con precisione da quale male è afflitto, quali siano i rimedi necessari e quant'altro si riferisce alla cura e pertanto l'incarico che egli confida al medico ha un contenuto assai vago che a lui stesso sfugge». V. anche M. FRANZONI, *La responsabilità del medico fra diagnosi, terapia e dovere d'informazione*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 584, e N. CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>113</sup> P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Utet, Torino, 1998, p. 390 ss. Cfr. Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, cit.; Cass. civ., 25 novembre 1994, n. 10014, cit., e App. Bologna, 21 novembre 1996, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 586, e in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 374, con nota di C. MARTORANA, *Considerazioni su informazione del paziente e responsabilità medica*. Al riguardo, cfr. C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno, V, Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 126, secondo il quale il ricorso agli schemi della mera *culpa in contrahendo* appare, in materia, «immediatamente riduttivo se non falso», considerando le origini genuinamente costituzionali dell'inviolabilità della libertà personale e della necessità del consenso individuale (*ex art.* 13 Cost.), nonché «alla stregua dell'idea che il rapporto contrat-

turalmente non si esaurisce, per il professionista, al momento dell'acquisizione del consenso al trattamento, ma che permea, nel quadro di una proficua alleanza terapeutica medico-paziente, l'intero percorso clinico, quale aspetto ineliminabile della diligenza sanitaria ed imperativo non solo deontologico, il quale connota ciascun passaggio e snodo della prestazione, proprio al fine di evitare un pregiudizio qualsiasi al malato<sup>114</sup>. Inoltre, non è possibile assimilare questo dovere del sanitario a quello di qualsivoglia altro contraente (così circoscritto alle cause d'invalidità, inefficacia o

---

tuale è già iniziato sin dal momento in cui il paziente si è affidato alle mani del medico o alla struttura sanitaria». Configura il consenso informato quale «obbligo contrattuale del medico» Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2009, n. 20806, in *www.personaedanno.it*, con annotazione di N. TODESCHINI, *Il dovere d'informare il paziente è dovere contrattuale. Ex pluribus*, asseriscono altresì la natura contrattuale di tale obbligo: App. Milano, 2 maggio 1995, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1421, e Cass. civ., Sez. III, 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, I, c. 1980, la quale ultima precisa come il contratto d'opera professionale si concluda quando il medico, su richiesta del proprio cliente, accetti di esercitare la propria attività in relazione al caso prospettato. Tale attività, in particolare, si scinde sempre in due fasi, una preliminare e diagnostica, basata sul rilevamento dei dati sintomatologici, l'altra, successiva, terapeutica o di intervento chirurgico, determinata dalla prima: «(...) 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 ad ottenere un consapevole consenso del cliente alla prosecuzione dell'attività professionale, non può non rientrare nella complessa prestazione; per cui la responsabilità derivante dalla omessa informazione è "contrattuale", attenendo alla prestazione professionale, e non già precontrattuale, come erroneamente ritenuto dal ricorrente». Così anche Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 783, con commenti di S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 685, con commento di R. SIMONE, *Consenso informato e onere della prova*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1013, con nota di M. GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*; in *Giur. it.*, 2011, p. 816, con commento di G. CHIARINI, *Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*; in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201, con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; in *Contr. impr.*, 2010, p. 653, con commento di C. PIRRO, *Sulla mancata acquisizione del consenso informato da parte del medico*, e in *Foro it.*, 2010, I, c. 2113, con note di richiami di R. SIMONE. Infine, v. Cass. civ., Sez. II, 8 aprile 2013, n. 8527, in *www.dirittoegiustizia.it*, 8 aprile 2013: «Il consenso informato non attiene alla validità del contratto d'opera professionale e, in particolare alla diagnosi della situazione del paziente ed alla scelta della terapia, ma al trattamento sanitario necessario per l'attuazione della stessa; l'inosservanza del menzionato obbligo di attenersi al consenso informato trova la sua sola sanzione in una responsabilità (contrattuale) del sanitario (...).», e Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2011, n. 1105, in *Danno e responsabilità*, 2012, p. 516, con commento di V. MONTANI, *Violazione del consenso informato e nesso di causalità*.

<sup>114</sup> C. CATENI, V. FINESCHI, *Ecografia ostetrica e negata informazione alla madre di malformazioni fetali: è tale da configurare il rifiuto di atti d'ufficio?*, nota a Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 1997, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 123 (nonché in *Foro it.*, 1997, II, c. 771, con note di richiami di A. LA SPINA). Similmente, Trib. Firenze, 7 gennaio 1999, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 157.

inutilità del contratto), poiché tale informazione concorre alla costruzione delle fondamenta stesse della liceità dell'operato medico, dal punto di vista penale, civile e disciplinare. Infatti, oggetto di un'eventuale violazione possono essere non tanto e non solo la libertà (art. 1321 c.c.) e l'autonomia (art. 1322 c.c.) contrattuali, ma, soprattutto, la libertà personale e l'integrità psicofisica del paziente (artt. 13 e 32 Cost.), quali interessi anche penalmente tutelati<sup>115</sup>.

Del resto, se l'importanza dell'etichetta contrattuale/precontrattuale si manifestava tutta, in passato, nella commisurazione del danno eventualmente realizzatosi in capo al paziente (interesse c.d. positivo/negativo)<sup>116</sup>, si è successivamente passati a prospettare, per converso, un'ipotesi di cumulo o concorso di responsabilità, proprio in ragione del coinvolgimento dei diritti inviolabili appena menzionati<sup>117</sup>. Naturalmente, infatti, il dove-

---

<sup>115</sup> M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam, Padova, 2013, pp. 897 ss. Cfr. anche G. MIOTTO, *La "struttura" dei danni da omissione del "consenso informato"*, in *Dir. civ. cont.*, 21 luglio 2015; A. BORRETTA, *Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 906; A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2011, pp. 199 ss.; U. CARNEVALI, *Omessa informazione da parte del medico, danno da trattamento terapeutico e ipotetica scelta del paziente*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, I, p. 2181; G. GUERRA, *Lo «spazio risarcitorio» per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2010, II, p. 625, e C. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 6.

<sup>116</sup> «La culpa in contrahendo determina la risarcibilità del solo "interesse contrattuale negativo" costituito sia dalle spese inutilmente effettuate in vista della conclusione del contratto, sia della perdita di ulteriori occasioni nei confronti di altre possibili stipulazioni di altro contratto ugualmente o più vantaggioso del primo e pertanto non può comprendere anche il c.d. danno biologico e alla vita di relazione»: Cass. civ., 11 aprile 1994, n. 649, inedita, menzionata da M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., p. 980.

<sup>117</sup> Cass. civ., Sez. III, 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Giust. civ.*, 1997, p. 1862, e in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 668, con nota di G. CITARELLA, *Obblighi d'informazione e responsabilità del chirurgo plastico*. Parimenti, Trib. Milano, 14 maggio 1998, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, pp. 1129-1163, con commento di A. FIORI, *Per un riequilibrio tra dovere di globale beneficiabilità nella prassi medica ed esigenze del diritto in tema di consenso informato*; in *Resp. civ. prev.*, 1998, pp. 1623-1642, con nota di B. MAGLIONA, *Libertà di autodeterminazione e consenso informato all'atto medico: un'importante sentenza del Tribunale di Milano (nota a sent. Trib. Milano 14 maggio 1998, R.C. e altro c. Osp. S. Raffaele)*; *ivi*, 1999, pp. 487-502, con commento di M. GORGONI, *La "stagione" del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*; in *Danno e responsabilità*, 1998, pp. 697-699, e *ivi*, pp. 1030-1042, con commento di F. CAGGIA, *Autodeterminazione del paziente e irrilevanza del consenso dei familiari*, e Cass. civ., 24 settembre 1997, n. 9374, cit. Così anche G. CASCIARO, *Consenso informato nell'attività medica: profili penali e civili*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto civile nella giurisprudenza. Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, II, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 112 ss., e M. BILANCETTI, *Il consenso informato: prospettive nuove di responsabilità medica*, in G. VETTORI (a cura di), *Il danno risarcibile*, Cedam, Padova, 2004, pp. 1162 ss. Peraltro, configura una responsabilità (solo) extracontrattuale nel caso di completa assenza di un'attività informativa Trib. Rossano, 22 gennaio 2007, in *Giur.*

re d'informazione è presente ed operante anche in assenza di vincolo contrattuale, laddove il medico deve informare il malato anche se il rapporto professionale non ha natura contrattuale, se la prestazione avviene in base a *negotiorum gestio* o se è fatta in adempimento di un dovere pubblicistico, a prescindere, appunto, dalla natura giuridica del rapporto professionale<sup>118</sup>.

Si tratta, in definitiva, di un «dovere di comportamento» del medico (più che di un obbligo), di un «dovere di rispetto, cioè un non potere non rispettare»<sup>119</sup>, che investe aspetti trascendenti il mero rapporto giuridico contrattuale ed incide su diritti primari della persona, quali beni di rilevanza costituzionale la cui violazione non si esaurisce nel solo ambito dell'inadempimento contrattuale, necessariamente costituendo, per l'appunto, un illecito anche extracontrattuale e penale. Peraltro, si è altresì asserito<sup>120</sup> che gli obblighi d'informazione, in una prospettiva di tutela della persona, assumono rilievo differente a seconda del contesto e della fase in cui interviene l'informazione stessa. In questo senso, infatti, occorre distinguere le ipotesi in cui la comunicazione medico-paziente diviene indispensabile affinché quest'ultimo possa consapevolmente decidere se sottoporsi alla cura o rifiutarla, da quelle, invece, che prescindono dall'esercizio di un qualsiasi potere di scelta (si pensi all'informativa sui risultati delle indagini diagnostiche realizzate), nonché da quei frangenti caratterizzati dalla promozione di un intervento in chiave partecipativa del malato (il quale, in possesso di adeguate informazioni, provvede, per esempio, a sottoporsi a controlli periodici). Pertanto, se la qualificazione dell'obbligo d'informazione trae naturale origine dalle peculiarità della singola fattispecie, ben può (per lo più) così giustificarsi l'ondivago, dottrinale richiamo, di volta in volta, agli obblighi di prestazione, agli obblighi (inte-

---

*mer.*, 2008, p. 104, con commento di F. TOPPETTI, *La responsabilità del sanitario per violazione dell'obbligo informativo oltrepassa «il confine tra contratto e torto»*, e in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 1441. Sostiene la natura puramente extracontrattuale anche G. TOSCANO, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 25 ss. Infine, per quanto concerne la lesione del diritto di autodeterminazione terapeutica e la conseguente responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente (rispettivamente contrattuale ed aquiliana), cfr. R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Cedam, Padova, 2007, pp. 335 ss. Infine, v. IDEM, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, cit., pp. 167 ss.

<sup>118</sup> Così C. LEGA, *Il dovere del medico di informare il paziente*, cit., p. 222. Cfr. altresì E. QUADRI, *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, Roma, 26 giugno 1999, Atti del Convegno di studio della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, Giuffrè, Milano, 2000, p. 137. Infine, così anche Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, cit.

<sup>119</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1973, p. 74.

<sup>120</sup> V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), *Professioni e responsabilità civile*, cit., pp. 1044 ss.

grativi) ad essa strumentali e a quelli di protezione, a seconda che si consideri, rispettivamente ed essenzialmente, la fase diagnostica, prognostica o terapeutica <sup>121</sup>.

D'altra parte, ciò che, piuttosto, assume maggior rilievo è la piena realizzazione di un'autonoma fattispecie di responsabilità, nonché di un'obbligazione risarcitoria indipendente ed ulteriore <sup>122</sup> rispetto a quella derivante dallo stretto inadempimento della prestazione d'opera intellettuale. Più chiaramente, quindi, il medico può esser condannato sia per violazione delle *leges artis* attinenti all'esecuzione vera e propria dell'atto sanitario, pur avendo correttamente raccolto il consenso informato del proprio pa-

---

<sup>121</sup> Cfr., inoltre, R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995, p. 67, secondo la quale «l'informazione, che entra a far parte del contenuto del contratto, conforma l'obbligazione assunta dal medico di modo tale che la sua rilevanza si riflette sull'(in)adempimento del professionista all'obbligazione stessa; l'informazione, che indirizza il consenso del paziente verso una consapevole scelta, rileva nella misura in cui una sua omissione o inesattezza, incidendo sul diritto del paziente stesso ad autodeterminarsi espresso con l'autorizzazione al trattamento sanitario, si traduce nella lesione di un diritto costituzionalmente protetto». Nel primo caso, l'informazione configurerebbe un obbligo integrativo strumentale, volto ad assicurare l'esatto adempimento della prestazione principale; nella seconda ipotesi, invece, essa presenterebbe, quale vero e proprio obbligo di protezione, un contenuto autonomo rispetto all'obbligo principale di prestazione: v. R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, cit., pp. 155 ss.; ID., *Causalità e danno nella responsabilità professionale*, in G. VISINTINI (a cura di), *I fatti illeciti. III. Causalità e danno*, Cedam, Padova, 1999, p. 634. Cfr. altresì G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile, Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Cedam, Padova, 2005, pp. 254 ss. e pp. 264 ss.; ID., *I Fatti illeciti. II. L'imputabilità e la colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Cedam, Padova, 1998, pp. 242 ss., e A. SPIRITO, *Responsabilità professionale ed obbligo di informazione*, in *Danno e responsabilità*, 1996, p. 23. Infine, M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., pp. 342-343, nega qualsiasi riferimento alla buona fede o agli obblighi di protezione o sicurezza, caratterizzati dalla mera accessorialità rispetto all'obbligazione principale: «non si tratta qui di salvaguardare interessi ulteriori né di integrare il contenuto proprio della prestazione: l'obbligo di informazione va adempiuto con lo stesso grado di diligenza prevista per il vero e proprio trattamento sanitario». Similmente, cfr. M. RIARIO SFORZA, *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 3354.

<sup>122</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 503. Trattasi sempre di un obbligo autonomo per M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., p. 342, e ID., *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 710 ss. *Contra*, l'informazione è un obbligo «integrativo-strumentale», quale specificazione ed estensione dell'obbligo di prestazione, per A. BALDASSARRI, S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., I, pp. 438 ss. Più ampiamente, v. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, Roma, 1990, pp. 1 ss., e L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007. V. anche R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 18. Cfr., infine, R. DE MATTEIS, *La responsabilità del medico dipendente: dalla violazione di obblighi di protezione all'inadempimento di un obbligo di prestazione*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, p. 81; ID., *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 541, e ID., *La responsabilità in ambito sanitario*, in G. VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, II, I singoli contratti, Cedam, Padova, 2009, p. 552.

ziente, sia per lesione dell'autodeterminazione del malato<sup>123</sup>, a dispetto di una realizzazione secondo modalità tecnicamente perfette dell'intervento stesso<sup>124</sup>. Capovolgendo la prospettiva, poi, non solo si tratta di fattispecie non interdipendenti<sup>125</sup>, ma, anzi, la responsabilità da violazione del consenso informato è tanto più e tanto meglio indagata proprio quando l'in-

---

<sup>123</sup> *Contra*, cfr. G. CALABRESI, *Funzioni e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 53, dove l'Autore nega sia la configurabilità di un rapporto contrattuale fra medico e paziente, in ragione di una non-equiparazione sostanziale delle parti, sia la rilevanza del consenso illuminato dall'informazione nella soluzione della responsabilità sanitaria. Infatti, poiché l'informazione non potrà mai far comprendere appieno al paziente la portata dell'intervento e del correlativo rischio (perché «le persone non vogliono sapere, e non possono sapere, tutto ciò che può avvenire a causa di un intervento medico»), il consenso derivantene non è sufficiente ad esonerare il professionista da responsabilità. V. C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, III, 1, p. 1222.

<sup>124</sup> Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 240, con commento di L. GREMIGNI FRANCINI, *Danno extracontrattuale da "mancato consenso informato" ed identificazione del sanitario responsabile*; in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 865, con nota di E. TURILLAZZI, G. GUERRA, *Consenso informato: l'obbligo risarcitorio*, e in *Corr. giur.*, 2006, p. 1243, con nota di S. MEANI, *Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all'intervento eseguito correttamente: «la responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva verifica, in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, mentre, ai fini della configurazione di siffatta responsabilità è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno, svolgendo rilievo la correttezza dell'esecuzione agli effetti della configurazione di una responsabilità sotto un profilo diverso (...)». La correttezza o meno del trattamento, infatti, non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, 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 (...)». Cfr. altresì Corte Conti Sicilia, 26 aprile 2010, n. 828, in *www.dirittosanitario.net*; Trib. Bari, 25 marzo 2008, in *www.giurisprudenzabarese.it*, e Cass. civ., Sez. III, 28 novembre 2007, n. 24742, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Professioni intellettuali*, n. 30. Cfr. anche V. FARGIONE, *Il danno da lesioni del diritto all'autodeterminazione nella scelta dei trattamenti sanitari*, in *Danno e responsabilità*, 2016, p. 555.*

<sup>125</sup> Anche ai fini del passaggio in giudicato: cfr. Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2015, n. 14642, in *Foro pad.*, 2016, p. 10, con commento di C. FOSSA, *Responsabilità per difetto del consenso informato: l'irresponsabile inadempimento dell'obbligo informativo e i suoi risvolti, sostanziali, processuali e probatori*: «Deve essere affermato l'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza di primo grado in punto di inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato della paziente, escludendosi qualunque rilevanza ostatica all'avvenuta impugnazione in punto di responsabilità per l'esecuzione dell'intervento, giacché i profili attinenti alla violazione del diritto all'autodeterminazione sono del tutto autonomi rispetto agli addebiti di colpa professionale incidenti sul diritto alla salute». V. anche C. CARTONI, *Il giudice civile e la responsabilità sanitaria*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 531, e E. GUERINONI, *Attività sanitarie e responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2013, all. 1 al n. 5, p. 3.

tervento sia stato diligentemente realizzato e alcun rimprovero, da un punto di vista *stricto sensu* tecnico, possa essere rivolto al personale sanitario. In altri termini, il malato che lamenta un danno cerca prima di provarne l'addebitabilità ad una colpa del medico, poi – in mancanza e nell'impossibilità di siffatta dimostrazione – di correlare il pregiudizio sofferto ad un *deficit* informativo: il rischio dell'esito infausto andava previamente comunicato al diretto interessato, ma ciò non è – neglentemente – avvenuto.

### 8. *Il consenso del paziente nella disciplina contrattuale*

S'è visto come il consenso al trattamento sanitario rappresenti, in una prospettiva di diritto pubblico e a prescindere dall'esistenza o meno di un vincolo contrattuale, la modalità per eccellenza dell'espressione di una libertà fondamentale dell'individuo: quella di poter rifiutare qualsivoglia ingerenza nella propria sfera d'integrità psico-fisica, quali che siano le sue condizioni di salute e a prescindere dalle conseguenze di tale rifiuto. È per questo motivo, similmente a quanto esposto in materia di obblighi informativi, che il consenso al trattamento sanitario non si identifica necessariamente (*ergo*: quasi mai) con quello occorrente alla conclusione di un contratto: in primo luogo, perché il malato gode del diritto ad autodeterminarsi anche laddove il rapporto professionale con il medico non derivi da un vincolo contrattuale; secondariamente, pur nell'ipotesi in cui sussista un legame di tale natura, il consenso non può esaurire la propria rilevanza al momento dell'accordo con il terapeuta (consenso al contratto, *ex art.* 1325), ma si rinnova nel tempo con il procedere delle cure e in séguito all'acquisizione di nuove, aggiornate informazioni (consenso al trattamento)<sup>126</sup>. Il paziente, pertanto, è libero di scegliere se sottoporsi o meno a

---

<sup>126</sup> S. TOMMASI, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, pp. 556 ss., la quale sottolinea altresì come tale distinzione sia funzionale all'esigenza di tutelare l'interesse del singolo in via autonoma rispetto alle vicende del contratto: così, per esempio, la conclusione del contratto con il medico non obbliga il malato a sottoporsi ad un trattamento, né il rifiuto di un determinato atto terapeutico comporta necessariamente il venir meno del contratto eventualmente stipulato tra sanitario e paziente. Cfr. V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Esi, Napoli, 1993, pp. 72 ss. Tale dicotomia viene prospettata già da G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pp. 953 ss. V. F. CICILIANO, *La disciplina giuridica del consenso informato*, Il campano, Pisa, 2013; L.S. ROSSI, C. BOTTARI (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013; G. BUSINARO, L. CAENAZZO, D. RODRIGUEZ, *Consenso al trattamento sanitario: analisi delle sentenze della Corte di cassazione dal 1967 al 2011*, Libreriauniversitaria.it, Limena, 2012; M. NEFELI GRIBAUDI, *Consenso e dissenso informati nella prestazione medica: requisiti di validità del consenso al trattamento sanitario*,

tutte le singole operazioni in cui si traduce il trattamento sanitario: il ricovero in ospedale mai comporta, per esempio, l'implicita accettazione delle operazioni chirurgiche strumentali alla guarigione<sup>127</sup>, né l'accordo fra medico e paziente equivale, ancora, ad un'assoluta autorizzazione a intervenire. In questo senso, se l'atto strettamente negoziale sottosta alle norme di cui al libro quarto del Codice civile, il consenso non-negoziale contempla l'applicazione della disciplina valevole per l'esercizio dei diritti della personalità, sottratti al diritto comune delle obbligazioni. Di conseguenza, poiché gli accordi relativi all'onorario e alle modalità dell'adempimento vengono conclusi nel contratto di cura, per la sua stipula sarà necessaria la capacità d'agire, mentre il consenso al trattamento potrebbe anche essere concesso da soggetto solo naturalmente capace<sup>128</sup>. Inoltre, tale distinzione appare funzionale all'esigenza di tutelare il paziente in via autonoma rispetto alle vicende del contratto, senza forzare inutilmente la differenziazione codicistica<sup>129</sup>. Infatti, sebbene il tema del consenso al trattamento medico-chirurgico sia senz'altro connesso alla definizione del contenuto di un contratto (di prestazione d'opera professionale), l'ambito di riferimento normativo si allontana dallo schema di cui agli artt. 1325 ss. c.c. In particolare, non solo l'oggetto del contratto (ovvero la *cura*) «soffre di una sostanziale indeterminazione per l'impossibilità di precisarne contenuti ed estensione»<sup>130</sup>, ma anche il problema delle condizioni di va-

---

*responsabilità civile del medico per mancanza di consenso informato, rilevanza penale del trattamento arbitrario, diritto al rifiuto delle cure*, Giuffrè, Milano, 2012; G. CASCIARO, P. SANTESE, *Il consenso informato*, Giuffrè, Milano, 2012, e B. SALVATORE, *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Esi, Napoli, 2012.

<sup>127</sup> M. GORGONI, *La "stagione" del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Resp. civ. prev.* 1999, pp. 496 ss. V. anche U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit., pp. 150 ss.; O. DE PIETRO, *Il consenso dell'avente diritto e il consenso del paziente*, Marinucci, Napoli, 1988, pp. 144 ss., e E. BONVICINI, *La responsabilità civile. II. Responsabilità da accadimento tipico. Il danno alla persona*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 773 ss. Infine, cfr. P. IAMICELI, *La r.c. del medico*, in CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. La responsabilità civile. Responsabilità contrattuale*, VI, Utet, Torino, 1998, pp. 436 ss., che sottolinea come l'assimilazione consenso al trattamento medico-consenso al contratto d'opera professionale riconduca l'obbligo d'informazione al principio di buona fede precontrattuale ex art. 1337 c.c. Laddove si distinguono tali due tipologie di consenso, invece, la fase informativa acquista una precisa sede all'interno del rapporto contrattuale, quale specifica prestazione esigibile, da parte del paziente, ex art. 1218 c.c.

<sup>128</sup> V. S. MARZOT, *Il consenso informato: alcune considerazioni sul consenso nella attività medico terapeutica*, in *San. pubbl.*, 2001, p. 81. È il caso dell'interruzione volontaria di gravidanza da parte di donna minorenni (art. 12 della legge n. 194/1978).

<sup>129</sup> A. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 589.

<sup>130</sup> V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), cit., p. 1035. Cfr. altresì il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, *Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*, in *GU*, n. 305, 30 dicembre 1992, SO n. 137.

lidità del consenso<sup>131</sup> e della sua natura giuridica (atto o negozio<sup>132</sup>), l'individuazione del soggetto legittimato a prestarlo e la capacità richiesta per esprimerlo, la sua eventuale forma e revocabilità, nonché, più in generale, i limiti della sua efficacia trovano, nella disciplina del contratto, una risposta senz'altro inadeguata.

Del resto, come già evidenziato, un'informazione esauriente appare imprescindibile non solo quale condizione di validità del consenso al trattamento sanitario, ma altresì a chiusura della prima *tranche* del rapporto medico-paziente, quale è la conclusione del contratto di visita medica. Quest'ultima, invero, può ben esaurire la relazione del terapeuta con il proprio cliente, laddove il dovere d'informazione si configura, allora, come semplice adempimento, quale contenuto unico e necessario della prestazione professionale<sup>133</sup>.

## 9. La forma del consenso informato

Dinanzi alle già esposte esigenze di ampiezza e completezza dell'informazione ai fini della prestazione di un consenso realmente consapevole, v'è da chiedersi se tale consenso debba rivestire una forma precisa e pre-determinata: più chiaramente, quindi, se la volontà del paziente possa manifestarsi oralmente o necessiti, al contrario, della forma scritta. Al riguardo, il secondo comma dell'art. 35 del Codice di deontologia (*Consenso e dissenso informato*) dispone, non senza un uso quantomeno equivoco della punteggiatura, che «l'acquisizione del consenso o del dissenso è un atto di specifica ed esclusiva competenza del medico, non delegabile. Il medico

---

<sup>131</sup> V. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., pp. 279 ss., ove si sottolinea la rilevanza dell'errore (-motivo, ovvero ignoranza o falsa conoscenza della realtà che opera come motivo della formazione della volontà) quale eventuale causa d'invalidità del consenso prestato dal malato. Si tratta, in particolare, di errore «riconoscibile» ed «essenziale»: per esempio, sull'identità del trattamento, sui rischi per la salute insiti nell'intervento, sulla «capacità lavorativa o l'aspetto esteriore del paziente, specie posti in relazione con le *chances* di guarigione e con i rischi corrispondenti all'omissione del trattamento», nonché «sulla identità del medico» e le sue «qualità professionali». Naturalmente, la condotta del medico è colposa se l'insufficienza dei chiarimenti ha cagionato tale errore.

<sup>132</sup> A favore del carattere di *negozio giuridico di diritto privato* del consenso al trattamento, cfr. F. GRISPIGNI, *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *La Scuola Positiva*, Riv. dir. proc. pen., 1921, pp. 493 ss.

<sup>133</sup> M. PARADISO, *Il dovere del medico di informare il paziente*, cit., p. 141. In altri termini, v. A. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 12, ove si evidenzia come «il "contratto di prestazione medica" si scinda in due momenti: nel primo, il medico è obbligato alla diagnosi e, quindi, ad ogni informazione connessa; nel secondo, il paziente, sulla scorta dei dati così recepiti, autorizza l'intervento terapeutico».

non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato. Il medico acquisisce, in forma scritta e sottoscritta o con altre modalità di pari efficacia documentale, il consenso o il dissenso del paziente, nei casi previsti dall'ordinamento e dal Codice e in quelli prevedibilmente gravati da elevato rischio di mortalità o da esiti che incidano in modo rilevante sull'integrità psico-fisica».

Trattasi, in particolare, di problematica altresì attinente alla definizione del *quantum* dell'informazione di cui il malato dev'essere destinatario, per ciò che concerne, esattamente, l'elencazione, da parte del medico, di ogni rischio, seppur eccezionale, nonché di qualsivoglia minima complicanza che l'intervento potrebbe, in ipotesi, presentare<sup>134</sup>. Il pericolo, infatti, è quello della predisposizione di moduli totalmente espliciti, contenenti tutti i possibili inconvenienti di un trattamento sanitario<sup>135</sup>: d'altronde, una simile burocratizzazione del rapporto medico-paziente, diretta conseguenza di un esasperato atteggiamento di medicina "difensiva", si giustifica meglio con l'esigenza di tutelare il professionista, più che di aiutare e proteggere il malato. Infatti, a fronte della crescente severità giurisprudenziale nelle ipotesi di lesione della libertà di autodeterminazione del paziente e in ragione delle indubbie difficoltà probatorie in materia, il consenso scritto diviene, infine, una rassicurante, seppur pericolosa, arma nelle mani dei medici. L'ideazione di moduli di parecchie pagine contenenti il minuzioso elenco di ogni possibile complicanza generica e specifica non solo costituisce, infatti, un'informazione eccessivamente ampia e tecnica per poter essere adeguatamente compresa da un profano dell'arte medica, ma presenta pur sempre il pericolo di omissioni o lacune, scontato appiglio per le eventuali rivendicazioni del paziente<sup>136</sup>. Certo, s'è visto

---

<sup>134</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 26 marzo 1981, n. 1773, in *Arch. civ.*, 1981, p. 544. V. P.J. BURNHAM, *Medical Experimentations on Humans*, in *Science*, 1966, 152, p. 448, ove provocatoriamente si ipotizza e propone un modulo di consenso informato per un intervento di ernia inguinale corredato da un elenco di informazioni terrorizzanti (dalla morte per anestesia all'incendio dell'ospedale), che si immagina altresì sottoscritto non solo dal medico e dal paziente, ma anche dalla suocera di quest'ultimo e dall'avvocato della struttura sanitaria.

<sup>135</sup> Sottolinea gli esiti paradossali di simile prassi, di origine statunitense: F. INTRONA, *Consenso informato e rifiuto ragionato*, cit., pp. 827 ss. L'A. ricorda, fra l'altro, come la IN-Forms Inc. di Albuquerque, New Mexico, vendesse moduli di consenso informato per 156 tipi di interventi chirurgici. Per la tiroidectomia, ad esempio, il modulo conteneva righe esplicative su che cosa sia la tiroide, dove sia collocata, a cosa serve, quale sia la malattia nel caso specifico. Inoltre, venivano illustrati la tecnica operatoria, i rischi (fino alla morte, rara), l'evoluzione della malattia laddove l'intervento non venga effettuato, i «rischi addizionali», le «alternative» (per eventuali modifiche intraoperatorie del programma preventivo), seguiti dalla data e dalle firme del paziente e di un testimone. Al riguardo, si esprime in termini di «cartocrazia difensiva» G. TOSCANO, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, cit., p. 495.

<sup>136</sup> Secondo A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità*, cit., p. 131, è sì auspicabile,

come sia lo stesso Codice deontologico a riconoscere l'opportunità di documentare<sup>137</sup> la volontà manifestata dal paziente, specie in ipotesi di trattamenti sanitari complessi o rischiosi. D'altra parte, discutibile può apparire la scelta di eliminare la precisazione, invece contenuta nel Codice precedente, secondo la quale il modulo del consenso informato è solo integrativo, e mai sostitutivo, del processo informativo – necessariamente orale, sembra corretto ritenere – che coinvolge medico e paziente, nell'ambito di un'"alleanza" che non abbandoni il malato al momento della scelta e della ponderazione rischi-benefici<sup>138</sup> e che sia, infine, altresì davvero attenta al grado di cultura e di comprensione dell'ammalato, nonché alla sua reattività psichica e alla concreta sua volontà di essere edotto riguardo al proprio stato di salute<sup>139</sup>.

Peraltro, una comunicazione orale "di qualità", nonché protratta lungo l'intero arco temporale che interessa lo spiegarsi del rapporto medico-paziente, consentirebbe altresì le opportune delucidazioni in ordine alla terminologia adottata dal formulario stesso. Tuttavia, non si tratta – è naturale – del trasferimento di competenze strettamente mediche, né di colmare l'inevitabile divario di conoscenze scientifiche: laddove eccessivamente tecnica, infatti, l'informazione diviene non solo asettica, perché «tutta filtrata attraverso la griglia della razionalizzazione, con totale esclusione dello

---

quindi, un maggiore ricorso alla forma scritta, sia attraverso formule generiche di sottoscrizione sia mediante moduli più specifici (contenenti, ad esempio, l'indicazione della malattia diagnosticata, della terapia che si intende effettuare e dei principali rischi conosciuti), mentre non sembrerebbe né opportuno né realistico adottare la prassi statunitense di un'estesa enumerazione dei rischi specifici conosciuti. È dell'opinione di evitare moduli eccessivamente dettagliati anche F. INTRONA, *Consenso informato e rifiuto ragionato*, cit., p. 827, il quale ritiene opportuna, però, la precisa indicazione della percentuale di pericolo esistente, indispensabile per un bilancio rischi-benefici e, di conseguenza, per una corretta valutazione da parte del paziente (anche al fine di un rifiuto ragionato).

<sup>137</sup> Riguardo al «processo di formazione della decisione, che il modulo serve a documentare, non a sostituire», cfr. P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., pp. 11-12.

<sup>138</sup> Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2013, n. 18334, in *Dir. gius.*, 2013, p. 923, con nota di A.M. BASSO, *Risarcibile il danno da omesso consenso informato*: «Il medico-chirurgo viene meno all'obbligo a suo carico in ordine all'ottenimento del c.d. consenso informato 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: obbligo che a fortiori va assolto in un'ipotesi come quella in esame, la quale evidenziava non pochi fattori (...) che sconsigliavano l'intervento, peraltro neppure cogentemente necessario. Con la conseguenza che sarebbe stata indispensabile una accurata esposizione sia dei vantaggi sia, e soprattutto, dei pericoli che una seconda apertura del bulbo oculare avrebbe comportato».

<sup>139</sup> Circa la sostanziale libertà di forma in materia di consenso informato: E. RONCHI, *Il consenso "veramente" informato alle cure mediche ed il "peso" della omissione di dati rilevanti nella cartella clinica (a proposito di Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364)*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 1310. Cfr. pure M. BELLONZI, *Il consenso informato nei trattamenti sanitari. Un contributo dalla difesa civica*, in *Nuova rassegna*, 2000, p. 2428.

scambio emozionale»<sup>140</sup>, ma anche ansiogena, perché incomprensibile. Al contrario, l'antico adagio del medico *vir bonus sanandi peritus* delinea un professionista mai tecnocrate, sempre in grado di cogliere la condizione umana ed esistenziale del paziente, nonché di coltivarne l'imprescindibile autonomia, coerentemente ad un modello di *beneficialità* in cui una disposizione alla solidarietà si traduce nell'impegno anche morale ad agire nell'interesse del malato. Di conseguenza, per tutti questi motivi, l'acquisizione di un consenso scritto dovrebbe soltanto rappresentare, al di fuori dei casi normativamente imposti<sup>141</sup>, un'opportunità rimessa alla sensibilità del medico, ai fini di una maggiore attenzione e di una migliore responsabilizzazione del paziente. In questo medesimo senso, l'adempimento del dovere d'informazione mai potrebbe ridursi all'espletamento di un passaggio di natura meramente burocratica, dal momento che un indiscriminato ricorso alla modulistica (seppur stilata con diligenza) rischia di distorcere la natura tipicamente *fiduciaria* cui dovrebbe improntarsi il rapporto medico-paziente, senza, peraltro, poter garantire l'esatta previsione e anticipazione delle innumerevoli varianti della realtà clinica<sup>142</sup>. Al riguardo, d'altronde, è lo

---

<sup>140</sup> ADVAR (Associazione Domiciliare Volontaria Alberto Rizzotti), II Convegno Scientifico, *Informazione e consenso informato del paziente. Continuità e cambiamento nella pratica della medicina*, 20 novembre 1993, Treviso, relazione di M.C. MEDINA, pp. 43 ss., la quale sottolinea altresì come l'informazione possa poi essere *indiretta* (nell'ipotesi in cui i pazienti acquisiscano informazioni sulla diagnosi della loro malattia attraverso la prescrizione delle terapie), *aggressiva* (per esempio, laddove la comunicazione avvenga in spazi collettivi invece che privati, quali le corsie o i corridoi, ovvero per telefono, oppure nel caso in cui ci si limiti ad un solo incontro), *ricattatoria* (prospettazione di una terapia quale l'unica valida ai fini della guarigione), *selettiva* (maggiore rispetto per l'autodeterminazione dei soggetti istruiti, colti e paganti), *menzognera*, *sospesa* (se il malato non è in grado, almeno per il momento, di sopportare la verità), *carente*, *eccessiva*, *disomogenea* (nell'eventualità in cui l'informazione resa da un operatore sia differente rispetto a quella fornita da altri appartenenti alla medesima *équipe* curante). Leggasi, inoltre, M. PARADISO, *Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, cit., pp. 145-146, secondo cui l'informazione non deve estendersi a tutti i rischi genericamente connessi alle terapie mediche e, in particolar modo, alle operazioni chirurgiche, ma può ritenersi esaustiva laddove comprenda quei pericoli correlati, nello specifico, al trattamento proposto e alla sua omissione. Per contro, i rischi di carattere generale assumerebbero rilevanza solo laddove le peculiari condizioni di salute del malato accrescano in misura considerevole le percentuali di realizzazione di gravi effetti collaterali.

<sup>141</sup> Per esempio, la donazione del sangue: cfr. gli artt. 2 e 26 del d.m. 15 gennaio 1991. Similmente, v. il d.m. 26 gennaio 2001 (art. 10): «dal modulo di consenso informato deve risultare chiaramente la dichiarazione, da parte del candidato donatore, di aver visionato il materiale informativo di cui all'art. 2 del presente decreto e di averne compreso compiutamente il significato; di aver risposto in maniera veritiera ai quesiti posti nel questionario, essendo stato correttamente informato sul significato delle domande in esso contenute; di essere consapevole che le informazioni fornite sul proprio stato di salute e sui propri stili di vita costituiscono un elemento fondamentale per la propria sicurezza e per la sicurezza del ricevente il sangue donato; di avere ottenuto una spiegazione dettagliata e comprensibile sulla procedura di prelievo proposta e di essere stato posto in condizione di fare domande (...)».

<sup>142</sup> Così Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 863, con com-

stesso Comitato Nazionale per la Bioetica ad identificare la difficoltà di una genuina comunicazione quale causa principe dello snaturarsi della relazione di cura «in un incontro impersonale anonimo, ed umanamente disimpegnato, tra prestatore e fruitore dell'opera»<sup>143</sup>.

La realtà, del resto, è quella di strutture sanitarie e di liberi professionisti alla rincorsa della "giusta" modulistica, senza che questa preoccupata attenzione sia suscettibile di modificare realmente la qualità dell'informazione di cui il paziente è destinatario – o, comunque, un miglioramento in tal senso appare conseguenza solo secondaria rispetto all'esigenza di pre-

---

mento di S. CACACE, *Contenuti e funzioni del consenso informato: autodeterminazione individuale e responsabilità sanitaria*, e di G. GUERRA, *Consenso informato: tutela del diritto alla salute o della libertà di scelta?*, e in *Giur. mer.*, 2005, p. 1038, con nota di F. ROCCHIO, *Il dovere di informazione del medico tra responsabilità contrattuale e precontrattuale*. Cfr. M. BARNI, *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, Atti del Convegno di studio (Roma, 26 giugno 1999), a cura della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 122-123: «(...) un consenso inteso formalisticamente, come mero strumento cioè di medicina difensiva, contraddice i fini stessi della medicina e rinnega l'evoluzione che la bioetica ha impresso al rapporto medico-paziente. Anch'io sono consenziente sul fatto che l'informazione è essenziale, nei modi, nei tempi in cui sia possibile; ma essa non va offerta tanto per fare, ma con convinta adesione alle aspettative del paziente, in una disponibilità al dialogo che il medico deve dimostrare anche se costa sacrificio e tempo e implica una diversa organizzazione del lavoro». Infine, v. C. AGENO, *Brevi osservazioni sulla responsabilità medica da difetto di informazione*, in *www.personaedanno.it*, sezione Malpractice, *Consenso informato*, 9 novembre 2006.

<sup>143</sup> Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, cit., p. 9. Peraltro, il Comitato Nazionale per la Bioetica ritiene (punti nn. 7 e 8 delle Conclusioni) che il consenso scritto sia da considerare, allo stato attuale, «7) (...) un dovere morale del medico in tutti quei casi in cui le prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche, in ragione della loro natura (per il rischio che comportano, per la durata del trattamento, per le implicazioni personali e familiari, per la possibilità di opzioni alternative tra le quali va anche compresa la eventualità di scelta di un altro medico curante o di altra struttura sanitaria), sono tali da rendere opportuna una manifestazione inequivoca e documentata della volontà del paziente. Il documento attestante il consenso può consistere semplicemente in poche espressioni che indicano la natura della prestazione ovvero in un formulario che può contenere anche l'informazione su possibili rischi, fornita peraltro con modalità che tengano conto degli eventuali riflessi psicologici negativi sul paziente; 8) La richiesta di consenso informato in forma scritta è altresì un dovere morale del medico, nel caso di paziente incapace legalmente o di fatto, nelle ipotesi di cui al punto 7, nei confronti di chi eserciti la tutela o abbia con il paziente vincoli familiari (o di comunanza di vita) che giustificano la responsabilità e il potere di conoscere e di decidere, fermo restando che tali interventi hanno un significato relativo e il medico posto di fronte a scelte fondamentali per la salute e la vita del paziente non è liberato dalle responsabilità connesse con i poteri che gli spettano». V. anche S. CACACE, *Informazione, consenso e rifiuto di cure: (il)liceità del trattamento sanitario e (im)possibile conciliazione fra diritti del paziente e libertà del sanitario*, in G. COMANDÈ (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 86-87; S. COCUZZA, *Il consenso informato è una tutela sufficiente per eseguire in ambito non ospedaliero un test provocativo cardiologico a scopo clinico o valutativo medico-legale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 323, e A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità*, cit., p. 131. Infine, cfr. i risultati riportati da *Ildentistaitaliano*, agosto 2010, p. 25, in merito alla distribuzione fra i pazienti di un questionario circa il significato stesso del consenso informato.

disporre un'adeguata difesa del medico. D'altra parte, è indubbio come il modulo sottoscritto dal paziente divenga un indicatore essenziale in sede giudiziaria e a fini probatori<sup>144</sup>. Dinanzi ad un rischio del 20-25%, per esempio, il tribunale veneziano<sup>145</sup> rileva come non siano stati dimostrati, da parte del personale sanitario, né l'adempimento dell'obbligo d'informazione né la specifica comunicazione dei pericoli esistenti, con modalità altresì accessibili e comprensibili per la paziente. In particolare, infatti, quest'ultima ha sottoscritto un modulo per il consenso informato anestesiologicalo e chirurgico «neppure interamente compilato», senza la previa prospettazione dei rischi – concreti – di lesioni permanenti (tutt'altro: il medico aveva ampiamente tranquillizzato l'ammalata, in tono colloquiale, circa la natura *routinaria* dell'operazione programmata)<sup>146</sup>.

Di conseguenza, perché si riveli un efficace strumento probatorio, il modulo dovrebbe essere sufficientemente puntuale, nonché presentare nel dettaglio i possibili rischi e sviluppi dell'atto medico, poiché pretendere che sia il paziente a dimostrare quale (dis)informazione abbia ricevuto sembra «irrealizzabile, non foss'altro per l'evidente asimmetria informativa esistente

<sup>144</sup> Del resto, i contenuti necessari ad un modulo di consenso informato possono essere così sintetizzati: nome completo dell'intervento; generalità del paziente; descrizione analitica del trattamento proposto, accompagnata da un'eventuale spiegazione grafico/descrittiva del sito oggetto d'intervento; conseguenze in caso si decida di non sottoporsi all'atto sanitario; conseguenze temporanee o permanenti riscontrabili, invece, all'esito dell'intervento; condizioni cliniche del paziente in base alle quali viene proposta l'operazione e indicazione delle patologie in atto in grado di aumentare il livello di rischio clinico insito nel trattamento; possibili complicanze note alla comunità scientifica internazionale; eventuali terapie alternative e loro esecuzione; spazi bianchi per schizzi, annotazioni e domande poste dal paziente, in grado di *personalizzare* il modulo di consenso informato; infine, eventuali, possibili variazioni del programma operatorio, laddove riguardanti la tecnica concordata. D'altro canto, cfr. Cass. civ., Sez. III, 31 marzo 2015, n. 6439, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3665, con commento di D. FARACE, *La forma del consenso ai trattamenti sanitari*, secondo la quale «la verifica del consenso, in una operazione routinaria ed ambulatoria, per prassi avviene attraverso un colloquio orale, peraltro con un paziente già noto e curato, in epoca precedente».

<sup>145</sup> Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, cit. Cfr. altresì V. TRIOLO, A. ARGO, G. BONO, S. ZERBO, P. PROCACCANTI, *Il consenso informato in cardiologia interventistica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 729.

<sup>146</sup> Cfr. altresì Cass. civ., Sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 550, con commento di L. KLESTA DOSI, *La responsabilità della struttura sanitaria: una conferma della "oggettivazione" della relazione di assistenza a vantaggio della tutela della persona*, e in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 418, con nota di M. GAGLIARDI, *Esercizio di attività sanitaria presso cliniche in convenzione: chi è responsabile?*; Trib. Cesena, 6 agosto 2007, in *Resp. civ.*, 2008, p. 183, per il quale «un prestampato generico e senza riferimenti personalizzati, privo di ogni riferimento non solo ai rischi ed alle conseguenze dell'intervento, ma anche alla natura ed al tipo di intervento da praticare, è del tutto inidoneo a comprovare, anche con valore di mero indizio, che è stata effettuata un'adeguata attività di informazione da parte dei sanitari»; Trib. Lecce, 15 novembre 2007, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1200, riguardo ad un modulo prestampato privo «di annotazione circa le complicanze alle quali quel tipo di paziente era concretamente – e non genericamente – esposto», e Trib. Bari, 10 marzo 2009, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con commento di E. BUCCI, *Contratto di assistenza sanitaria e nesso causale*.

tra le parti»<sup>147</sup>. L'onere probatorio circa l'adempimento del dovere d'informazione grava, quindi, sul medico e può considerarsi adeguatamente assolto, per esempio<sup>148</sup>, laddove sia stato sottoscritto un modulo interamente compilato e «particolarmente dettagliato», nonché indicante «in maniera circostanziata tutti i possibili rischi dell'intervento» e, in particolare, anche e proprio quelli in concreto realizzatisi<sup>149</sup>. Peraltro, si può certo discutere sul rilievo accordato alla somministrazione e sottoscrizione di un formulario che esattamente preveda la complicità in séguito verificatasi: nella specie, infatti, si è esclusa sia l'ammissibilità di una prova testimoniale diretta a contrastare le circostanze risultanti dal modulo sia quella dei fatti dedotti nell'interrogatorio formale non reso da parte del convenuto (art. 232 c.p.c.), «atteso che la completezza e l'intelligibilità delle dichiarazioni contenute nel modulo, sottoscritto liberamente dal paziente, comprovano *di per sé* l'adempimento dell'obbligo di informazione gravante sul medico»<sup>150</sup>. Il rischio, in breve, è quello di una vera e propria presunzione *iuris et de iure*, grazie alla quale basterebbe che il personale sanitario, onde esonerarsi da qualsivoglia responsabilità, propinasse ai propri pazienti moduli estremamente ed esasperatamente dettagliati, certo in smaccata violazione del principio di un'informazione *effettiva* e del rispetto *autentico* della volontà individuale, per il quale s'imporrebbe sempre e comunque, appunto, un momento di oralità nella relazione fiduciaria medico-malato.

D'altronde, è sintomo e culmine di tale parossistica valorizzazione della

---

<sup>147</sup> Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, cit., che aggiunge: «in altri e più diretti termini, l'affermazione di responsabilità della convenuta non si basa su una regola inferenziale, che trae dalla scarsità di dati disponibili il difetto di diligenza del personale, quanto piuttosto dal fatto che, a causa di tale assenza di informazioni, non è dato sapere cosa sia stato comunicato alla paziente e, quindi, far ritenere assolto l'obbligo di informazione».

<sup>148</sup> Trib. Milano, 25 febbraio 2005, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 69, con nota di F. LORENZATO, *Verso l'entropia della responsabilità medica?* Similmente, cfr. Cass. civ., Sez. III, 6 agosto 2007, n. 17157, in [www.isbeconsulting.com](http://www.isbeconsulting.com).

<sup>149</sup> «Diminuita sensibilità (anestesia-ipoestesia) o alterazione della sensibilità (parestesia sotto forma di formicolio, solletico, bruciore, dolore) a carico della mucosa delle labbra e in particolare del labbro inferiore e della cute del mento». Di seguito, si sottolineava altresì come «tale complicità, generalmente transitoria nell'immediato post-operatorio, sia pur raramente, potrebbe anche essere permanente». Cfr. altresì Cass. pen., Sez. IV, 21 aprile-6 agosto 2010, n. 31394, in [www.laprevidenza.it](http://www.laprevidenza.it).

<sup>150</sup> *Contra*, Trib. Milano, 29 marzo 2005, cit., dove si nega che il modulo sottoscritto dalla malata, così come formulato, possa ritenersi idoneo ad assolvere l'onere d'informazione gravante sul personale sanitario, poiché (questa volta) «esso è sintetico, non dettagliato, e indica solo genericamente che la paziente sarà sottoposta ad un intervento chirurgico. In esso non si indica affatto di quale intervento si tratti e, pur facendosi menzione dei *benefici*, *dei rischi*, *delle procedure addizionali o diverse* che possano rendersi necessarie a giudizio del medico, non si precisa quali siano i rischi specifici, ovvero le diverse possibili procedure, di tal ché, non può ritenersi che il soggetto, anche solo dalla semplice lettura di tale modulo, possa avere effettivamente compreso le modalità ed i rischi connessi all'intervento, in modo da esercitare consapevolmente il proprio diritto di autodeterminarsi in vista dello stesso».

modulistica prestampata, per esempio, una decisione del Tribunale di Viterbo<sup>151</sup>, attinente ad un documento sottoscritto sì dalla paziente, ma carente, nella parte relativa alla natura e alla tipologia dell'operazione proposta, di qualsivoglia indicazione, ciò rappresentando, «*di per sé*, una grave inadempienza imputabile tanto al sanitario che doveva eseguire l'intervento che alla struttura dove tale intervento è avvenuto, il primo perché tenuto a far sì che la sua paziente risultasse *anche "formalmente"* informata della tecnica operatoria da eseguire (con i suoi possibili esiti finali anche in termini concretamente applicativi), la seconda in quanto soggetto che procedeva alla effettiva richiesta di consenso alla paziente ospedalizzata»<sup>152</sup>. In sede giudiziaria, d'altra parte, si è non solo confermato il diritto individuale ad essere informati, ma si è altresì riconosciuta la facoltà «di poter decidere se accettare o meno di sottoporsi a quel dato intervento medico», eventualmente optando, in alternativa, per l'adozione di accorgimenti e misure terapeutiche non invasive.

In questo modo, infine, la modulistica, se corredata dai requisiti formali sopra enunciati, appare inattaccabile garanzia di assolvimento dell'onere probatorio gravante sul medico (*dimostra di per sé l'adempimento*), in grado di trasformarsi, però, in vero e proprio strumento di condanna nell'ipotesi di omissioni o lacune o eccessiva genericità<sup>153</sup>. Sempre più sembra sfumare il rilievo o la considerazione di quanto accaduto prima e durante e successivamente, di quanto accaduto *attorno*, di *come* l'alleanza terapeutica si sia realmente svolta e caratterizzata, a prescindere dal singolo ed isolato adempimento burocratico: in particolare, nell'ultimo caso di specie, la sottoscrizione di un modulo *ben fatto* diviene parte integrante della prestazione che il medico deve adempiere (e la sua mancanza *costituisce di per sé inadempimento*), quasi a prescindere – sembra – dal fatto che il paziente sia stato realmente informato.

Per converso, non si tratta qui di forma né *ad substantiam* né *ad probationem*<sup>154</sup>: l'obiettivo perseguito è quello della consapevolezza dell'amma-

---

<sup>151</sup> Trib. Viterbo, 27 novembre 2006, in *Guida al dir.*, 20 gennaio 2007, p. 39, con commento di A. MICALI, *Il paziente deve essere consapevole dei rischi dell'intervento chirurgico*.

<sup>152</sup> Similmente, v. Trib. Bologna, 13 aprile 2006, cit. Cfr. altresì Trib. Benevento, 10 settembre 2007, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 363, e Cass. pen., Sez. IV, 25 settembre 2009, n. 37875, inedita, secondo la quale: «l'asserzione che il consenso può essere espresso anche verbalmente appare non conferente al caso di specie ove è in atti il documento con il quale si è richiesto per iscritto il consenso e tale documento non riporta in alcun modo la spiegazione o anche solo l'avvertenza di possibili principali complicanze».

<sup>153</sup> Cfr. Trib. Genova, 10 gennaio 2006, cit., ove il modulo del consenso informato «nel testo prestampato esibisce, al solito, formule rituali sull'avvenuta trasmissione di informazione completa, buone per qualsiasi intervento chirurgico; definisce unicamente la diagnosi della malattia e il tipo d'intervento prescelto, senza il minimo dettaglio su complicanze tipiche, tempi di recupero e quant'altro occorrente per consentire scelte del tutto consapevoli».

<sup>154</sup> Cfr. P. PARDOLESI, C. BALDASSARRE, *Lo statuto sostanziale e processuale del consenso informato* (nota a Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2015, n. 19212), in *Corr. giur.*, 2016, p.

lato, affinché possa egli autodeterminarsi in ordine alla cura della propria salute; solo, la presenza della modulistica è eventualmente suscettibile di agevolare o consentire la dimostrazione del raggiungimento di tale finalità (fatta salva la prova contraria del paziente, benché, certo, di difficile predisposizione), mentre la sua inesistenza o le sue carenze non possono, in ogni caso, impedire l'utilizzo di mezzi diversi per verificare l'avvenuto conseguimento dello scopo.

## 10. *L'onere probatorio*

La ripartizione dell'onere probatorio riguardo all'avvenuta, corretta prestazione di un consenso informato<sup>155</sup> è stata oggetto, negli anni, di una faticosa riflessione giurisprudenziale. Così, non v'è più motivo di distinguere l'azione di adempimento da quella risarcitoria o di risoluzione: il creditore deve sempre e soltanto dimostrare l'esistenza del titolo, non pure l'inadempienza dell'obbligato, laddove spetta a quest'ultimo la prova di avere adempiuto. A sostegno di tali argomenti, la Cassazione<sup>156</sup> individua a suo tempo diverse motivazioni, quali:

---

1248; D. FARACE, *Due "revirements" della Cassazione sul consenso ai trattamenti sanitari?* (nota a Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2015, n. 19212, e ad App. Milano, 5 marzo 2015), in *Danno e responsabilità*, 2016, p. 387; I. PIZZIMENTI, *Responsabilità medica: il consenso dev'essere scritto e completo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 432, e F. VALERIO, *Consenso informato prestato oralmente: non vale se il paziente è sotto narcosi e non conosce l'italiano*, in *Dir. gius.*, 2015, 35, p. 93. V. altresì il disegno di legge n. 2801, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, approvato dalla Camera dei deputati il 20 aprile 2017, trasmesso il giorno successivo al Senato della Repubblica e assegnato alla 12<sup>a</sup> Commissione permanente (Igiene e Sanità) in sede referente il 26 aprile 2017: "Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico" (comma quarto dell'articolo primo, *Consenso informato*).

<sup>155</sup> Esemplificativamente, v. Trib. Napoli, 12 ottobre 2001, inedita: «L'onere della prova del mancato assolvimento del dovere di informazione da parte del medico (consenso informato) incombe sul paziente, che agisca in giudizio per ottenere l'affermazione di responsabilità del chirurgo». Similmente, Cass. civ., 25 novembre 1994, cit., e Trib. Firenze, 7 gennaio 1999, cit. *Contra*, Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, cit., e Trib. Milano, 25 febbraio 2005, cit.

<sup>156</sup> Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 1165, con commento di G. ROSSETTI, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*, e in *Foro it.*, 2001, I, c. 2504, con note di richiami di R. PARDOLESI. Nel caso di specie, un paziente affetto da alopecia di tipo androgeno nella regione frontale, parietale bilaterale ed occipitale del cuoio capelluto si sottopone ad un cruento intervento di chirurgia plastica di trasposizione di lembi di pelle, da prelevare dalle altre sedi parietali. Trascorsi pochi giorni, nelle zone espianate si verifica una reazione infiammatoria con successiva necrosi dei tessuti: oggetto di contenzioso, quindi, è proprio l'avvenuto adempimento dell'obbligo d'informazione attorno alla portata e alla gravità dell'operazione, nonché al rischio di un esito infausto.

a) l'ontologica distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, comportante oneri probatori diversi circa l'individuazione dei fatti costitutivi della pretesa;

b) l'applicazione del criterio di ragionevolezza, alla cui luce sembra irrazionale che, a fronte di un'identica situazione probatoria delle ragioni creditorie (l'esistenza dell'obbligazione contrattuale e il diritto ad ottenere l'adempimento), l'onere probatorio si atteggi in maniera diversa a seconda che il creditore agisca per l'adempimento ovvero richieda il risarcimento del danno per causa d'inadempimento;

c) il principio di vicinanza della prova, secondo cui l'onere di dimostrare un fatto va posto a carico della parte cui esso si riferisce: onde l'inadempimento (che nasce e si consuma, per così dire, nella sfera d'azione del debitore) non deve essere provato dal creditore;

d) il criterio di persistenza del diritto, da intendere nel senso che, nel caso di pretese creditorie destinate ad estinguersi entro un certo termine attraverso l'adempimento, il creditore è dispensato dalla prova dell'inadempimento sulla base di tale presunzione;

e) il fatto che, se l'art. 1453 c.c. consente a chi ha chiesto l'adempimento di domandare successivamente la risoluzione, sarebbe illogico imporre, in ipotesi di tal fatta, una nuova e differente ripartizione dell'onere probatorio, prima richiedendosi all'attore di provare soltanto l'esistenza dell'obbligazione che vuole sia adempiuta e poi, nel corso del giudizio (pur dopo un'eventuale condanna del convenuto all'adempimento, basata sul mancato assolvimento dell'onere relativo), pretendendosi che sia lo stesso attore a dimostrare, in ragione dell'esercitato *ius variandi*, l'inadempimento già precedentemente accertato sulla base di una diversa regola probatoria.

Del resto, i suesposti principi conoscerebbero eccezione solo laddove vengano dedotti non già l'inadempimento, ma l'inesatto adempimento o la violazione di un obbligo accessorio, tale non essendo, però, il dovere d'informazione, il quale, in ragione della sua «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)»<sup>157</sup>.

Eppure, nonostante la meritoria negazione del carattere "accessorio" del dovere d'informazione sanitaria<sup>158</sup>, permaneva l'estrema difficoltà di una distinzione fra (completamente) omessa prestazione di tale obbligo e suo (semplicemente) inesatto adempimento, senza contare che simile

---

<sup>157</sup> È sempre Cass. civ., 23 maggio 2001, n. 7027, cit.

<sup>158</sup> *Contra*, Cass. civ., Sez. I, 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1917, con commento di E. SCODITTI, *Danni conseguenza e rapporto di causalità*.

orientamento avrebbe potuto persino rappresentare, per i medici, uno stimolo ulteriore a farsi scudo della mera sottoscrizione di un modulo preconfezionato, dinanzi al quale sarebbe stato davvero ben difficile contestare *tout court* un inadempimento<sup>159</sup>. Infatti, a fronte della necessità di assumere la completa omissione dell'informazione, sarebbero stati «ben rari i casi» in cui il paziente avrebbe potuto «pretendere di essere sollevato *in toto* dall'onere di provare l'inadempimento del medico, giacché è improbabile, se non addirittura impossibile, che il paziente sia davvero e completamente all'oscuro del trattamento cui sta per sottoporsi»<sup>160</sup>.

Di conseguenza, se la qualificazione di un *autonomo* dovere d'informazione non scioglieva la dicotomia inadempimento/inesatto adempimento (con le differenti conseguenze, in termini di onere probatorio, appena prospettate), certo condivisibili apparivano le perplessità allora espresse in sede di commento<sup>161</sup>: «come determinare con certezza la linea di demarcazione tra due *species* (inesattezza dell'adempimento e omessa prestazione) dello stesso *genus* (inadempimento contrattuale)? Come comportarsi nella circostanza in cui l'attore – considerando quell'inadempimento come omessa prestazione – si limiti a provare l'esistenza del diritto, mentre il convenuto – stimando la stessa inadempienza quale mera inesattezza nell'adempimento della prestazione – si oppone eccependo il difetto di prova circa l'avvenuta inesatta esecuzione della prestazione?».

Solo qualche mese più tardi, però, sono le Sezioni Unite<sup>162</sup> (ma il caso

---

<sup>159</sup> Cfr. V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, cit., p. 1052, ove si sottolinea il rischio che il medico trascorra tutto il proprio tempo «a registrare puntigliosamente i contatti avuti e le informazioni trasmesse». D'altra parte, egli potrebbe altresì appellarsi al privilegio terapeutico, adducendo un'eccessiva pericolosità, per il malato, di una veritiera informazione circa le reali sue condizioni di salute. Infine (se si ritiene che, con il consenso, il paziente accetta anche il rischio insito nel trattamento), il medico potrebbe liberarsi dimostrando che l'interessato, anche se informato, avrebbe comunque acconsentito all'intervento: nel dettaglio, cfr. *infra*, cap. I, § 7, *Nesso causale e risarcimento del danno*.

<sup>160</sup> Così G. ROSSETTI, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*, cit., pp. 1171-1172.

<sup>161</sup> R. PARDOLESI, note di richiami a Cass. civ., 23 maggio 2001, n. 7027, cit., p. 2505.

<sup>162</sup> Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del ram-mendo*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con commento di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contr.*, 2002, p. 109, con nota di M.C. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 315, con commento di A. BATÀ, A. SPIRITO, *Inadempimento delle obbligazioni*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349, con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*, e in *Contr. impr.*, 2002, p. 995, con commento di A. CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*. Parimenti, più nello specifico in ambito di responsabilità sanitaria, cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471, in *Dir. e giust.*, 2004, 25, p. 32, con nota di M. ROSSETTI, *Per il medico convenuto è sempre più difficile difendersi*; Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 26, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 783, con com-

di specie non è di responsabilità sanitaria) a dissolvere in via definitiva simili aporie applicative e ad opportunamente unificare il regime probatorio: di conseguenza, anche nell'ipotesi di inesatto adempimento, appare ora sufficiente che il creditore allegghi tale inesattezza, gravando sempre sul debitore l'onere di dimostrare il fatto estintivo, ovvero l'avvenuto esatto adempimento. In questo senso, quindi, la diversa consistenza dell'inaadempimento totale e di quello inesatto o parziale non può affatto giustificare l'applicazione di un differente regime probatorio: in entrambe le ipotesi, del resto, il creditore deduce una mancata *fedeltà* al contratto della controparte, massima nel primo caso, più ridotta nel secondo<sup>163</sup>.

### 11. Nesso causale e risarcimento del danno

L'equiparazione, in termini probatori, fra assenza di consenso (inadempimento del medico) e consenso "disinformato" (inesatto adempimento) conduce ad un'ulteriore riflessione, in merito alla doverosità di una comunicazione altresì vertente sui rischi anomali sì, ma pur sempre gravi, comunque presenti in occasione di qualsiasi atto sanitario<sup>164</sup>, nonché at-

---

mento di E. PALMERINI, *La responsabilità medica e la prova dell'inesatto adempimento*; Cass. civ., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488, in *Foro it.* 2004, I, c. 3327, con nota di A. BITETTO, *Il diritto a "nascere sani"*; in *Famiglia*, 2005, p. 943, con nota di A. QUERCI, *Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, pp. 559-568, con commento di C. PASQUINELLI, *La prova della colpa nella responsabilità medica e l'accertamento del nesso causale per i danni da nascita indesiderata*, e Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1824, con nota di M. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, e in *Danno e responsabilità*, 2007, p. 965, con commento di A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*.

<sup>163</sup> Ma cfr. Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5444, cit., che ancora colloca in capo al paziente l'onere probatorio in materia di informazione. Risolutiva, infine, nonché conforme a Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.: Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455, con note di richiami di A. PALMIERI; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 856, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Danno e responsabilità*, 2008, pp. 788, 871 e 1002, con commenti rispettivamente di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, e di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 612, con commento di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasiusione*; in *Giur. it.*, 2008, p. 2197, con nota di M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, e in *Resp. civ.*, 2008, p. 397, con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*. V. E. MALAGOLI, *Recenti tendenze in materia di responsabilità civile del medico*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 490.

<sup>164</sup> A proposito dell'informazione sulle «possibili conseguenze atipiche», v. R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, cit., pp. 63 ss.

torno alla configurabilità di una responsabilità professionale dinanzi ad una disinformazione di questo calibro. Certo, la natura “eccezionale” del pericolo ignorato dal paziente ed in séguito realizzatosi racchiude la difficoltà dell'accertamento che il malato, se opportunamente edotto, avrebbe evitato di sottoporsi al trattamento sanitario incriminato. Invero, se la percentuale di concretizzazione di un rischio è direttamente proporzionale alla sua incidenza sulle scelte individuali, ben raramente appare possibile definire quale opzione avrebbe prescelto il paziente esaustivamente informato. Peraltro, simile ragionare in termini di rapporto eziologico<sup>165</sup> diviene momento di estrema delicatezza, e ciò non solo a fronte della percentuale prossima alla certezza pretesa in sede penale<sup>166</sup>, ma anche alla luce del (più fluido) giudizio probabilistico applicato dai tribunali civili<sup>167</sup>.

D'altra parte, se una particolare (dis-)informazione viene considerata sostanzialmente irrilevante ai fini dell'accertamento di un nesso causale fra il silenzio del medico e il pregiudizio in concreto verificatosi, la comunicazione fra il professionista ed il paziente ai fini della prestazione del consenso potrà ben fare a meno, *a priori*, di quella stessa notizia o ragguaglio. Si finirebbe così per escludere la sussistenza, in capo al sanitario, di un dovere d'informazione non solo circa i rischi eccezionali, ma anche riguardo a pericoli, potenzialmente insiti in una determinata operazione, caratterizzati da percentuali di realizzazione più o meno basse.

Nel 2008, un arresto delle Sezioni Unite<sup>168</sup> (in tema sì di responsabilità sanitaria, ma non, nello specifico, di consenso informato) pare dirimere, inizialmente, la questione: ai fini del riparto dell'onere probatorio, infatti, l'attore, paziente danneggiato, potrebbe limitarsi a provare l'esistenza del

---

<sup>165</sup> V. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001. Cfr. altresì C. PIERGALLINI, *La regola dell'“oltre ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 593, e G. IADECOLA, *Diversità di approccio tra Cassazione civile e Cassazione penale in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 113.

<sup>166</sup> Proprio in un caso di colpa medica: Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio-11 settembre 2002, n. 30328, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 58, con commento di A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767, con commento di F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*; in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 201, con commento di S. CACACE, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale*; in *Dir. form.*, 2003, p. 537, con nota di L. GREMIGNI FRANCINI, *Responsabilità medica e nesso causale: i differenti percorsi della giurisprudenza civile e penale*; in *Dir.giust.*, 2002, p. 16, con commento di V. PEZZELLA, *Colpa medica e nesso di causalità nel reato omissivo improprio*, e in *Foro it.*, 2002, I, c. 601, con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*. V. L. NOCCO, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e responsabilità*, 2012, p. 949.

<sup>167</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10743, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con commento di E. CECCARELLI, *Parto a rischio: la mancanza di responsabilità del medico non esclude l'asl dal risarcimento danni*.

<sup>168</sup> Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

contratto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia e ad allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, competendo al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante. È questo un importante passo nella definizione del riparto dei carichi probatori: il paziente *allega* (non *dimostra*) sia l'inadempimento sia il nesso causale; il medico può *provare* il contrario, così superando tale presunzione relativa di responsabilità (e di nesso eziologico). In altri termini, quanto al tema qui d'interesse, sarebbe gravata sul professionista la dimostrazione o dell'avvenuta informazione e della conseguente prestazione del consenso (esatto adempimento) o dell'assenza di nesso causale fra l'inadempimento e il pregiudizio lamentato: il paziente, infatti, seppur (in ipotesi) esaustivamente edotto circa i rischi/gli esiti/gli effetti collaterali dell'operazione, comunque avrebbe acconsentito a sottoporvisi.

Si tratta, tuttavia, di una pronuncia dagli effetti né univoci né definitivi: non solo, infatti, la giurisprudenza di merito anche immediatamente successiva non vi presta un'uniforme obbedienza<sup>169</sup>, ma, anche in Cassazione, questa presunzione relativa di nesso eziologico dura soli due anni. Già nel 2010, per l'appunto, gli ermellini subordinano il risarcimento del danno biologico (conseguente all'intervento *disinformato*) alla dimostrazione, da parte dell'ammalato, che avrebbe egli rifiutato, laddove adeguatamente edotto<sup>170</sup>: «a) perché la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allegi l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; (b) perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; (c) perché si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicché anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della "vicinanza" al fatto da provare induce alla medesima conclusione; (d) perché il discostamento della scelta del pazien-

---

<sup>169</sup> Cfr. B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 525, commento a Trib. Rovereto, 2 agosto 2008, Trib. Modena, 25 agosto 2008, Trib. Roma, 27 novembre 2008, e Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846. V. anche Trib. Bari, 10 marzo 2009: «la violazione del consenso informato è fonte di obblighi risarcitori nella sola eventualità che il paziente danneggiato deduca e dimostri che, se correttamente informato dei rischi dell'atto medico, avrebbe opposto rifiuto allo stesso. L'attrice non ha provato tale evenienza e le circostanze del caso inducono ad escluderla».

<sup>170</sup> Cfr. Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.: è il *leading case* in tema di nesso causale e violazione dell'obbligo d'informazione. Nello stesso senso, cfr. Trib. Roma, 3 settembre 2013, n. 17769, in *Banca Dati De Jure*; Cass. civ., 30 marzo 2011, n. 7237, *ivi*, e Cass. civ., 13 luglio 2010, n. 16394, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 78, che "chiude" il caso di cui al Trib. Brescia, 13 maggio 2003, su cui v. *infra*, cap. II, § 2, *Un figlio, seppur sano, non è sempre una benedizione*. V. altresì L. PAPI, *La responsabilità medica per difetto di consenso alla luce degli ultimi orientamenti della Cassazione civile: verso un riequilibrio del sistema?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 687, e M. ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti nella responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2218.

te dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*».

Il rifiuto non si allega, quindi, ma si dimostra (certo, anche per il tramite di presunzioni); il consenso informato è vero e proprio sottosistema della responsabilità sanitaria, con principi e problematiche assolutamente peculiari. A rilevare, infatti, non è qualsivoglia adempimento, bensì solo quello che costituisce causa o concausa efficiente dei pregiudizi lamentati<sup>171</sup>, all'esito di una valutazione concretamente operata e in considerazione delle effettive *chances* decisionali a disposizione del paziente. In questo senso, la sussistenza di un rapporto causale diviene oggetto d'indagine su due livelli differenti<sup>172</sup>: trattamento sanitario/danno biologico, in primo luogo; inadempimento del medico (omessa informazione)/esecuzione dell'intervento o adozione della terapia, in seconda battuta.

L'orientamento contrapposto si contentava<sup>173</sup> dell'inottemperanza all'obbligo informativo quale inadempimento contrattuale del debitore-medico, senza che potesse o dovesse rilevare conoscere come l'ammalato avrebbe concretamente deciso. Ad importare, infatti, era che il paziente non fosse stato messo nelle condizioni di esprimere un consenso realmente informato, mentre sarebbe gravata sempre e soltanto sul convenuto l'eventuale, specifica dimostrazione che il diretto interessato, benché a conoscenza dei pericoli in séguito verificatisi, avrebbe poi optato, comunque, per la sottoposizione all'operazione. Pertanto, ai fini della determinazione del danno risarcibile, non rilevava verificare la sussistenza di uno specifico nesso eziologico fra l'inadempimento dell'obbligo informativo e l'effettiva lesione della libertà d'autodeterminarsi del paziente, conformemente ad un principio di causalità "giuridica", *ex art. 1223 c.c.*, «che presuppone la già avvenuta iden-

---

<sup>171</sup> Allo stesso modo, in materia di nascita indesiderata: «Non sono danni che derivano dall'inadempimento del medico quelli che il suo adempimento non avrebbe evitato – una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare; una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato; la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano». Si tratta di Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 182, con nota di P. FRATI, G. MONTANARI VERGALLO, N.M. DI LUCA, *Le nuove frontiere risarcitorie dei "wrongful birth cases": la Cassazione fa il punto*; in *Foro it.*, 2002, I, c. 3115, con nota di A. PALMIERI e R. SIMONE, *Nascita indesiderata: il diritto alla scelta presa sul serio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 619, con commento di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*; in *Giur. it.*, 2003, p. 884, con nota di C. PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 117, con commento di M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, e in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1078, con commento di S. D'ANDRIA, *Responsabilità del medico per errata diagnosi prenatale e risarcimento del «danno da nascita indesiderata»*.

<sup>172</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. II, 11 aprile 2016, n. 6978, in *Guida dir.*, 2016, 26, p. 46. V. S. CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, itinerario della giurisprudenza, in *Danno responsabilità*, 2017, p. 238.

<sup>173</sup> V., per esempio, Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, cit.

tificazione dell'evento oggetto di addebito» (e che distinguesi, come noto, da una causalità "naturale" o materiale, soggetta, invece, al criterio della *condicio sine qua non*)<sup>174</sup>. Certo, la previsione del risarcimento dei soli danni conseguenza «diretta e immediata» si riferisce proprio all'individuazione di un nesso eziologico fra l'inadempimento e i suoi riflessi economici (pregiudizievole) sul patrimonio del danneggiato<sup>175</sup>. Tuttavia, la definizione della sfera dei rischi sin dall'inizio ragionevolmente imputabili al debitore si traeva dal contenuto dell'obbligo inadempito e dallo "scopo" della norma violata. Detta "regolarità" giuridica, infatti, era direttamente desumibile dal contenuto e dall'oggetto dello stesso rapporto contrattuale: in questo modo, veniva considerato risarcibile non solo quel danno che trovasse il proprio presupposto, secondo una serie causale normale, nel singolo inadempimento, ma anche quello che fosse, in relazione allo specifico titolo del rapporto contrattuale, normativamente imputabile ad un determinato debitore. Il contenuto della prestazione dovuta, dunque, non era soltanto funzionale all'accertamento degli estremi dell'inadempimento, ma altresì delimitava l'area dei rischi implicitamente assunti con il contratto, contribuendo alla definizione dell'entità dei danni risarcibili<sup>176</sup>.

Dal nesso di causa al pregiudizio suscettibile di riparazione, quindi: proprio a tal proposito, una decisione della Corte d'Appello di Milano identificava la lesione del diritto di autodeterminazione del malato quale «termine iniziale di una sequenza causale che vede, come termine finale, la lesione del diritto alla salute, come può agevolmente dedursi dal fatto che, rispettato quel diritto, o non si sarebbe verificata la grave e irreversibile lesione, ovvero se ne sarebbe trasferito il relativo rischio contrattuale

---

<sup>174</sup> Cfr. A. SPANGARO, *Responsabilità medica e danno morale da contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2322.

<sup>175</sup> U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, pp. 639 ss. A questo riguardo, cfr. Cass. civ., 31 maggio 2003, n. 8827, cit.: «l'art. 1223 cod.civ. (...) limita il risarcimento ai soli danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito, ma (...) viene inteso, secondo costante giurisprudenza (sent. n. 89/52; n. 373/71; n. 6676/92; n. 1907/93; n. 2356/00; n. 5913/00), nel senso che la responsabilità deve essere estesa ai danni mediati e diretti, purché costituiscano effetti normali del fatto illecito». Inoltre, *ex pluribus*, v. AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Ipsoa, Milanofiori, Assago, 2005; G. VISINTINI, *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale. Causalità e danno*, Cedam, Padova, 1999; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, e F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1967.

<sup>176</sup> Cfr. Trib. Venezia, 13 dicembre 2004, in *Corr.merito*, 2005, p. 407, con nota di S. MEANI, *L'obbligo d'informazione in campo medico e danno non patrimoniale in capo ai congiunti del malato terminale*, e in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 989, con commento di G. DI MARTINO, *Sul danno "tanatologico"*: «(...) proprio perché si verte in campo contrattuale (...), può trovare applicazione la regola secondo cui, in caso di inadeguatezza della prestazione rispetto all'interesse del creditore, non si può revocare in dubbio l'an della responsabilità, residuando solo un problema di delimitazione delle conseguenze risarcibili, al cui governo presiede l'art. 1223 c.c. e, quindi, di verifica se la conseguenza si configuri come sviluppo del rischio che la corretta esecuzione della prestazione avrebbe permesso di arginare».

al paziente stesso»<sup>177</sup>. Nello specifico, del resto, la corte attribuiva il danno alla condotta degli operatori sanitari, sulla base dell'esistenza di un effettivo ambito di scelta, per il paziente, circa i tempi e i modi della cura, nonché in ragione della mancata informazione in ordine ai prevedibili rischi dell'intervento, senza ritener necessario, per converso, dimostrare che l'operazione sarebbe stata davvero rifiutata ovvero che avrebbero potuto effettuarsi scelte terapeutiche in grado di evitare il pregiudizio lamentato.

In particolare, secondo tale orientamento, la violazione di un diritto costituzionalmente garantito imporrebbe l'aprioristico abbandono di un ragionamento in termini di nesso causale e una scelta definitiva in ordine al soggetto sul quale debba gravare un determinato rischio. Il malato avrebbe potuto scegliere, ma detta facoltà gli è stata negata, senza che neppure egli ne fosse consapevole: di conseguenza, graverebbe sul medico l'alea terapeutica del trattamento sostanzialmente imposto al proprio paziente<sup>178</sup>. In questo senso, alla radice del problema del consenso risiede il nucleo del diritto fondamentale alla salute (ovvero del viluppo dei diritti fondamentali libertà-identità-salute), che si enuncia nella sua più nitida interezza – come è stato magistralmente osservato – «formulando il principio secondo cui la valutazione del rapporto tra la proposta terapeutica, i relativi benefici e rischi, il benessere possibile, spetta esclusivamente all'interessato come esercizio, non comprimibile né fungibile, della percezione di sé e di una libertà che attiene alla configurazione della propria identità»<sup>179</sup>. Si tratterebbe, infatti, della tutela a tutto tondo di cui all'art. 13 Cost., in ordine alla quale, peraltro, non sarebbe semplicemente ipotizzabile un risarcimento per l'avvenuta violazione della libertà personale, ma altresì la riparazione di tutte le conseguenze nefaste proprie del trattamento sanitario oggetto del consenso dis informato (secondo la nota, fors'anche superata, dicotomia danno evento/danno conseguenza). Inoltre, e sempre a proposito di categorie in disuso, sarebbe come se l'originaria obbligazione di mezzi diventasse di risultato, proprio a séguito della negligente informazione di cui il paziente è stato destinatario ed unicamente in relazione ai rischi taciuti e successivamente verificatisi<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> App. Milano, 2 maggio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1417, con nota di G. FUCCI, (*Sul rapporto medico-paziente e responsabilità per inadempimento del dovere di informazione*).

<sup>178</sup> Il professionista perderebbe, nonostante l'assenza di una colpa tecnica a lui addebitabile, «il beneficio della responsabilità che copre l'evento sfortunato»: C. LEGA, *Il dovere del medico di informare il paziente*, in *I quaderni degli incontri n. 2*, Istituto italiano di medicina legale, Roma, 1962, p. 14. Si esprime in termini di "effetto traslativo del rischio" (che verrebbe meno nell'ipotesi d'inadeguata informazione) P. PACILEO, *La libertà personale*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto civile nella giurisprudenza. Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, II, Utet, Torino, p. 145.

<sup>179</sup> P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., p. 6.

<sup>180</sup> A questo proposito, v. F. CHABAS, *L'obligation médicale d'information en danger*, in *JCP G*, 2000, p. 459: «ce sera au médecin d'assumer toutes les conséquences néfastes du traite-

Già nel 2005, peraltro, il Tribunale ambrosiano<sup>181</sup> evidenziava tutti i limiti di una ricostruzione di questo tenore ed escludeva che dalla violazione dell'autodeterminazione individuale potesse conseguire *ipso iure* un danno risarcibile. Pertanto, il pregiudizio lamentato dal paziente non poteva in alcun modo semplicemente coincidere con la lesione dell'interesse protetto (seppur di rango costituzionale), «essendo necessaria l'allegazione e la prova dell'entità dello stesso, che deve comunque essere apprezzabile per poter dare luogo a risarcimento», *ex artt.* 1223 e 2059 c.c. Nel caso di specie<sup>182</sup>, d'altronde, non solo si negava la sussistenza di un danno biolo-

---

ment (...). N'ayant pas permis au malade de prendre la responsabilité de l'intervention et de ses risques, c'est sur lui qui pèseront cette responsabilité e tous les risques. Le non respect de la volonté du patient va transférer les risques de l'intervention sur le praticien (...). *Contra*, v. Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, cit., in cui l'omissione di un concreto accertamento in termini di nesso eziologico si accompagna all'esclusiva riparazione del pregiudizio *in re ipsa* derivante all'attrice dall'avvenuta violazione «del suo diritto a scegliere in ordine alla propria esistenza», quale «valore primario di rango costituzionale» (si tratta di un danno-evento, quantificato in euro 100.000). Per contro, si esclude il risarcimento del pregiudizio alla salute, in esplicita antitesi, al riguardo, con un orientamento giurisprudenziale «frutto di una configurazione del consenso del paziente in funzione di scriminante dell'operato medico». Similmente, v. Trib. Paola, 15 maggio 2007, in *Corr. mer.*, 2007, p. 1002, con commento di G. GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, e in *Foro it.*, 2007, I, c. 2948, con note di richiami.

<sup>181</sup> Trib. Milano, 29 marzo 2005, cit. Cfr. anche Trib. Roma, 10 maggio 2005, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 149, secondo il quale «alla lesione di un interesse di rango costituzionale, qual è quello all'autodeterminazione, consegue un danno risarcibile nei casi in cui sia stato leso il bene-salute rispetto al quale l'obbligo di informazione è necessariamente strumentale». V. G. GENNARI, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1411, e G. FACCI, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, *ivi*, p. 41. Similmente, cfr. Trib. Milano, 4 marzo 2008, n. 2847, in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 889, con commento di S. CACACE, *Consenso informato: novità sul fronte giurisprudenziale. Rappresentazione in tre atti*, e in *Resp. civ.*, 2009, p. 75, con nota di F.R. FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle S.U. della Cassazione*: «Non è sufficiente la mera dimostrazione, da parte del paziente, della lesione del proprio diritto di autodeterminazione, in assenza dell'allegazione del danno-conseguenza risarcibile, nella forma di un danno morale soggettivo (patema d'animo interiore) o di un danno esistenziale (compromissione esteriore delle proprie abitudini di vita). Tali danni, infatti, non sono mai *in re ipsa*, e, poiché nel caso di specie neppure si accompagnano alla lesione del bene salute (al contrario risultando provato addirittura un miglioramento delle condizioni di salute della malata), è altresì inammissibile una prova per presunzioni. Incombeva sull'attrice l'onere di allegare specifiche sofferenze o peggioramenti delle proprie quotidiane condizioni di vita». Ugualmente, v. Trib. Milano, 22 luglio 2005, n. 8631, inedita. Infine, cfr. R. PUCELLA, *L'illiceità dell'atto medico tra lesione della salute e violazione del consenso*, cit., pp. 185 ss.

<sup>182</sup> V. G. FACCI, *Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una "trappola" per il sanitario?*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 486. Similmente, cfr. Trib. Genova, 10 gennaio 2006, cit., dove la mancata liquidazione del danno biologico si spiega in ragione dell'impossibilità di «ravvisare un peggioramento complessivo della salute» dell'attrice «a causa della mancata opzione per una ritardata effettuazione dell'intervento in artrodesi». D'altra parte, viene risarcita la somma di euro tremila per lesione della libertà d'autodeterminazione della paziente, al contempo negandosi la configu-

gico, ma si ravvisava persino un miglioramento delle condizioni psicofisiche del paziente, conseguente ad un intervento sì diligentemente eseguito, ma per il quale non era stato previamente fornito idoneo consenso informato. Per questo motivo, sarebbe stato onere dell'attrice (se non provare che avrebbe fatto una scelta diversa) quanto meno allegare circostanze che rendessero plausibile la possibilità che, se adeguatamente informata, avrebbe ella rifiutato l'intervento. Nella fattispecie concreta, invece, la paziente non allegava alcuno specifico patema d'animo o sofferenza, né transeunte né permanente, e neppure prospettava l'insorgenza di pregiudizi ulteriori e diversi comunque riconducibili all'omesso consenso informato.

La sussistenza di un pregiudizio alla salute (quindi, di un rapporto causale *di primo livello*: giova qui ripetersi, fra trattamento sanitario e danno biologico) agevola, in questo senso, la dimostrazione del nesso eziologico *di secondo livello* (il paziente avrebbe rifiutato; la sua autoterminazione è stata violata<sup>183</sup>), sulla base di quel giudizio di prognosi postuma che valuta *l'id quod plerumque accidit* (in *common law*, si vedrà, è il c.d. *reasonable person standard*<sup>184</sup>), ovvero il comportamento di una persona "media" nelle medesime condizioni (edotta riguardo a quei determinati rischi)<sup>185</sup> – fatta naturalmente salva la possibilità, per l'ammalato, di

---

rabilità di una violazione della sua dignità personale. V. altresì Trib. Brindisi, 9 dicembre 2011, in *Banca Dati De Jure*. Per converso, neppure si menziona il danno da lesione dell'autodeterminazione individuale in Trib. Napoli, 30 gennaio 1998, cit., mentre si assiste ad un'importante riparazione del danno biologico da invalidità permanente (attese, fra l'altro, l'età dell'attrice all'epoca del fatto e la completa compromissione della sua possibilità di avere rapporti sessuali: lire 230.000.000) e del pregiudizio morale (lire 300.000.000), nonché del danno emergente pregresso per spese mediche e varie documentate (lire 53.563.651) e per spese future, attesa la sicura necessità della malata di avvalersi continuamente di un aiuto estraneo anche per i più semplici atti quotidiani (lire 200.000.000). Infine, si conviene per un risarcimento, in favore del marito, di lire 200.000.000, parimenti distribuite a titolo di danno morale e di danno biologico sofferti, nonché di lire 100.000.000 per ciascun figlio, sempre in ragione del pregiudizio morale e biologico subiti.

<sup>183</sup> Ritiene necessaria l'individuazione di tale nesso eziologico anche R. DE MATTEIS, *Causalità e danno nella responsabilità professionale*, cit., pp. 633 ss.

<sup>184</sup> Cfr. *infra*, cap. I, § 16, *English law e standards informativi*.

<sup>185</sup> Trib. Verona, 10 gennaio 2011, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2100, con commento di C. GARUFI, *L'obbligo di informazione del sanitario e la c.d. perdita di chance*, e in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 357, con commento di C. LANCIONI, *Negato il risarcimento al paziente che avrebbe scelto di sottoporsi all'intervento anche se adeguatamente informato*: «Bisogna in altri termini chiedersi cosa avrebbe fatto una persona media nelle stesse condizioni, debitamente informata (...). In questa prospettiva acquistano rilievo: l'istinto di sopravvivenza e lo spirito di conservazione dell'essere umano, l'indiscutibile rilievo (come speranza) della possibilità di un intervento risolutivo del problema senza conseguenze, la naturale difficoltà ad affrontare (in caso di mancata sottoposizione all'intervento) la prospettiva di una vita residua del tutto incerta, in quanto caratterizzata dalla "spada di Damocle" consistente nel rischio, da un momento all'altro, di un episodio emorragico con effetto letale o comunque inabilitante». Cfr. anche Trib. Bologna, 12 maggio 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 610, con com-

addurre un suo peculiare *stato*, in termini di personalità, inclinazioni, contesto di vita (c.d. *subjective standard*<sup>186</sup>). Del resto, quella del nesso causale può ben rivelarsi una vera *probatio diabolica*; se l'intervento è "necessario" (magari, addirittura, salvavita)<sup>187</sup>, se le condizioni di salute del paziente sono critiche, se il rischio realizzatosi è comunque meno grave del pregiudizio che si sarebbe verificato in assenza dell'operazione, se la percentuale di concretizzazione di un determinato pericolo è molto bassa: questi ed altri sono gli elementi che, alla resa dei conti, possono condurre alla negazione di un rapporto eziologico. Il paziente non avrebbe potuto che acconsentire<sup>188</sup>.

Con l'arresto del 2010<sup>189</sup>, peraltro, è diventato definitivamente chiaro come, dalla violazione di un diritto fondamentale della persona, quale quello al consenso informato in ambito sanitario, derivi la risarcibilità di qualsivoglia pregiudizio non patrimoniale conseguente, anche a prescindere dalla possibilità di individuare uno specifico danno alla salute (esito infuasto)<sup>190</sup>. Orbene, questi ulteriori pregiudizi, diversi dal biologico, dovranno –

---

mento di S. DROGHETTI, *La risarcibilità dei danni derivati da un trattamento medico necessario e correttamente eseguito, in difetto, però, di consenso del paziente*: «(...) potendo essere anche presuntiva la prova che l'attore paziente deve fornire circa le sue determinazioni a fronte di una completa informazione, tanto più sarà credibile l'allegazione di un suo rifiuto all'intervento chirurgico – a fronte di una completa informazione sulle sue possibili complicanze – quanto più tale intervento non risulti necessario a supporto di funzioni vitali, conducendo a tali esiti probatori la valutazione del paziente più frequente, nella prassi del suo rapporto con il personale medico, in tema di rischi-benefici per la propria salute».

<sup>186</sup> Cfr. *infra*, cap. I, § 16, English law e standards informativi.

<sup>187</sup> Similmente, Trib. Roma, 13 dicembre 2010, in *Banca Dati Leggi d'Italia*, esclude il risarcimento di qualsivoglia danno non patrimoniale poiché l'operazione di cataratta «era necessaria, non essendovi possibilità di interventi terapeutici e/o farmaceutici alternativi», mentre «la sua posticipazione avrebbe comportato un peggioramento delle condizioni» della paziente. Cfr. altresì l'analisi giurisprudenziale di B. GUIDI, *Il danno alla persona derivante da attività sanitarie*, in *Danno e responsabilità*, 2011, allegato 1, p. 55.

<sup>188</sup> Così App. Milano, 7 marzo 2016, n. 894, in *Ridare.it*, 2016, 6 aprile; Trib. Verona, 10 gennaio 2011, cit.; Trib. Roma, 13 dicembre 2010, cit.; Trib. Bologna, 12 maggio 2010, cit., e Tribunale Bari, 10 marzo 2009, cit. Cfr. anche Trib. Firenze, 3 settembre 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 608, con commento di F. CECCONI, G. CIPRIANI, *Responsabilità medica: quando il consenso, veramente informato, fa la differenza*: «Nel nostro ordinamento il risarcimento del danno non è una sanzione per aver tenuto una condotta negligente o imprudente, ma è il ristoro dovuto a fronte dei danni che quella condotta ha provocato; di fronte ad una condotta, pur se colposa, che non abbia però avuto incidenza causale nella produzione del danno, nel senso che questo si sarebbe ugualmente verificato, non vi è luogo per disporre un obbligo risarcitorio».

<sup>189</sup> Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit. V. anche Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2015, n. 9331, in *Ridare.it*, 2016, 18 marzo, con commento di A. SCALERA, *Il danno risarcibile per la cura radioterapica effettuata in assenza di informazione*, e App. Napoli, 2 luglio 2014, n. 3046, in *Ridare.it*, 2015, 6 marzo.

<sup>190</sup> Cfr., d'altro canto, G. FACCI, *Brevi osservazioni in tema di funzione riparatoria della responsabilità civile e violazione del sanitario del dovere di informazione*, in *Resp. civ. prev.*,

ai fini della loro liquidazione – necessariamente superare la soglia della gravità dell'offesa ovvero un minimo livello di tollerabilità giudizialmente valutato, nonché essere *dimostrati* nella loro sostanza e natura (il danno-evento è escluso<sup>191</sup>: l'omessa informazione non cagiona, di per sé, lesione dell'autodeterminazione). Ci si riferisce, in particolare, al paziente testimone di Geova, che preferisce rifiutare l'emotrasfusione e perdere la vita, piuttosto che precludersi la salvezza dell'anima, ovvero all'ammalato che avrebbe potuto scegliere di morire invece di dover sopportare sofferenze fisiche ritenute intollerabili o di vedersi, per esempio, amputato un arto nel corso di un'operazione (e così costretto a vivere contrariamente alla sua personale concezione di dignità). D'altro canto, non sembra a chi scrive che il risarcimento di pregiudizi siffatti possa prescindere, comunque, dalla dimostrazione del nesso eziologico e di primo e di secondo livello: certo, la felice prova del rapporto causale comporta, in questi casi, altresì quella – e pressoché automaticamente – del pregiudizio subito (e viceversa, pare corretto sostenere). Nel caso del testimone di Geova, per esempio, la dimostrazione che il bene *preferito* sarebbe stato l'ossequio a un precetto (avrebbe rifiutato, se posto nelle condizioni di farlo), piuttosto che la stessa vita, manifesta di per sé la sussistenza di un danno, per di più gravissimo<sup>192</sup> (un'esistenza *dannata*); al contrario, laddove si tratti della violazione di un rifiuto espresso ed autentico, neppure dovrà ricorrersi alla ricostruzione e alla prova del nesso eziologico: riguardo alla volontà del paziente non potranno esservi, allora, né dubbi né congetture.

In questo stesso senso, l'inscindibilità fra causalità e pregiudizio si ma-

---

2008, p. 402: «(...) non si vuole certo affermare che il diritto al risarcimento del danno per violazione del consenso informato possa sussistere soltanto se vi è stato un pregiudizio alla salute del paziente. Più semplicemente, si vuole evidenziare che il diritto all'autodeterminazione in campo sanitario è normalmente rivolto ad ottenere un risultato favorevole per la salute del paziente stesso, in modo che le conseguenze negative per la violazione del diritto all'autodeterminazione possono essere apprezzate prevalentemente, ma non esclusivamente, sotto il profilo del peggioramento della salute». Nello stesso senso, cfr. anche Cass. civ., Sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1012, con nota di S. BALBUSSO, *Difetto di informazione o consenso: problemi di autodeterminazione al trattamento medico*. Cfr. altresì l'articolata soluzione di Trib. Milano, 29 marzo 2005, cit. Liquidata anche il danno alla salute Trib. Milano, 8 giugno 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 402, con nota di G. FACCI, *Brevi osservazioni in tema di funzione riparatoria*, cit., e in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con commento di S. BAGGIO, *I danni risarcibili per mancata prestazione del consenso*. V. anche G. LATTI, *Violazione del dovere di informazione e danno nei trattamenti medici*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), sezione Malpractice, *Consenso informato*, 16 gennaio 2006, e G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 230 ss.

<sup>191</sup> Similmente, per l'ordinamento spagnolo, cfr. Trib. Supr., 30 settembre 2009, in *Rev. resp. civ. circ. seg.*, 2010, 2, p. 41.

<sup>192</sup> Per quanto riguarda la sua quantificazione, v. Trib. Torino, 13 aprile 2011, n. 2533, in *Dir. giur.*, 2011, p. 431, con commento di B. SALVATORE, *Violazione dell'autodeterminazione terapeutica e risarcimento del danno non patrimoniale: il rifiuto della trasfusione da parte del testimone di Geova*.

nifesta anche nella decisione meneghina<sup>193</sup> che nega il risarcimento del danno perché l'attrice ha mancato di, quantomeno, allegare sofferenze specifiche (danno morale soggettivo) o peggioramenti delle proprie quotidiane condizioni di vita (danno esistenziale) conseguenti all'intervento effettuato – sì diverso rispetto a quello per il quale il consenso era stato prestatato, ma meno invasivo, più conservativo e felicemente riuscito. La mancata informazione non ha avuto conseguenza alcuna; come suaccennato, la fallita dimostrazione di un pregiudizio si coniuga qui, pressoché inevitabilmente, con l'impossibilità, allo stesso modo, di provare il nesso eziologico – che si sarebbe rifiutato. Ancora una volta, l'inadempimento del medico non equivale alla lesione dell'autodeterminazione: il danno non può essere *in re ipsa*.

Nel 2010<sup>194</sup>, la liquidazione del biologico – s'è visto – viene subordinata alla prova, da parte del paziente, del rifiuto che avrebbe egli opposto; al contempo, la Cassazione configura un'altra voce di danno non patrimoniale, che richiede sì una lesione alla salute (da cui pare ontologicamente inscindibile), ma per la quale è possibile prescindere, invece, dall'accertamento del rapporto causale (del diniego che l'ammalato avrebbe manifestato): si tratta, nella specie, dell'impreparazione<sup>195</sup>, ovvero «del turbamento e della sofferenza che deriva (...) dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate».

Per quanto riguarda, invece, tutti gli altri danni non patrimoniali, conseguenti all'inadempimento dell'obbligo informativo, diversi dal biologico e dall'impreparazione e, comunque, tutti meritevoli di riparazione, la Cassazione lasciava un certo margine (di dubbio e) d'interpretazione: certo, devono essere dimostrati e non bagatellari; non era chiarissimo, invece, quale fosse il regime della prova del nesso eziologico, al riguardo. La successiva giurisprudenza di legittimità<sup>196</sup>, d'altro canto, chiarisce questo passaggio ed esclude persino la necessità di *allegare* il rifiuto: è sufficiente, infatti, allegare l'inadempimento del medico, per ottenere la liquidazione del pregiudizio derivante dalla violata autodeterminazione. In questo modo, ad essere inaugurata è una sorta di duplice presunzione, di danno e di rapporto causale, la quale consente l'apprestamento di un'automatica tutela risarcitoria a séguito dell'avvenuta violazione dell'obbligo informativo.

---

<sup>193</sup> Trib. Milano, 4 marzo 2008, cit.

<sup>194</sup> Cfr. Cass. civ., 9 febbraio 2010, cit.

<sup>195</sup> Cfr. Trib. Trento, 2 novembre 2015, n. 1016, in *Banca Dati De Jure*.

<sup>196</sup> V., in particolare, Cass. civ., 14 luglio 2015, n. 14642, cit.; Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2015, n. 24220, in *Danno e responsabilità*, 2017, p. 64, con commento di L. MATTINA, *Il consenso informato e l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione*, e Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547, in *D&G*, 2014, 1° ottobre, e in *Guida dir.*, 2014, 46, p. 62. Cfr. anche Trib. Roma, 4 gennaio 2016, n. 16, e Trib. Bari, 9 marzo 2016, n. 1297, entrambe in *Banca Dati De Jure*.

Orbene, la complessità e varietà delle fattispecie non agevolano il compito dell'interprete, il cui sforzo principale diviene quello di sistematizzare problemi e soluzioni. La prima considerazione riguarda il danno biologico: in termini assoluti, infatti, è talvolta possibile configurare una lesione alla salute anche in ipotesi di esito fausto. Si tratta, in particolare, non della realizzazione di un'alea riguardo alla quale il paziente era stato tenuto all'oscuro, bensì, per esempio, dell'esecuzione di un intervento necessario sì, ma demolitivo, riguardo ai cui esiti, però, non ci si possa oggettivamente riferire ad un *quid peius* rispetto al non-trattamento (in ipotesi, l'alternativa sarebbe stata il decesso: come nelle fattispecie di *wrongful life*, la difficoltà è quella di considerare il non-essere *melius* di una vita con disabilità). D'altro canto, non è questione che la giurisprudenza si pone<sup>197</sup>: a fronte della natura "necessaria" del trattamento, altri sono i danni non patrimoniali con cui l'ammalato che non si è autodeterminato viene *compensato*. In *primis*, l'impreparazione di cui sopra, laddove l'informazione è volta a determinare «l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene; e che non si verifichi quanto di male potrebbe capitare»<sup>198</sup>. L'impreparazione, peraltro, non solo concerne la mancata previa accettazione dell'eventuale esito sgradevole, ma altresì scaturisce dall'ipotesi in cui il sanitario arbitrariamente decida di privilegiare, per esempio, la tutela della vita del paziente al prezzo di altri beni o interessi (sempre in ipotesi, amputando un arto). In entrambi i casi, del resto, l'ammalato "preparato" presenta «una minore propensione ad incolpare il medico»<sup>199</sup>; inoltre, parrebbe corretto affermare che tale impreparazione è degna di autonomo risarcimento solo laddove il biologico non sia stato liquidato: perché l'onere di provare il nesso eziologico non è stato assolto o perché, diversamente, di "danno" propriamente non si tratta. Altrimenti, il pregiudizio da impreparazione deve giustamente essere incorporato ed assorbito all'interno di quello alla salute.

Il pericolo di duplicazioni, di eccessi e di automatismi risarcitori bene introduce, poi, l'ultima considerazione, attinente a quel danno da violazione del diritto all'autodeterminazione verso cui la giurisprudenza si mostra, negli ultimi tempi, sempre più condiscendente. Innanzitutto, le conseguenze pregiudizievoli devono essere provate: non basta l'inadempimento del medico né la riparazione può conseguire meccanicamente alla lesione della situazione giuridica soggettiva. Gli arresti giurisprudenziali, tuttavia, non paiono, al riguardo, particolarmente scrupolosi. C'è, poi, la

---

<sup>197</sup> Cfr. Cass. civ., 9 febbraio 2010, cit., laddove incidentalmente considera: «pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione (*del diritto all'autodeterminazione*) per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito».

<sup>198</sup> Cass. civ., 9 febbraio 2010, cit.

<sup>199</sup> Cass. civ., 9 febbraio 2010, cit.

questione del nesso eziologico. Se viene liquidato il biologico, *nulla quaestio*: esso è già stato – necessariamente – dimostrato. In questo caso, s'è detto, il danno non patrimoniale è suscettibile di una considerazione per lo più unitaria<sup>200</sup> e i pregiudizi ulteriori (rispetto al biologico) sopportati dal paziente e considerati dal giudice saranno di norma strettamente connessi alla lesione alla salute, più che a quella all'autodeterminazione, salvo casi specifici e particolari (il testimone di Geova cui l'emotrasfusione cagioni – anche – un danno all'integrità fisica: HIV o epatite, *in primis*). Il problema, invece, si pone quando il biologico non è stato liquidato, perché, innanzitutto, il giudizio controfattuale è fallito (l'ammalato avrebbe comunque acconsentito; non è stato possibile dimostrarne il rifiuto): l'impreparazione, infatti, potrebbe non “coprire” tutte le conseguenze pregiudizievoli subite a séguito della lesione di un'autodeterminazione *in potenza* – della libertà di scegliere, a prescindere da che cosa, in concreto, si sarebbe davvero poi scelto<sup>201</sup>. Stesso discorso laddove il biologico non sia stato liquidato, invece, perché il trattamento era necessario, benché non esente da ripercussioni sulla salute del paziente. Del resto, negare siffatto risarcimento significherebbe lasciare senza sanzione (fatta salva l'impre-

---

<sup>200</sup> Per l'“unitarietà” del danno non patrimoniale, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-73-74-75, in (*ex pluribus*) *Danno e responsabilità*, 2009, p. 19, con commenti di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “de profundis” per il danno esistenziale*, e S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, e in *Foro it.*, 2009, I, c. 120, con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, e E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*. Cfr. altresì i criteri risarcitori adottati da Trib. Varese, 20 febbraio 2006, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), sezione Malpractice, *Consenso informato*, 20 febbraio 2006, nonché E. SERRAO, *Il danno risarcibile per responsabilità medica*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 2321.

<sup>201</sup> V. S. ARGENTIERI, *L'ambiguità*, Einaudi, Torino, 2008, p. 88: «(...) a fronte dell'asimmetria esistente fra le conoscenze del paziente e quelle dell'operatore sanitario, quest'ultimo è tenuto in ogni caso all'adempimento dell'obbligo di informazione, prima del quale non può presumersi alcuna adesione consapevole al piano d'intervento e neppure alcuna accettazione dei possibili esiti». Cfr. Cass. civ., Sez. III, 12 giugno 2015, n. 12205, in *Danno e responsabilità*, 2016, p. 402, con commento di M. GAZZARA, *Responsabilità per omessa o insufficiente informazione pre-operatoria*, e in *Corr. giur.*, 2016, p. 940, con commento di E. GRIPPAUDO, *Non tutto è bene quel che finisce bene se manca il consenso informato*. V. anche Cass. civ., Sez. III, 20 maggio 2016, n. 10414, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), con commento di R. SAVOIA, *Il danno da mancata informazione del medico è ontologicamente diverso dal danno alla salute*; Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854, in *Danno e responsabilità*, 2015, p. 421; Trib. L'Aquila, 23 ottobre 2014, n. 853, in *Banca Dati De Jure*, e Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2013, n. 11950, in *Ridare.it*, con commento di D. MUNAFÒ, *Diritto all'autodeterminazione: il danneggiato non deve provare che avrebbe rifiutato la prestazione se adeguatamente informato*. Cfr. anche C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 517.

parazione, che, viceversa, potrebbe anche ritenersi bastevole, in realtà) la mancata informativa rispetto al trattamento medico cosiddetto *necessario*<sup>202</sup>. La terminologia, però, già comincia a cambiare; la preoccupazione preminente non è più la riparazione a beneficio del paziente, bensì diviene la punizione del sanitario per un suo comportamento deprecabile: si tratterà, allora, di una pena privata, per la cui quantificazione è necessario riferirsi, per l'appunto, più alla riprovevolezza della condotta sotto accusa, piuttosto che all'entità e gravità delle conseguenze, sulla vittima, della colpa stessa. In questo senso, una sistematica *compensation* – sostenuta dalla duplice presunzione di cui sopra – comporterebbe il moltiplicarsi di condanne al pagamento di qualche migliaio di euro, sì “contentino” per il paziente insoddisfatto, che null'altro di meglio, in giudizio, sia riuscito ad ottenere, ma, soprattutto, “spauracchio” per il medico, sempre inquieto dinanzi al proliferare della litigiosità in tribunale e spesso neppure assistito, rispetto al pagamento di queste somme (laddove non si tratta di negligenza nell'eseguire, bensì, appunto, di mero consenso informato), dai contratti d'assicurazione, con tutte le conseguenze ben note in tema di medicina difensiva e di razionalità del sistema risarcitorio nel suo complesso. In questo senso, l'adozione di un metro esclusivamente *pro aegroto*, laddove l'ansia risarcitoria finisce per tramutarsi in autentica scure sanzionatoria, finisce per produrre effetti deleteri sulla stessa pratica sanitaria – un vero e proprio *boomerang*, per il paziente<sup>203</sup>.

Esiste, infine, l'ipotesi in cui non sia possibile individuare alcun inconveniente rispetto al quale ci si sarebbe potuti “preparare”. Si tratta di quelle fattispecie – cui già si accennava – per le quali la dimostrazione del danno, però, è un tutt'uno con la prova del rapporto causale: il testimone di Geova e l'emotrasfusione – per menzionare l'esempio più “facile”. Ragionare altrimenti – prescindendo dagli oneri probatori e accogliendo una

---

<sup>202</sup> Riguardo, invece, ad un intervento di chirurgia estetica “non necessario” e alla conseguente inversione dell'onere probatorio quanto al nesso eziologico (il paziente non deve dimostrare che avrebbe rifiutato; il suo dissenso è presunto), cfr. Cass. civ., Sez. III, 6 giugno 2014, n. 12830, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1171, con nota di I. PIZZIMENTI, *Responsabilità civile del medico per violazione del dovere d'informazione: il crinale della necessità dell'intervento*; in *Danno e responsabilità*, 2015, p. 246, con commento di L. MATTINA, *Chirurgia estetica: la Cassazione tra consenso informato e “dissenso presunto” del paziente*, e in *Giur. it.*, 2015, p. 48, con commento di G. RISPOLI, *Chirurgia (anti)estetica e consenso informato*. Al riguardo, cfr. *infra*, cap. IV, § 1, *Chirurgia estetica e odontoiatria: un'informazione peculiare*.

<sup>203</sup> Cfr. C. GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 22; F. BUZZI, P. DANESINO, V. PALIERO, F. RADAZZO, “Cause e mezzi” della medicina difensiva: riflessioni medico-legali, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 17; A. FIORI, G. LA MONACA, *Per una “terapia giurisprudenziale” del contenzioso giudiziario da responsabilità medica*, *ivi*, p. 33; L. NOCCO, *Un no fault plan come risposta alla “crisi” della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull’“alternativa francese” a dieci anni dalla sua introduzione*, *ivi*, 2012, p. 449, e G. COMANDÈ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 977.

logica che ritorna prepotentemente agli stilemi del danno-evento – significa tradire la meccanica della responsabilità contrattuale e, in qualche modo, altresì svalutare la *ratio* stessa del consenso informato, il quale si ridurrebbe, così, a premio di consolazione che, proprio perché di poco conto, non può negarsi a nessuno (salvo voler commisurare il risarcimento alla gravità della violazione compiuta dal medico, con un capovolgimento della prospettiva, allora, e con tutt'altri presupposti e spiegazioni: dal danneggiato al danneggiante, come poc'anzi si rilevava<sup>204</sup>). Peraltro, se è vero che il risultato del trattamento sanitario può correttamente influire sulla quantificazione e valutazione del danno biologico, altrettanto evidente appare l'esigenza di apprestare adeguata tutela all'autodeterminazione individuale a prescindere dal "successo" dell'operazione eseguita (nonostante, quindi, la mancata configurazione di un'offesa alla salute strettamente intesa), laddove la violazione concerne valori, diritti ed interessi provvisti di dignità costituzionale e si esprima altresì nell'individuazione di un pregiudizio *provato*. Al contrario, la mera conoscenza – staticamente intesa – non pare suscettibile di tutela, laddove non possa in alcun modo essere attestato che questa abbia perso l'opportunità di svolgersi, esplicarsi o dinamicamente applicarsi in una qualche, diversa, direzione.

## 12. Il dovere d'informazione in Francia

Ai sensi dell'art. L. 1111-2 del *Code de la santé publique* francese, «toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette informa-

---

<sup>204</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 6 aprile 2011, n. 7844, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1012, con nota di E. TUCCARI, *La prova del pregiudizio non patrimoniale attraverso le presunzioni*, e in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1731, con nota di P. ZIVIZ, *La fallacia del principio onnicomprensivo*: «Come le Sezioni Unite di questa Corte hanno avuto modo di affermare nel 2008, il danno, anche in caso di lesione di valori della persona, non può considerarsi *in re ipsa*, in quanto ne risulterebbe snaturata la funzione del risarcimento che verrebbe ad essere concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno bensì quale pena privata per un comportamento lesivo (...)». V. anche A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1854; G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 621; ID., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1195; ID., *Il "buonismo" della Cassazione e la facile dimenticanza del danno conseguenza*, in *Danno e responsabilità*, 2014, p. 284; P. CENDON, N. SAPONE, *Prova presuntiva e quantificazione del danno non biologico*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 712; C. IURILLI, *La rilevanza del contesto economico e sociale rispetto alle categorie del "danno evento" e del "danno conseguenza": dal danno da demansionamento ai rapporti banca-cliente*, in *Stud. iur.*, 2014, p. 1012; P. MEINERI, *"Pigiarmi e camici": "an" e "quantum" del danno da diffamazione*, in *Danno e responsabilità*, 2014, p. 251; P. PIRRUCCIO, *Il danno non patrimoniale non è mai "in re ipsa", ma occorre sempre la prova (anche presuntiva) del pregiudizio subito*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2086, e L.A. SCARANO, *Il danno non patrimoniale e il principio di effettività*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 1.

tion porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus»<sup>205</sup>.

In particolare, è la *loi* c.d. *Kouchner*<sup>206</sup> ad operare, all'interno del *Code de la santé publique* (artt. L. 1111-2 ss.), un vero e proprio compendio<sup>207</sup> in materia d'informazione e consenso, codificando quanto già enunciato in sede di contenzioso e, al contempo, sottraendo tale disciplina alle normali fluttuazioni e divergenze giurisprudenziali<sup>208</sup>, nonché alla possibile, e non peregrina, incoerenza fra pronunce di tribunali ordinari ed amministrativi<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> V. C. CHARBONNEAU, F.-J. PANSIER, *Présentation du Titre II relatif à la démocratie sanitaire*, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 687, e il *Rapport d'information* n. 3688 dell'Assemblée nationale sulla *loi* n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, presentato da C. EVIN, B. CHARLES, J.-J. DENIS e depositato dalla *Commission des affaires culturelles, familiales et sociales*. Cfr. altresì F.-J. PANSIER, C. CHARBONNEAU, *Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, 1<sup>ère</sup> partie*, in *Petites Affiches*, 2002, 52, pp. 5 ss., e S. PORCHY-SIMON, *Responsabilité médicale. Principes généraux*, in *Resp. civ. assur.*, 2002, p. 420.

<sup>206</sup> Legge 4 marzo 2002, n. 303, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*.

<sup>207</sup> Cfr. altresì i punti terzo (*L'information donnée au patient doit être accessible et loyale*) e quarto (*Un acte médical ne peut être pratiqué qu'avec le consentement libre et éclairé du patient*) di *Usagers, vos droits*. *Charte de la personne hospitalisée* (circolare n. DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 del 2 marzo 2006, *relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée*, a cura del Ministère de la Santé et des Solidarités).

<sup>208</sup> Anche a carattere retroattivo: cfr. Cass. civ., Ch. I, 9 ottobre 2001, n. 00-14.564, in *D.*, 2001, p. 3470, con *rapport* di P. SARGOS e nota di D. THOUVENIN, *Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin*; in *Petites Affiches*, 2001, 243, p. 15, con commento di C. CLEMENT, *Le médecin, son devoir d'information et le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*; in *JCP G*, 2002, 12, p. 551, con commento di O. CACHARD, *Effect rétroactif de la jurisprudence sur l'obligation d'information du médecin*, e in *Petites Affiches*, 2002, 52, p. 17, con commento di F. MARMOZ, *L'application dans le temps de l'obligation d'information du médecin*.

<sup>209</sup> V., per esempio, J. GUIGUE, J. BONNEAU (a cura di), *Le juge judiciaire et le juge administratif se prononcent sur l'information médicale du malade*, in *Gaz. Pal.*, 1997, p. 1348. Cfr. altresì S. CLAVE, *La responsabilité médicale à l'hôpital public*, Arslan, Parigi, 2002, pp. 103 ss.; L. DUBOIS, *Le droit du patient à l'information: harmonisation des jurisprudences civile et administrative et problèmes de mise en oeuvre*, in *Rev. droit san. soc.*, 2000, p. 357; C. ESPER, *L'information médicale du malade à l'hôpital public*, in *Gaz. Pal.*, 2000, p. 2261; P. VILLENEUVE, *La réparation d'un préjudice lié à un défaut d'information médicale*, in *Petites Affiches*, 2000, 102, p. 16; C. CLEMENT, *L'obligation d'information médicale: les divergences des juges administratif et civil*, in *Petites Affiches*, 1999, 114, p. 12; C. ESPER, *La Cour administrative d'appel de Paris a développé en 1998 une jurisprudence particulièrement riche en droit médical*, in *Gaz. Pal.*, 1999, p. 860, e P. MISTRETTA, *L'obligation d'information dans la théorie contractuelle: applications et implications d'une jurisprudence évolutive*, in *Petites Affiches*, 1998, 67, p. 4.

I francesi, del resto, non lesinano quanto a riferimenti normativi: a fronte della parsimonia del legislatore italiano (quantomeno riguardo ad un *generale*, e non meramente *settoriale*, riconoscimento dell'autodeterminazione individuale in ambito sanitario), infatti, il Parlamento transalpino rivela una rara e continua attenzione per le questioni "a sensibilità bioetica"<sup>210</sup>. A ciò si aggiunga, poi, come il *Code de déontologie médicale* goda comunque di per sé, al di là delle Alpi, di legittimazione ulteriore e rafforzata, perché contenuto e racchiuso in apposito decreto emanato dal Capo del Governo (*décret no 95-1000 du 6 septembre 1995*): il disciplinare e il le-

---

<sup>210</sup> La libertà del paziente in ambito sanitario, peraltro, ha ottenuto particolare protezione in campo sperimentale, con l'emanazione della *loi Huriet-Sérusclat n. 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, poi riformata dalla *loi n. 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique*. V. anche la *loi n. 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*; la *loi n. 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal*; la *loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique* e la *loi n. 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine*. V. A. LE LOUARN, *Information et consentement: la loi n. 2012-300 conduit-elle vers une clarification?*, in *Journ. méd. lég.*, 2014, 1-2, p. 63; C. BYK, *Bioéthique*, in *JCP G*, 2013, 37, p. 1647; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, *Droits et libertés corporels*, in *D.*, 2013, 10, p. 663; D. THOUVENIN, *La loi n° 2012-300 du 5 mars 2012: des recherches pratiquées sur la personne aux recherches avec la personne*, in *Rev. droit san. soc.*, 2012, 5, p. 787; M. BORGETTO, *La bioéthique en questions*, *ivi*, p. 785; C. MASCRET, *Analyse de la loi sur la recherche impliquant les personnes humaines et de ses conséquences au regard des comités de protection des personnes*, in *Petites Affiches*, 2012, 159, p. 3; C. BYK, *Bioéthique*, in *JCP G*, 2012, 25, p. 1233; A. DIONISI-PEYRUSSE, *La loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine: à la recherche d'une conciliation entre protection de la personne et développement de la recherche en vue de progrès médicaux*, in *Rev. jur. pers. fam.*, 2012, 7, p. 6; J.-R. BINET, N.-J. MAZEN, M. BOULET, A. CHAUSSY, G. LAW DE LAURISTON, C.-E. THIAW, M. US, A. PICARD, *Ethique et droit du vivant*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2012, 43, p. 399; C. BIK, *De la protection des personnes à la réglementation des recherches*, in *Droit fam.*, 2012, 5, p. 9; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, *Droits et libertés corporels*, in *D.*, 2012, 5, p. 308; S. LE GAC PECH, *La troisième version de la loi sur la bioéthique*, in *Petites Affiches*, 2011, 243, p. 3; S. PRIEUR, *L'assouplissement des règles relatives au don et à l'utilisation des organes et produits du corps humain (loi numéro 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique)*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2011, 41, p. 213; C. AUGUSTIN, *La loi relative à la bioéthique: commentaire de la loi du 7 juillet 2011*, *ivi*, p. 7, e J.-R. BINET, *La loi du 7 juillet 2011: une révision mesurée du droit de la bioéthique*, in *Droit fam.*, 2011, 10, p. 17. Cfr. altresì S. PRIEUR, *La notion de disposition de son propre corps*, *Les études hospitalières*, Bordeaux, 1999, pp. 101 ss., e S. MONNIER, *La reconnaissance constitutionnelle du droit au consentement en matière biomédicale. Etude de droit comparé*, in *Rev. int. droit comp.*, 2001, p. 383. V. G. MEMETEAU, *Quelle bioéthique?*, in *Méd. droit*, 2001, 47, p. 15; A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, Parigi, 1989; D. HARI-CHAUX, *Le corps objet*, in R. DRAÏ, D. HARICHAUX, *Bioéthique et droit*, P.U.F., Parigi, 1988, p. 130; J.-L. BAUDOIN, C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme: de quel droit?*, P.U.F., Parigi, 1987; M.T. MEULDERS-KLEIN, *Le droit de disposer de soi-même. Étendue et limites en droit comparé*, in J. LADRIERE (a cura di), *Liceità en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 215, e R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson, Parigi, 1966.

gale, dunque, pervengono ad una coincidenza e coerenza perfette. È stato scritto<sup>211</sup>, d'altronde, che il maggiore dinamismo del legislatore francese rispetto a quello italiano sia giustificato dal più debole appiglio costituzionale: a fronte degli artt. 2, 13 e 32 Cost., infatti, il collegamento che oltralpe può operarsi fra autodeterminazione del paziente e Carta fondamentale avviene per il tramite del generico ossequio che alla dignità umana sempre spetta (art. 16 *Code civil*). Così, risale già al 1994<sup>212</sup> la consacrazione codicistica di una salute *libera*, dinanzi all'invalidabile ed intangibile rispetto generalmente dovuto al corpo altrui, che altresì impone la preliminare acquisizione della positiva volontà dell'interessato «hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir» (artt. 16-1 e 16-3 *Code civil*<sup>213</sup>).

D'altronde, come nell'ordinamento italiano, se alcun dubbio sussiste circa l'esistenza, in capo al personale sanitario, di un dovere giuridico e deontologico d'informazione, sono necessariamente le corti a precisare e delimitare l'esatta portata di tale imperativo rispetto ai rischi insiti nell'atto medico<sup>214</sup>. Precisamente, si tratta, ancora una volta, di rinvenire il

<sup>211</sup> M. GIRER, L. KLESTA, *L'obligation d'information du médecin en France et en Italie*, in *Rev. droit san. soc.*, 2015, p. 853. Cfr. anche E. PULICE, *La deontologia medica tra pluralismo assiologico e pluralità di sedi di giudizio*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 15.

<sup>212</sup> *Loi n. 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*. V. C. BYK, *La loi relative au respect du corps humain*, in *JCP G*, 1994, 39, p. 405; IDEM, *Bioéthique (législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique)*, in *JCP G*, 1995, 20, p. 222; M. FARAG, *Commentaire des dispositions civiles des lois du 29 juillet 1994*, in *Méd. droit*, 1995, 14, p. 10, e G. FAURE, *Que bien légiférer est un art difficile! Bref commentaire du nouvel alinéa premier de l'article 16-3 du code civil issu de la loi du 27 juillet 1999*, in *Méd. droit*, 1999, 38, p. 1. V. anche J. CARBONNIER, *Droit civil, 1/ Introduction, les Personnes*, P.U.F., Parigi, 1977.

<sup>213</sup> Così come successivamente modificato dalla loi n. 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique. Cfr. F. BELLIVIER, Ch. NOVILLE, *L'adieu à l'article 1128 du Code civil: l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain?*, in *Rev. contr.*, 2016, p. 505.

<sup>214</sup> Per la giurisprudenza più recente, cfr. Cass. civ., Ch. I, 8 avril 2010, n. 08-21.058; Cass. civ., Ch. I, 14 janvier 2010, n. 08-21683; Cass. civ., Ch. I, 17 décembre 2009, n. 08-21206/08-21878; Cons. État, 9 décembre 2009, n. 308914; Cass. civ., Ch. I, 22 octobre 2009, n. 08-15442; Cons. État, 24 juillet 2009, n. 305372; Cass. civ., Ch. I, 9 juillet 2009, n. 08-17468; Cass. civ., Ch. I, 11 décembre 2008, n. 08-10255; Cass. civ., Ch. I, 31 mai 2007, n. 06-18262; Adm. App. Paris, 8 mars 2006, n. 03PA01450; Adm. App. Paris, 8 novembre 2006, n. 04PA00518; Adm. App. Bordeaux, 31 janvier 2006, n. 02BX01991; Adm. App. Lyon, 13 avril 2006, n. 01LY02589 – decisioni tutte reperibili in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); Cass. civ., Ch. I, 6 décembre 2007, n. 06-19301, in *D.*, 2008, p. 192, con nota di P. SARGOS, *L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral*; in *Petites Affiches*, 2008, 62, p. 7, con commento di G. ROYER, *L'obligation d'information préalable du médecin à l'égard des proches du patient*; in *Méd. droit*, 2009, p. 111, con commento di N. JOUSSET, C. ROUGE-MAILLART, J. PENNEAU, *Le préjudice moral né du défaut d'information du patient*; in *Gaz. Pal.*, 2008, p. 35, con nota di A. DUBALLET, *Un encadrement de l'obligation d'information du médecin*, e in *RTD civ.*, 2008, p. 303, con commento di P. JOURDAIN, *Devoir d'information du médecin et préjudice moral*; e App. Metz, 13 décembre 2008, in *Sem Jur.*, 2009, 23-24, p. 52. V. A.-E. CREDEVILLE, *Non à la dérive des préjudices*, in *D.*, 2008, p. 1914, e M. BACACHE,

giusto contemperamento tra un'opportuna cautela, tesa ad evitare l'irrazionale rifiuto di un paziente atterrito, e il bisogno stringente di garantire all'ammalato la conoscenza di tutti quei dati essenziali ai fini di una decisione realmente autodeterminata<sup>215</sup>. Peraltro, sei anni dopo aver statuito la natura contrattuale della relazione che fra medico e paziente intercorre<sup>216</sup>, la *Cour de cassation*<sup>217</sup> delinea, in capo al sanitario, una vera e pro-

---

*Longue vie à l'arrêt Mercier*, in *Rev. contr.*, 2011, p. 335. Infine, v. Cass. civ., Ch. I, 11 juin 2009, n. 08-10.642, in *Rev. droit san. soc.*, 2009, p. 913, con conclusioni di P. CHEVALIER, *Vérification des compétences du médecin libéral par l'établissement de santé privé et information du patient*.

<sup>215</sup> V. D. MALICIER, A. MIRAS, P. FEUGLET, P. FAIVRE, *La responsabilité médicale: données actuelles*, Eska, Parigi, 1998, p. 54, secondo i quali l'enumerazione dei rischi atterrisce il malato e può sviluppare tendenze suicide. Inoltre, viene sottolineato come statistiche americane mostrino una percentuale maggiore di insuccessi all'interno dei gruppi di soggetti meglio informati. V. anche Cons. État, 27 juin 2016, n. 386165, in [www.legifrance.gouv](http://www.legifrance.gouv), riguardo al dovere d'informazione circa i rischi presentati da un parto naturale, considerate le condizioni di salute della madre e del feto.

<sup>216</sup> Cass. req., 28 janvier 1942, *Teyssier*, in *D.*, 1942, p. 63: «il se forme, entre le médecin et son client, un véritable contrat, comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle». V. B. HOERNI, S. BRETON, *Comment la Cour de cassation a fait évoluer l'information des malades*, in *Rev. prat.*, 2011, p. 1325, e B. HOERNI, J.P. BOUSCHARAIN, *Arrêt Teyssier de la Cour de Cassation, 28 janvier 1942, quelques remarques sur une décision "oubliée"*, in *Hist. Sciences Méd.*, 2001, 35, p. 299.

<sup>217</sup> Similmente, v. Cass. civ., Ch. I, 4 mai 1970, in *D.*, 1970, p. 227. A tal proposito, cfr. G. MEMETEAU, *Le droit médical*, Litec, Parigi, 1985, pp. 342 ss. Inoltre, v. F.A. SIMO KOUAM, *La faute en droit médical*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2010, 34, p. 163; P. VAYRE, A. VANNINEUSE, *Le risque annoncé de la pratique chirurgicale*, Springer-Verlag, Parigi, 2003, pp. 663 ss.; A. CASTELLETTA, *Responsabilité médicale. Droits des malades*, Dalloz, Parigi, 2002; G. MEMETEAU, *La présentation du droit médical dans la RTD civ. Petite compilation*, in *RTD civ.*, 2002, p. 253; M. GOBERT (a cura di), *Médecine, Bioéthique et droit. Questions choisies*, Economica, Parigi, 1999; F. BOLOT, *Feu le libre choix du médecin par le patient?*, in *Gaz. Pal.*, 1999, p. 869; F.-J. PANSIER, A. GARAY, *Le médecin, le patient et le droit*, Ed. de l'école nationale de la santé publique, Rennes, 1999, pp. 25 ss.; AA.VV., *Le droit des patients: enjeux et défis*, Actes du colloque national, Maison du barreau de l'Ordre des avocats de Paris, 29 mai 1997, in *Gaz. Pal.*, 1998, p. 211; S. WELSCH, *Responsabilité médicale: la nouvelle donne*, in *Petites Affiches*, 1998, 43, p. 42; B. HOERNI, R. SAURY, *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*, Masson, Parigi, 1998, p. 52 ss.; G. VINEY, *Responsabilité civile*, in *JCP G*, 1997, 49, p. 507; C. CLEMENT, J.-M. CLEMENT, *Les principales décisions de la jurisprudence hospitalière*, Berger-Levrault, Parigi, 1995, pp. 30 ss.; F. LEMAIRE, S. RAMEIX, J.-P. GHANASSIA, *Consentement aux soins: vers une réglementation?*, Flammarion, Parigi, 1995; D. THOUVENIN, *La responsabilité médicale*, Flammarion, Parigi, 1995, p. 62 ss.; F. ALT-MAES, *L'information médicale du patient, au coeur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, in *Rev. droit san. soc.*, 1994, p. 381; S. GASCON, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, Yvon Blais, Cowansville, 1993; M. HARICHAUX-RAMU, *Responsabilité du médecin. Principes généraux*, in *Resp. civ. assur.*, 1993, 440-1, p. 11; ID., *Responsabilité du médecin. Fautes se rattachant aux devoirs d'humanisme du médecin*, in

pria obbligazione d'informare, imposta dal rispetto dovuto alla persona umana e prodromica alla prestazione, da parte del paziente, del consenso, violando la quale «il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux qui constitue une faute personnelle».

D'altra parte, il nodo gordiano si risolve, anche in Francia, nella suaccennata dicotomia pericoli normalmente prevedibili/pericoli eccezionali, per quanto concerne, appunto, sia l'effettiva ampiezza di cui l'informazione stessa deve godere sia la concreta individuazione della percentuale statistica raggiunta la quale un rischio può (o meno) definirsi genericamente prevedibile<sup>218</sup>.

A tal proposito, se le corti francesi hanno a lungo escluso il dovere del medico d'istruire il paziente circa i rischi d'insolita realizzazione<sup>219</sup>, è del 1998 il *revirement* dei giudici di massima istanza: il professionista, infatti, è oggi senz'altro obbligato ad un'informazione veritiera, chiara ed appropriata attorno ai pericoli gravi connaturati agli esami e alle cure proposte, dalla quale, tuttavia, «il n'est pas dispensé par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement»<sup>220</sup>. Da una distinzione fondata sulla

*Resp. civ. assur.*, 1993, 440-4; ID., *Responsabilité du médecin. Fautes de technique médicale*, *ivi*, 440-5; B. HOERNI, *L'autonomie en médecine. Nouvelles relations entre les personnes malades et les personnes soignantes*, Payot, Parigi, 1991; J. PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Dalloz, Parigi, 1977, e ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Larcier, Bruxelles, 1974.

<sup>218</sup> Un rischio con una possibilità di realizzazione fra il 2% e il 5% non è eccezionale, bensì costituisce un'eventualità statisticamente misurabile, seppur in proporzioni "minime": cfr. Cass. civ., Ch. I, 14 ottobre 1997, in *J.C.P.G.*, 1997, II, p. 22942, e in *Petites Affiches*, 1998, 31, p. 18, con commento di Y. DAGORNE-LABBE, *L'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient*; Cass. civ., 10 juillet 1995, n. 93-16561, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); App. Paris, 23 novembre 1989, in *D.*, 1991, p. 182, con annotazioni di J. PENNEAU, e Cass. civ., 15 mai 1981, in *Gaz. Pal.*, 1981, p. 352. D'altra parte, il medico non è obbligato ad informare circa un rischio che si realizza 4-5 volte su mille (Cass. civ., Ch. I, 6 mars 1979, in *D.*, 1980, p. 171, e in *Gaz. Pal.*, 1979, p. 333, a proposito della lesione di un nervo facciale a séguito di un'operazione contro la sordità) o, *a fortiori*, una volta su 300.000 (App. Nîmes, 18 octobre 1964, in *Gaz. Pal.*, 1965, p. 80, ove il paziente decede a causa di una radiografia alla vescicola biliare).

<sup>219</sup> Cfr. Cass. civ., 2 mars 1994, in *Resp. civ. assur.*, 1994, p. 220; Cass. civ., 15 décembre 1993, in *Resp. civ. assur.*, 1994, p. 93; Cass. civ., 3 janvier 1991, in *Gaz. Pal.*, 1991, p. 19; Cons. État, 9 janvier 1990, in *Rec CE*, 1990, p. 17; Cass. civ., 19 avril 1988, in *D.*, 1988, p. 125; Cass. civ., 20 janvier 1987, in *D.*, 1987, p. 419; Cons. État, 9 avril 1986, in *Rec. CE*, 1986, p. 8; Cass. civ., 29 mai 1984, in *D.*, 1985, p. 281, con annotazioni di F. BOUVIER; Cass. civ., 14 avril 1961, in *Gaz. Pal.*, 1961, p. 53, e Cons. État, 13 juillet 1961, in *Rec. CE*, 1961, p. 1175.

<sup>220</sup> Cass. civ., Ch. I, 7 octobre 1998, *Madame Castagnet c/ Clinique du Parc et autres*, in *JCP G*, 1998, II, p. 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, con nota di P. SARGOS, *Le médecin n'est pas dispensé de l'obligation d'information du seul fait que le risque est exceptionnel*; in *RTD civ.*, 1999, p. 111, con osservazioni di P. JOURDAIN; in *D.*, 1999, p. 145, con annotazioni di S. PORCHY, e in *Gaz. Pal.*, 1999, p. 63, con nota di F.-J. PANSIER, J.B. BLADIER, *Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. Civile) du 7 octobre 1998*. Cfr. anche S. PRIEUR, *Précisions sur les obligations de sécurité et d'information du médecin*, in *Petites Affiches*, 1999,

frequenza di realizzazione del rischio, quindi, si passa ad una motivata, piuttosto, dalla gravità<sup>221</sup> di quest'ultimo, che consacra il diritto del paziente alla conoscenza di tutti quei pericoli rari sì, ma comunque suscettibili d'incidere seriamente sulle sue condizioni di salute<sup>222</sup>.

D'altra parte, il legislatore tace a proposito di una precisa definizione di "gravità"<sup>223</sup>, mentre sottolinea l'esigenza di una "normale prevedibilità"

245, p. 12; E. GOUESSE, *Consentement, aléa thérapeutique et responsabilité médicale*, in *Petites Affiches*, 1999, 114, p. 4, e C. NOUVILLE, *L'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin*, in *Petites Affiches*, 1999, 89, p. 4. Ugualmente: Cass. civ., Ch. I, 15 juillet 1999, in *Resp. civ. assur.*, 1999, p. 334; Cass. civ., 7 décembre 1999, in *Resp. civ. assur.*, 2000, p. 92, e App. Paris, 25 octobre 2001, in *D.*, 2001, 43, p. 3492. In particolare, v. Cass. civ., 9 octobre 2001, cit.: «la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels». Similmente, in materia di responsabilità dell'ospedale pubblico: Cons. État, 5 janvier 2000, in *J.C.P.*, 2000, 11, p. 480, e in *Petites Affiches*, 2000, 40, p. 15, con commento di C. CLEMENT, *L'obligation d'information médicale: le Conseil d'Etat durcit sa position à l'égard des médecins*. A proposito di tale revirement, inoltre, così puntualizza il *Rapport annuel 1998 della Cour de cassation, première chambre civile*, pp. 273 e 274: «il convient d'observer que la formulation adoptée par ces deux arrêts quant à l'absence de dispense d'information fondée sur le seul fait que des risques ne se réalisent qu'exceptionnellement marque le souci de la première chambre de préserver ce que l'on pourrait appeler une "limitation thérapeutique de l'information" lorsque il apparaît au médecin que l'information sur les risques est de nature à avoir une influence négative sur la réussite des investigations ou de soins. Le praticien garde donc la faculté – même si elle doit être exceptionnelle car le principe est celui de l'information – de la limiter pour des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, qui est un critère fondamental».

<sup>221</sup> Cfr. Cass. civ., 14 octobre 1997, cit., con *rapport* di P. SARGOS, il quale definisce gravi i rischi «qui sont de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes, ou même esthétiques graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques ou sociales». Peraltro, nelle sue conclusioni a Cass. civ., 7 octobre 1998, cit., J. SAINTE-ROSE suggerisce «qu'il faut éviter d'accabler le malade sous une multitude d'informations qui peuvent davantage l'inquiéter que l'éclairer. Mais pourquoi ne pas s'en tenir à l'essentiel, c'est-à-dire aux risques majeurs mortels ou invalidants? C'est alors que le devoir de conseil du praticien, lui aussi inhérent à l'activité médicale prend toute son importance. Le médecin devra peser avec son client les avantages escomptés du traitement et les risques encourus de manière à obtenir un acquiescement ou un refus conscient».

<sup>222</sup> S. WELSCH, *Responsabilité du médecin. Risques et réalités judiciaires*, Litec, Parigi, 2000, pp. 69 ss. V. altresì I. DURAND-ZALESKI (a cura di), *L'information du patient: du consentement éclairé à la décision partagée*, Flammarion, Parigi, 1999, e S. HOCQUET-BERG, *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale*, in *Gaz. Pal.*, 1998, p. 1121. Per ciò che concerne, invece, la chirurgia estetica: Cass. civ., 17 février 1998, cit. Inoltre, cfr. C. HALPERN, *Guide juridique et pratique de la responsabilité médicale*, De Vecchi, Parigi, 2002, pp. 71 ss.; DEVERS, *Pratique de la responsabilité médicale*, Eska, Parigi, 2000, p. 133, e P. JOURDAIN, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Conditions de la responsabilité*, in *RTD civ.*, 1999, p. 111.

<sup>223</sup> A tal proposito, si ricordi come alcune sentenze abbiano adottato un concetto soggettivo di "gravità", apprezzata proporzionalmente alla natura e ai benefici attesi dall'atto sanitario: cfr. Cons. État, 23 juin 2000, *Juris-Data* n. 181849; App. Lyon, 1 mars 2001, *Juris-Data* n. 144751; App. Paris, 28 juin 2001, *Juris-Data* n. 150708.

dei pericoli insiti nel trattamento sanitario (art. L. 1111-2 *Code de la santé publique*: informazione sui *risques fréquents ou graves normalement prévisibles*): e ciò non a segnare un ritorno agli orientamenti propri della giurisprudenza anteriore al 1998, bensì a delineare un modello di riferimento di (diligenza del) professionista medio, che deve *normalmente* avere e dare conoscenza del rischio *grave* presentato dall'atto medico intrapreso – seppur non *frequente*. Del resto, la “normale prevedibilità” (o meno) di un rischio si apprezza necessariamente in relazione al caso concreto: la *Cour de cassation*<sup>224</sup> ha così escluso l'obbligatorietà dell'informazione attorno alla possibile reazione allergica derivante dalla somministrazione di un antibiotico, pericolo sì conosciuto dai medici curanti, ma la cui realizzazione «*était, dans le cas de M. X., imprévisible en raison des examens préopératoires et pré-anesthésiques pratiqués et de l'absence d'antécédent allergique*».

Talvolta, inoltre, la stessa comunità scientifica non è concorde circa l'esistenza di un determinato rischio, connesso all'esecuzione di uno specifico trattamento sanitario: per esempio, in *Mme Castagnet c/ Clinique du Parc et autres*<sup>225</sup>, la *Cour de cassation* non solo definisce la tromboflebite del seno cavernoso quale possibilità a realizzazione eccezionale, ma la ritiene altresì oggetto di vero e proprio dibattito all'interno del corpo medico, poiché complicità non del tutto confermata dallo stato delle conoscenze dell'epoca. Tuttavia, ai fini della determinazione del momento a partire dal quale un particolare rischio può considerarsi “conosciuto”, la *Cassation* conclude che un pericolo anche solo sospettato (e le cui probabilità di avverarsi siano pure lievi) dev'essere comunque ritenuto *une donnée acquise de la science*, pertanto necessario oggetto d'informazione.

Congiuntamente ad un dovere d'indicazione dei rischi *gravi normalemente prevedibili*, s'è visto come la legge richieda, in egual modo, la comunicazione dei pericoli *frequenti* propri dell'atto medico in questione. Ciò a fugare ogni dubbio in merito ad una possibile sostituzione – (eventualmente) attribuibile al *revirement* del 1998 quanto alla tipologia dei rischi oggetto d'informazione – del criterio della “frequenza” a quello della “gravità”. Al contrario, il professionista deve rendere edotto il proprio paziente sia di quelli *gravi* sia di quelli *frequenti*, onde consentire, in effetti, una decisione realmente consapevole<sup>226</sup>.

Coerentemente, l'art. 35 del *Code de déontologie*, nonché art. 4127-35 del *Code de la santé publique*, prescrive al medico, nei confronti del proprio cliente, «*une information loyale, claire et appropriée sur son état, les*

---

<sup>224</sup> Cass. civ., 15 juin 2004, in *Bull.*, 2004, I, 141, p. 6781. Cfr. altresì Cass. civ., 18 décembre 2002, in *D.*, 2003, p. 253.

<sup>225</sup> Cass. civ., 7 octobre 1998, cit.

<sup>226</sup> AA.VV., *Droits du patient. Information et consentement*, Masson, Parigi, 2004, pp. 13 ss.

investigations et les soins qu'il lui propose»<sup>227</sup>, la quale sia altresì attenta al rispetto della personalità del malato e delle sue capacità di comprensione. È così tratteggiata un'informazione «simple, approximative» (nel senso di *proche de la réalité*), «intelligible et loyale»<sup>228</sup>, prodromica alla prestazione di un *consentement* (realmente) *éclairé* al trattamento sanitario, nonché indispensabile ai fini di una corretta ponderazione, da parte del paziente stesso, del bilancio rischi (costi)/benefici presentati dall'intervento.

Infine, è sempre il primo comma dell'art. L. 1111-2 del *Code de la santé publique* a precisare ed estendere i contorni dell'informazione dovuta sino ai rischi (c.d. da sviluppo) scoperti solo dopo la fine del rapporto di cura, ovvero sconosciuti all'epoca del trattamento. Inoltre, l'art. L. 1142-4 riconosce il diritto del paziente vittima di un *accident médical* ad un'informazione in merito alle circostanze e alle cause stesse della realizzazione del danno sofferto: l'obbligazione del terapeuta sembra, così, estendersi nel tempo e perdurare nonostante la fine della relazione giuridica che lo lega al malato.

Per converso, similmente a quanto prescritto dagli artt. 33 e 35 del Codice deontologico italiano, solo l'urgenza o l'impossibilità o la volontà stessa del paziente di rimanere all'oscuro di una determinata diagnosi o

<sup>227</sup> Sulla scorta di Cass. civ., Ch. I, 21 février 1961, *Dame Angamarre*, in *D.*, 1961, p. 534, e in *J.C.P. G.*, 1961, II, p. 12129, con annotazioni di J. SAVATIER, dove si conferma il dovere del medico di fornire al paziente «les renseignements qu'il était en droit d'attendre pour choisir entre l'acceptation et le refus de l'opération, avec une connaissance suffisante de son mal, de sa nature et des conséquences possibles de l'intervention envisagée». Cfr. M. HARI-CHAUX, *La protection des libertés et droits corporels*, Montchrestien, Parigi, 1997, pp. 30 ss.; DEUTSCH, SCHREIBER (a cura di), *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer-Verlag, New York, 1985, pp. 90 ss., e J. SAVATIER, J.-M. AUBY, R. SAVATIER, H. PEQUIGNOT, *Traité de droit médical*, Librairies techniques, Parigi, 1956, pp. 223 ss. Cfr. anche Cons. État, 19 septembre 2014, n. 361534, in *JDSAM*, 2015, p. 80, con commento di L. MORLET-HAIDARA, *Responsabilité disciplinaire: "De l'exigence d'un consentement éclairé relatif à la présence d'un tiers lors de l'examen médical"*, e in *D.*, 2014, p. 2053, con nota di E. MARTINEZ, F. VIALLA, *Dignité des malades: consentement d'une patiente à la présence d'un technicien*.

<sup>228</sup> Cass. civ., 21 février 1961, cit. A parere dei giudici di legittimità, il chirurgo impiega il termine "sinusite" solo al fine di meglio illustrare alla paziente (per la quale il termine "mucocele frontale" sarebbe di ardua comprensione) il tipo di malattia da cui questa è affetta. Per quanto concerne, invece, la c.d. *rétenion thérapeutique de l'information*, cfr. Cass. civ., 23 mai 2000, in *JCP G.*, 2000, p. 1247. Inoltre, v. Cass. civ., 14 janvier 1992, *Le Quang*, in *Bull.*, 1992, I, 16, p. 10: «attendu que (...) s'agissant d'une intervention qui n'était pas imposée par un caractère d'urgence ou par un danger immédiat et qui comportait une importante mutilation (...), la patiente n'avait pas bénéficié de la totale information qu'elle était en droit d'exiger et que son consentement n'avait pas été éclairé». Infine, v. V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 92: «l'humanisme médical diventa (...) la nota saliente di un contratto che si connota in senso fortemente personalistico, ed in cui l'informazione si conforma ad un parametro di ragionevolezza che tiene conto della difficoltà di comprensione di dati scientifici da parte del malato, e trova un limite solo nella lealtà della stessa».

prognosi possono dispensare il medico da tale dovere d'informazione, mentre quest'ultima dev'essere resa (ai sensi del comma 3 dell'art. L. 1111-2) nel corso di un *entretien individuel*, ad escludere la mera somministrazione di un documento scritto<sup>229</sup>.

Con *arrêt de principe* del 29 maggio 1951<sup>230</sup>, peraltro, la *Cour de cassation* stabiliva come l'onere della prova a proposito d'informazione e consenso spettasse proprio al paziente, il quale avrebbe dovuto dimostrare l'inadempimento di tali obbligazioni da parte del medico<sup>231</sup>. Quest'orientamento diveniva pressoché costante<sup>232</sup>, con la consacrazione, pertanto, di una prova davvero "diabolica" in capo all'ammalato (il quale doveva, così, provare un *silenzio*), laddove la dimostrazione di simile omissione sembrava poter scaturire soltanto dalla diretta confessione del professionista. È solo nel 1997<sup>233</sup> che viene inaugurato, infine, un nuovo e antitetico corso giurisprudenziale, conformemente al quale chiunque sia contrattual-

<sup>229</sup> Per il resto (art. L. 1111-2, comma 6): «Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé». Cfr. F.-J. PANSIER, C. CHARBONNEAU, *La déontologie des professions et l'information des usagers du système de santé, Titre III – Chapitre III*, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 709. V. CAA Marseille, 13 février 2014, n. 11MA0269, in *Rev. gén. droit méd.*, 2014, p. 433.

<sup>230</sup> Cass. civ., Ch. I, 29 mai 1951, *Martin-Birot*, in *D.*, 1952, p. 53. Ciò conformemente all'art. 1315 del *Code civil* («celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation») e all'art. 9 del *Nouveau Code de procédure civile* («il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention»).

<sup>231</sup> Cfr. F. CHABAS, *Nuovi orientamenti della giurisprudenza francese in tema di informazione in campo sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, pp. 576 ss.

<sup>232</sup> Cfr. G. VINEY, *Les responsabilités professionnelles*, in *JCP G*, 1997, p. 4025: «si la preuve était imposée au médecin, celui-ci devrait la préconstituer et pour cela faire signer au patient un document écrit lui exposant en détail les risques de l'intervention, ce qui pourrait avoir un effet dissuasif ou plonger le patient dans un état d'angoisse susceptible de compromettre le succès de l'opération ou du traitement». V. Cass. civ., 4 avril 1995, in *Méd. Droit*, 1995, 13, p. 20. Anche in materia di chirurgia estetica: cfr. App. Aix, 21 novembre 1988, sentenza inedita, menzionata da J. MESTRE, in *RTD civ.*, 1990, p. 468.

<sup>233</sup> Cass. civ., Ch. I, 25 février 1997, *arrêt Hedreul*, in *D.*, 1997, p. 319; in *Rev. droit san. soc.*, 1997, p. 288, con nota di L. DUBOIS, *La preuve de l'information du patient incombe au médecin: progrès ou régression de la condition des patient*; in *Méd. Droit*, 1997, 24, p. 6, con commento di G. MEMETAU, *Devoir d'information. Renversement de la charge de la preuve*, e in *Gaz. Pal.*, 1997, p. 274, con rapporto di P. SARGOS. V. P. SARGOS, *Aspects nouveaux de l'information et de sa preuve*, in AA.VV., *Les nouveaux droits des patients: droit à l'information*, 11<sup>ème</sup> journée d'éthique Maurice Rapin, 16 novembre 2001, Lavoisier, Parigi, 2002; J. BONNEAU, *Paradoxe sur le droit médical*, in *Gaz. Pal.*, 1999, p. 857; M. HARICHAUX, *La preuve de l'information médicale*, in *Rev. droit san. soc.*, 1998, p. 68, e Ph. BICLET, *Qui sème le vent ...*, in *Méd. Droit*, 1997, 23, p. 1. Infine, con sentenza del 5 gennaio 2000, in *JCP G*, 2000, II, p. 10271, il *Conseil d'Etat* si conforma al nuovo indirizzo della *Cour de cassation* in tema di onere probatorio quanto al dovere d'informazione.

mente o legalmente tenuto ad un'obbligazione d'informazione deve altresì apportare la prova della sua stessa esecuzione.

A conferma dei principi appena enuciati, infine, anche qui interviene il suggello normativo, con l'art. L. 1111-2 che così precisa (e definitivamente codifica): «en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article». Questa prova, d'altra parte, può essere apportata con qualsivoglia mezzo <sup>234</sup>.

Quanto alla natura della responsabilità da mancata informazione, del resto, il cambiamento è del 2007: a quarant'anni dall'*arrêt Mercier* <sup>235</sup>, infatti, la *Cour de cassation* <sup>236</sup> si affida all'ègida dell'art. 1382 *Code civil* e al-

<sup>234</sup> Cfr. Cass. civ., Ch. I, 4 janvier 2005, in *JCP G*, 2005, p. 293, e in *Resp. civ. assur.*, 2005, p. 23, con nota di Ch. RADÉ, *Preuve de la délivrance de l'information*: trattandosi di un fatto giuridico, la prova circa l'avvenuta informazione del paziente può essere fornita dal professionista con qualsiasi mezzo, anche grazie ai contenuti del *dossier médical* e alle dichiarazioni rese nel corso della perizia medica. V. J. PENNEAU, *Droit médical: panorama 2005*, in *D.*, 2005, p. 694. A favore di una prova per presunzioni: Cass. civ., 14 octobre 1997, cit. Per converso, cfr. Cass. civ., *Gulinska c/ Bonnet*, 26 janvier 1999, in *Juris-Data* n. 000405, dove si esclude che due colloqui con il professionista, il considerevole lasso di tempo trascorso ai fini della riflessione del malato circa la propria scelta, nonché il fatto che il medesimo rischio si sia già verificato in una precedente operazione possano costituire indizi gravi e concordanti, suscettibili di convincere circa l'avvenuta informazione e la qualità della stessa. Cfr., poi, App. Paris, *M. Daniche c/ M. Calv*, 20 novembre 1998, in *Juris-Data* n. 023285, che stima insufficiente il modulo firmato da un paziente straniero ed illetterato, in assenza di un'appropriata spiegazione verbale da parte del chirurgo. Sembra così trattarsi della configurazione di una vera e propria obbligazione di risultato di *donner l'information*: cfr. L. ACCAD, M. CAUSSIN-ZANTE, *Les nouvelles obligations juridiques du médecin*, Eska, Parigi, 2001, pp. 53 ss., e C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, Sauramps, Montpellier, 2001, pp. 141 ss. Fatta salva, però, la dimostrazione, da parte del medico, di una situazione di urgenza ovvero dell'impossibilità d'informare ovvero del rifiuto, opposto dall'interessato, di essere edotto attorno alle proprie condizioni di salute e ai trattamenti sanitari da compiere: cfr. Cass. civ., 7 octobre 1998, cit. V. J. PENNEAU, *Droit médical: panorama 2004*, in *D.*, 2005, pp. 405 ss., e P. JOURDAIN, *Obligation d'information médicale: le recul de la sanction*, in *RTD civ.*, 2003, p. 98, commento a Cass. civ., 13 novembre 2002. V. altresì App. Aix-en-Provence, 3 juin 2009, n. 08/07441, *publié par le service de documentation et d'études de la Cour de Cassation*: «Si la preuve du respect de l'obligation d'information du patient incombe au médecin, cette preuve peut être rapportée par tous moyens. Ainsi, elle est essentiellement orale et se situe dans le cadre du rapport direct et personnel qui s'établit entre un praticien et son patient, l'écrit ne constitue qu'un support de cette information mais n'est nullement exigé comme condition de validité du consentement éclairé du patient». V., però, anche Cass. civ., Ch. I, 6 février 2013, n. 12-17.423, in *Petites Affiches*, 2013, 112, p. 16, con commento di F. VIALLA, *De quelques questions posées par l'administration de la preuve de l'information due au patient*; in *Resp. civ. assur.*, 2013, 4, p. 20, con nota di L. BLOCH, *Chirurgie esthétique: obligation d'information*, e in *Rev. gén. droit*, 22 février 2013, con nota di S. HOCQUET-BERG, *Le geste de chirurgie réparatrice et l'information sur les risques liés aux suites opératoires*, ove i chirurghi sono responsabili «s'ils ne peuvent pas démontrer avoir informé ceux-ci des risques précis des suites opératoires, notamment par la remise d'une brochure exhaustive».

<sup>235</sup> Cass. civ., 20 mai 1936, cit.

<sup>236</sup> Cass. civ., 6 décembre 2007, n. 06-19301, cit.

la sua responsabilità *délictuelle*, in combinato disposto con gli artt. 16 e 16-3 (secondo *alinéa*) *Code civil*. Il colpo di scena è così grande che si pensa<sup>237</sup> – esattamente come in Italia rispetto al decreto Balduzzi – ad un *lapsus calami*; d'altronde, la celeberrima parsimonia espositiva degli *arrêts* di legittimità mal si coniuga con l'esigenza di una maggiore e migliore giustificazione delle inversioni di rotta giurisprudenziali. Le conferme, però, non tardano ad arrivare<sup>238</sup>; si tratta di un *revirement* da più parti definito *historique*, che finisce per travolgere l'impianto dell'intera responsabilità sanitaria<sup>239</sup>.

Sembra trattarsi, d'altra parte, di una rivoluzione solo simbolica: la suesposta disciplina del *Code de la santé publique* supera e scardina, infatti, le consuete categorie contrattuale/extracontrattuale e civile/amministrativo e conduce alla definizione di una responsabilità addirittura *sui generis*. La prescrizione è decennale (art. L. 1142-28); la responsabilità è per colpa (art. L. 1142-1); la prova dell'informazione – s'è visto – grava sul medico (art. L. 1111-2, settimo comma); quest'ultimo s'impegna ad assicurare personalmente «soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science» (art. R. 4127-32). Del resto, l'abbandono dell'art. 1147 del *Code civil* non fa che rafforzare l'avvenuta consacrazione del carattere autonomo della *faute d'humanisme*<sup>240</sup> e della dignità individuale (cui si riconnette il rispetto dovuto al corpo umano stesso) quale diritto fondamentale e principio costituzionale suscettibile d'essere leso e violato dal mancato rispetto di un dovere d'informazione. In Italia, per

<sup>237</sup> Cfr. P. SARGOS, *L'information du patient et de ses proches*, cit.

<sup>238</sup> Cass. civ., 28 janvier 2010, n. 09-10992, cit., e Cass. civ., 3 juin 2010, n. 09-13.591, cit.

<sup>239</sup> Cass. civ., Ch. I, 14 octobre 2010, n. 09-69195, in *RTD civ.*, 2011, p. 128, con commento di P. JOURDAIN, *Le changement de nature de la responsabilité médicale*. V. X. BARELLA, *Le droit à l'information en matière médicale*, in *AJDA*, 2012, p. 1991.

<sup>240</sup> A proposito della violazione del dovere d'informazione quale *faute d'humanisme médical, ex pluribus*: F. VIALLA, *La faute humaniste*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2013, NS 1<sup>o</sup> mars 2013, p. 61; Th. FOSSIER, *Démocratie sanitaire et personnes vulnérables*, in *JCP G*, 2003, 21, p. 931; M. TCHENDJOU, *L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel*, in *JCP G*, 2003, p. 1089; P. SARGOS, *L'information du patient et le consentement aux soins*, in *Droit méd. hospit.*, 2003, p. 11; M. MIGNON, C. SUREAU, *Humanisme médical. Pour la pérennité d'une médecine à visage humain*, J. Libbey Eurotext, Montrouge, 2003, pp. 87 ss.; B. MATHIEU, *Les droits des personnes malades*, in *Petites Affiches*, 2002, 122, p. 10; E. NAHON, *L'obligation d'information du médecin et de l'avocat*, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 285; M. HARI-CHAUX, *La responsabilité médicale. Les fautes contre l'humanisme*, in *Droit méd. hospit.*, 2001, p. 5; Y. LELEU, G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, De Boeck Université, Bruxelles, 2001, pp. 55 ss.; Y. LACHAUD, *La responsabilité médicale pour défaut d'information. De l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative*, in *Gaz. Pal.*, 1999, p. 852; P. SARGOS, *L'obligation d'informer le patient*, in *Petites Affiches*, 1999, 189, p. 9, e J. KRULIC, *Le droit à l'information du patient*, in *Petites Affiches*, 1998, 23, p. 12, commento ad Adm. Versailles, 26 juin 1997. Cfr. altresì A. HERCEK, *Comment enseigner l'humanisme médical?*, in M. MIGNON, C. SUREAU (a cura di), *Humanisme médical. Pour la pérennité d'une médecine à visage humain*, cit., pp. 179 ss.

converso, l'informazione che il medico deve *sempre* fornire al proprio paziente, a prescindere dall'eventuale peculiarità di un determinato trattamento sanitario (un'interruzione volontaria di gravidanza, un'emotrasfusione o una donazione d'organi), nasce nel Codice deontologico e ivi continua a risiedere, priva di una successiva consacrazione normativa<sup>241</sup>. In Francia, al contrario, l'informazione costituisce oggi, per il medico, un'obbligazione di fonte prima di tutto legale, grazie alla già menzionata *loi* c.d. *Kouchner*, 4 marzo 2002, n. 303, modificativa del *Code de la santé publique*. In definitiva, la colpa del medico francese – sia essa *éthique* o *technique* – si risolve nella violazione di un'obbligazione deontologica professionale di natura (oramai) extracontrattuale<sup>242</sup>, la quale grava sul terapeuta anche solo in ragione della sua competenza e preparazione, esulando da qualsivoglia relazione contrattuale. In questo senso, il contratto rimarrebbe funzionale esclusivamente alla precisazione dei termini secondo i quali il medico s'impegna a curare il paziente dietro un compenso.

Contratto: sedotto e abbandonato; la vicenda francese, infine, può ben offrire ulteriori spunti di riflessione quanto alla “piega aquiliana” presa dagli ultimi interventi legislativi di casa nostra<sup>243</sup>. Peraltro, è noto come, in Italia, il ritorno all'extracontrattuale – prima solo supposto, considerate l'oscurità del testo normativo e le conseguenti, contrastanti letture giurisprudenziali e dottrinali<sup>244</sup>, oggi<sup>245</sup> certo sì, ma comunque parziale, poi-

<sup>241</sup> Non rilevando, a questi fini, la “normale” volontarietà degli accertamenti e trattamenti sanitari di cui all'art. 33, comma 1, della l. 833/1978, che più strettamente attiene al profilo del consenso all'atto medico – di regola, appunto, non coercibile.

<sup>242</sup> Così P. JOURDAIN, *Le changement de nature de la responsabilité médicale*, cit., p. 130. V. anche M. BENEJAT, *L'autonomie de la responsabilité médicale pour défaut d'information (à propos de quelques arrêts rendus en 2010)*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2011, 38, p. 195.

<sup>243</sup> Cfr., *in primis*, la legge 8 novembre 2012, n. 189, di conversione del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. decreto Balduzzi, recante “disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”), a proposito della quale si rinvia a F. MARTINI, U. GENOVESE (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, nonché a R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 350.

<sup>244</sup> Per una ricostruzione dei diversi indirizzi giurisprudenziali, v. R. BREDA, *La responsabilità civile dell' esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. legge Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 751. V. anche A. VALLINI, *L'art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, *ivi*, p. 735; M. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella Riforma Balduzzi: poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, *ivi*, p. 771; L. NOCCO, *Le linee guida e le “buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica” nella “legge Balduzzi”: un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, *ivi*, p. 781; F. CEMBRANI, *La legge “Balduzzi” e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute*, *ivi*, p. 799; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, *ivi*, p. 819; A. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. “Balduzzi”). Le indicazioni del diritto comparato*, *ivi*, p. 833; G. PONZANELLI, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla re-*

ché riguardante il solo medico dipendente – sia motivato proprio dalla volontà di contenere il fenomeno della medicina difensiva (“positiva”: eccesso di procedure diagnostiche e/o terapeutiche) e i suoi costi<sup>246</sup>. Nell’ambito del consenso informato, in particolare, è noto come il timore nutrito dal medico per il contenzioso si risolva, per il paziente, in un “eccesso informativo”, con la proliferazione di una modulistica estremamente dettagliata e verbosa, la quale diviene, in questo modo, lo strumento *multitasking* per dispensare tutte le informazioni, per certificare l’adesione dell’ammalato o testimoniare il dissenso, nonché per corazzare il professionista in vista di un’eventuale – e non così peregrina – disfida in tribunale.

Laddove, poi, si considerino gli effetti che in Italia sortirebbe l’applicazione di un regime di responsabilità aquiliana alle ipotesi di violazione dell’autodeterminazione individuale, allora è evidente come tali conseguenze si riducano a ben poco – e a ben poco di utile: una modifica dei termini di prescrizione (per i quali, invero, basterebbe un intervento legislativo *ad hoc*); alcun cambiamento in punto di nesso eziologico (la cui prova già grava sul paziente); un ritorno al passato, però, quanto alla dimostrazione dell’informazione o della sua mancanza (adempimento/colpa). In altri termini, è noto come, ai sensi dell’art. 2043 c.c., l’onere della prova verterebbe sulla mancata comunicazione dei rischi e graverebbe, appunto, sull’ammalato. Orbene, si è già avuto modo di valutare i limiti, le inefficienze e l’iniquità di siffatta ripartizione dei carichi probatori, la quale, peraltro e in verità, non sembra rappresentare né la panacea per tutti i mali del consenso informato né una soluzione per le posizioni difensive su cui gli operatori sanitari si attestano. E non a caso, forse, la riforma Balduzzi, benché prossima al suo quarto anniversario, è passata

---

*sponsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 145; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 216; G. IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la c.d. legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 549; V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit.; L. CAJAZZO, M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 485; V. FINESCHI, P. FRATI, M. GULINO, G. MONTANARI VERGALLO, S. ZAAMI, *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga com’è, bisogna che tutto cambi*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1045, e DIMASI, *La nuova sanità dopo la riforma Balduzzi. Spunti per una riflessione sul futuro del Servizio Sanitario Nazionale*, in *San. pubbl. priv.*, 2013, p. 11.

<sup>245</sup> Il riferimento è all’approvazione, recentissima, della riforma c.d. Gelli, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, 28 febbraio 2017, la quale introduce un “doppio binario” di responsabilità: contrattuale per la struttura sanitaria e per il libero professionista, extracontrattuale per il medico dipendente di un ospedale pubblico, privato o convenzionato: cfr. M. LOVO, L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Gruppo 24Ore, Milano, 2017.

<sup>246</sup> Relazione illustrativa al d.l. 13 settembre 2012, n. 158, in particolare, *sub art. 3. V. A. VALLINI, Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva*, cit.

sotto assoluto silenzio e non ha ricevuto menzione alcuna (*tamquam non esset*) da parte di nessuna delle numerose pronunce giurisprudenziali successivamente intervenute in materia di violazione, da parte del medico, del consenso informato del paziente. Quanto, invece, alla neonata legge Gelli, il coniugio responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera/risponsabilità aquiliana del sanitario dipendente agevolmente si spiega con la volontà di gravare sulla *deep pocket party* e di sollevare, così, il singolo professionista, senza lasciare insoddisfatte, al contempo, le istanze riparatorie avanzate dal paziente danneggiato. D'altro canto, il legislatore tace quanto alla pervasività di tale nuovo statuto della responsabilità medica nell'ambito degli attentati alla libertà decisionale dell'ammalato, delegando, pertanto, lo scioglimento di tale problematica – che meglio sarebbe stato, al contrario, esplicitare – alle future applicazioni giurisprudenziali.

### 13. La perte de chance del paziente disinformato

In assenza di una *faute technique*, anche in Francia i due problemi principali sono l'incidenza della disinformazione sull'affermazione di un nesso causale fra trattamento e danno, da una parte, e la qualificazione e quantificazione del pregiudizio che ne consegue, dall'altra. A questo proposito, la giurisprudenza transalpina distingue gli interventi "indispensabili" da quelli privi, invece, di tale caratteristica. Nella prima ipotesi, infatti, i tribunali escludono pressoché costantemente che il danno biologico eventualmente subito dall'attore sia eziologicamente connesso con il difetto di comunicazione, in base alla presunzione secondo cui l'ammalato, seppur meglio informato, si sarebbe comunque rassegnato a sottoporsi alle indispensabili cure mediche. D'altro canto, ciò non dovrebbe valere ad escludere, a parere di chi scrive e secondo le motivazioni di cui sopra, la riparazione del danno da impreparazione<sup>247</sup>: non patrimoniale, perché sofferto in ragione della mancata preparazione all'eventualità, per esem-

---

<sup>247</sup> *Contra*, Cass. civ., 6 décembre 2007, cit., che esclude la liquidazione di qualsivoglia *préjudice moral*, proprio in ragione dell'assenza di una *perte de chance*: a séguito dell'operazione si realizza il rischio (raro) di emiplegia; il paziente decede tre anni dopo, in ragione del progressivo decadimento delle sue condizioni psico-fisiche. In Italia, invece, v. Cass.civ. 28 novembre 2007, n. 24742, cit.: il chirurgo risponde dei danni da disinformazione anche se l'intervento è «assolutamente necessario», in ragione dell'avvenuta violazione degli artt. 32 e 13 Cost., nonché dell'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Affronta magistralmente queste problematiche S. PORCHY, *Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient*, in *D.*, 1998, p. 379. V. anche J. HAUSER, *Information médicale: un terrain trop occupé?*, in *RTD civ.*, 2008, p. 272; F. DREIFUSS-NETTER, *Conclusion*, in *D.*, 2008, p. 1942, e L. NEYRET, *La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels*, in *D.*, 2008, p. 804.

pio, di una mutilazione o di una determinata invalidità; ma anche patrimoniale, laddove il paziente, a conoscenza dei possibili rischi, avrebbe potuto, in ipotesi, scegliere di sottoporsi alla (comunque necessaria) operazione in un periodo in cui l'incapacità conseguente alla sopravvenuta complicanza presentasse minori ripercussioni sulla sua attività professionale, al fine di circoscrivere gli effetti negativi del già negativo esito dell'intervento. Inoltre, l'ammalato avrebbe potuto sì decidere di sottoporsi ugualmente al trattamento, ma con una consapevolezza diversa: tutt'al più, la prova della causalità dovrebbe allora convincere riguardo allo specifico nesso sussistente fra sofferenza e omessa informazione (ovvero, in altri termini: minore sarebbe stato lo sgomento se fossi stato "preparato", se la mia tranquillità non fosse stata brutalmente disillusa). Pare, perciò, perfettamente coerente la negazione del risarcimento del pregiudizio alla salute (il paziente si sarebbe comunque operato) con la liquidazione, per converso, di tale danno non patrimoniale, esatta conseguenza dell'ignoranza in cui il medico ha cullato il proprio paziente.

Al contrario, per quanto concerne gli interventi non "indispensabili", il difetto d'informazione costituisce sicuramente, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la causa dell'intero danno. Così, in una fattispecie in cui sarebbe stato possibile scegliere fra l'utilizzo di un apparecchio acustico e la sottoposizione ad un intervento chirurgico<sup>248</sup>, i giudici di legittimità decidono a favore del risarcimento dell'intero pregiudizio cagionato dalla paralisi facciale conseguente all'operazione, quale rischio non trascurabile taciuto al paziente. Pertanto, la *Cour de cassation* evidenzia come tale paralisi costituisca la realizzazione del pericolo celato al malato e come, di conseguenza, il difetto d'informazione, non avendo consentito all'attore di decidere consapevolmente e di motivare un eventuale rifiuto, sia da considerarsi la causa esclusiva del danno. Si respinge, così, la decisione di secondo grado<sup>249</sup>, secondo la quale, poiché «ce manque d'information avait» semplicemente «participé au dommage», i due medici «ne (pouvaient) être tenus à réparer l'intégralité du préjudice» e «ne (pouvaient) être condamnés qu'à proportion de cette participation correspondant à 50% du préjudice».

È una sentenza del 7 febbraio 1990<sup>250</sup> (nella quale, in verità, nulla si dice circa il carattere indispensabile o meno dell'intervento) ad inaugurare il secondo, oramai altresì divenuto nettamente maggioritario, orientamento. La *Cour de cassation* supera, infatti, le soluzioni precedentemente proposte e sostiene che il difetto d'informazione ha «seulement privé le malade d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse,

---

<sup>248</sup> Cass. civ., Ch. I, 11 février 1986, in *Bull.*, 1986, I, 24, p. 21.

<sup>249</sup> App. Paris, 17 novembre 1983, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>250</sup> Cass. civ., 7 février 1990, in *Bull.*, I, 39, p. 30.

au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles»<sup>251</sup>.

D'altronde, tale riparazione solo parziale del pregiudizio sofferto dal paziente costituisce un artificio<sup>252</sup> con il quale si pretende di risolvere in termini di quantificazione del danno una questione che, in realtà, attiene esclusivamente al nesso di causalità<sup>253</sup>. Prescindendo dallo specifico ambito della responsabilità medica, infatti, la corretta nozione di *perte de la chance* attiene a quelle ipotesi in cui una condotta colposa cagiona l'interruzione di una successione di eventi della quale non sarà mai possibile, *a posteriori*, conoscere l'esito: si pensi al caso "scolastico" dello studente che non si presenta ad un esame perché coinvolto in un incidente. Pertanto, se il danno subito viene valutato, in tale ultima ipotesi, in base alle *chances* di promozione del ragazzo, la riparazione della violazione del dovere d'informazione deve collocarsi, invece, in tutt'altra prospettiva. Il paziente è morto, è rimasto invalido, ha riportato, comunque, un danno; nulla ha interrotto prematuramente il concatenarsi degli eventi, di cui è possibile conoscere il risultato finale, ovvero il pregiudizio sofferto e la gravità dello stesso. Al contrario, non è dato sapere se lo studente sarebbe stato promosso: di conseguenza, la nozione di perdita di *chance* è solo strumentale ad una modalità di valutazione del danno, perché, ancor prima di indagare il nesso causale, non è affatto chiaro se, a fronte dell'illecito, un pregiudizio effettivamente *vi sia*.

In ambito sanitario, piuttosto, la *perte de chance* può ben rilevare laddove un errore diagnostico abbia, in maniera certa, impedito l'esecuzione di un trattamento – la cui efficacia e risolutività rimangono, però, non completamente conoscibili<sup>254</sup>. Non rileva, invece, quale strumento di de-

---

<sup>251</sup> Similmente: Cass. civ., Ch. I, 13 février 2007, n. 06-12372, e Cass. civ., 12 juillet 2006, n. 05-12283, entrambe in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Cfr. altresì Adm. App. Nancy, 9 novembre 2006, n. 05NC00009, Adm. App. Paris, 26 avril 2006, n. 03PA03264, Adm. App. Bordeaux, 4 mai 2006, n. 02BX00625, e Adm. App. Nancy, 6 avril 2006, n. 04NC00126, ugualmente in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>252</sup> J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, cit., p. 31. V. altresì M. BACACHE, *Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance*, in *D.*, 2008, p. 1908; M. HEERS, *L'indemnisation de la perte d'une chance*, in *Gaz. Pal.*, 2000, p. 525; G. MEMETEAU, *Perte de chances et responsabilité médicale*, in *Gaz. Pal.*, 1997, p. 1367; P. SARGOS, *Les affaires de responsabilité médicale devant la Cour de Cassation*, in AA.VV., *La responsabilité médicale: de la faute au risque*, Session de formation continue, 29 maggio-2 giugno 1995, Ecole Nationale Magistrature, Bordeaux, 1996; F. MODERNE, *Perte de chances sanitaires et lien de causalité dans la responsabilité hospitalière*, in *Rev. droit san. soc.*, 1985, p. 165, e C. EL DINE, *La théorie de la perte d'une chance sanitaire (devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat)*, in *Rev. droit san. soc.*, 1983, p. 53. Più in generale, cfr. V. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Giuffrè, Milano, 2007, e M.F. LO MORO BILGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata. Un itinerario incrementale*, Esi, Napoli, 2006.

<sup>253</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., Parigi, 1998, p. 197.

<sup>254</sup> Cfr. J.-S. BORGHETTI, *Manquement du médecin à son obligation d'information: quel préjudice réparable?*, in *Rev. contr.*, 2008, p. 776.

terminazione del pregiudizio in tutti quei casi in cui il vero problema attinga all'accertamento del nesso eziologico. Infatti, difettando la certezza circa l'incidenza della carenza d'informazione sulla produzione del danno, i tribunali preferiscono il compromesso della perdita di *chance* piuttosto che l'assoluta negazione del risarcimento o la liquidazione dell'intero pregiudizio patito. Al contrario, non si tratterebbe che di capire se il difetto colposo d'informazione abbia o meno giocato un ruolo causale determinante nella realizzazione del danno finale. Ora, la risposta del giudice a detto quesito dovrebbe essere (secondo i canoni del *più probabile che non*) positiva o negativa, non limitarsi ad un semplice *peut être*<sup>255</sup>. Nel caso sia affermativa, al malato dovrebbe spettare la riparazione dell'intero danno, in ragione della possibilità, irrimediabilmente perduta, di decidere riguardo alla gestione della propria integrità psico-fisica<sup>256</sup>. Diversamente dal superamento dell'esame da parte dello studente investito, infatti, l'accettazione o meno del trattamento sanitario rientrava, a fronte di un'informazione diligente, nel pieno dominio del paziente.

Per converso, la giurisprudenza transalpina ammette pressoché costantemente – rispetto al danno biologico – il mero risarcimento della *perte de chance de refuser l'acte médical*, grazie alla determinazione della percentuale di possibilità che il paziente rifiutasse o meno il trattamento sanitario e a scapito dell'integrale riparazione di tale *préjudice corporel*<sup>257</sup>: si tratta, in altri termini, di una vera e propria panacea per l'insostenibile incertezza del nesso causale. A tal fine, la *Cour de cassation*<sup>258</sup> invita a considerare non solo lo stato di salute dell'ammalato e la sua prevedibile evoluzione, ma altresì «les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risque lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces inves-

---

<sup>255</sup> Cfr. F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, pp. 227-245, e Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, Parigi, 1983, pp. 36-37.

<sup>256</sup> La giurisprudenza distingue altresì la *perte de chance* dalla *création d'un risque*. In particolare, sarebbe possibile parlare di "creazione di un rischio" laddove la negligenza o il dolo di una persona siano tali da comportare una situazione dalla quale derivi un danno, il quale ultimo costituirebbe la realizzazione normale e prevedibile del rischio stesso. Detta "creazione di un rischio" dà luogo ad una riparazione integrale del pregiudizio, dal momento che presuppone la certezza del nesso di causalità fra il fatto generatore di responsabilità (la violazione del dovere d'informazione) e il pregiudizio finale – in ciò assolutamente differenziandosi dalla perdita di *chance*: cfr. Cass. civ., Ch. I, 16 juin 1998, in *Contr.conc.cons.*, 1998, 129, p.10. V. altresì C. TACCHINI-LAFOREST, *Réflexions à propos de la perte de chance*, in *Petites Affiches*, 1999, 142, p. 7.

<sup>257</sup> S. PORCHY-SIMON, *Consentement libre et éclairé du patient*, in *Resp. civ. assur.*, 2002, p. 64. Cfr. App. Adm. Lyon, 26 janvier 2010, n. 07LY00721, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>258</sup> Cass. civ., Ch. I, 20 juin 2000, in *D.*, 2000, p. 471, con osservazioni di P. JOURDAIN. Per un esauriente commento, v. B. LEGROS, *Vers la disparition de l'indemnisation des préjudices nés suite à l'inexécution de l'obligation d'information médicale*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2001, 6, p. 129.

tigations, de ces soins et de ces risques», nonché, infine, «les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus».

Così, quasi vent'anni dopo, in un altro caso di paralisi facciale (causata dalla posa, non indispensabile, di una protesi), la *Cour de cassation*<sup>259</sup> nega l'integrale riparazione del danno, ove quest'ultimo costituisca la mera realizzazione del rischio taciuto all'attrice e naturalmente insito nel trattamento sanitario. In tal senso, si ritiene che il pregiudizio liquidato non possa corrispondere alle lesioni fisiche in concreto inflitte all'ammalata, bensì sia limitato ad una mera frazione della totalità dei danni subiti, grazie alla ponderazione della *chance* in effetti perduta di rifiutare l'atto sanitario sotto accusa.

D'altro canto, e come in parte già accennato, la giurisprudenza esclude pressoché sempre la liquidazione anche di detta «fraction des différents chefs de préjudices»<sup>260</sup> in due, fondamentali, casi: 1. (pretesa) assenza di un pregiudizio derivante dal trattamento sanitario: in particolare, ci si riferisce al difetto di un danno biologico. Di conseguenza, la *perte de chance* non troverebbe riparazione sia nell'ipotesi in cui l'intervento si sia concluso con successo, sia laddove questo abbia causato un danno non più grave di quello che, in ogni caso, si sarebbe verificato in assenza dell'atto medico<sup>261</sup>; 2. trattamento sanitario ritenuto necessario<sup>262</sup>.

Così, nel caso d'intervento non riuscito, si esclude il risarcimento del danno per violazione del dovere d'informazione in merito ai rischi di fallimento dell'operazione stessa<sup>263</sup>, la quale, nella fattispecie concreta, si presentava certamente come più che opportuna, in considerazione degli intensi dolori lamentati dall'attore. Pertanto, una volta esclusa una qualche condotta colposa del personale sanitario nella materiale esecuzione dell'atto medico, si nega altresì la configurabilità di un effettivo pregiudizio in capo al paziente, sottoposti ad un intervento sì invano compiuto, ma comunque necessario e privo di conseguenze negative sulle condizioni di salute del malato.

Peraltro, la natura indispensabile dell'operazione quale motivo di esclu-

<sup>259</sup> Cass. civ., Ch. I, 7 décembre 2004, in *Bull.*, 2004, I, 302, p. 253. V. altresì Cass. civ., Ch. I, 11 février 1986, cit. V. AA.VV., *L'information due au patient*, in *AJNR*, 1998, 25, p. 70.

<sup>260</sup> Fra le svariate decisioni giurisprudenziali che utilizzano detta terminologia, cfr. Cass. civ., Ch. I, 15 décembre 1999, in *Resp. civ. assur.*, 2000, p. 91.

<sup>261</sup> Cass. civ., Ch. I, 7 octobre 1998, in *JCP G*, 1998, 43, p. 1843, e in *Bull.*, 1998, I, 287, p. 199. Allo stesso modo, nell'ordinamento spagnolo, cfr. Trib. Supr., 21 luglio 2008, in *Rev. resp. civ. circ. seg.*, 2008, 10, p. 40, e Trib. Supr., 1° febbraio 2008, *ivi*, 6, p. 35.

<sup>262</sup> V. Cass. civ., Ch. I, 21 janvier 2003, in *Rev. gén. droit méd.*, 2003, 10, p. 322, nonché App. Paris, 15 novembre 2001, *Juris-Data* n. 185198, in *Méd. Droit*, 2003, 59, p. 68; App. Paris, 5 avril 2001, *Juris-Data* n. 141158, e App. Toulouse, 5 mars 2001, *Juris-Data* n. 146680. V., poi, J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, cit., pp. 34 ss. Cfr. altresì Cons. État, 1 juillet 2005, in *Rev. gén. droit méd.*, 2005, 17, p. 476.

<sup>263</sup> Cass. civ., 15 juin 2004, n. 02-10657, in *www.legifrance.gouv.fr*.

sione di qualsiasi posta risarcitoria sembra in aperta contraddizione con le suaccennate indicazioni della Suprema Corte, dettate ai fini di un apprezzamento *in concreto* della decisione che il malato avrebbe effettivamente adottato<sup>264</sup>. Senza contare, d'altra parte, come la stessa *Cour de cassation*<sup>265</sup> abbia già in passato escluso, al di là di ogni fraintendimento, che la necessità dell'atto medico dispensi il professionista dal suo dovere di comunicazione, dal momento che, eccezion fatta per le ipotesi di urgenza, impossibilità o di volontà del paziente di non sapere, il sanitario è tenuto ad un'informazione «loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette information sur la gravité du risque par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire».

D'altra parte, lo stesso ultimo grado ha altrove<sup>266</sup> riconosciuto sì, in capo al medico, tale obbligazione di prestare un'informazione nei termini appena esposti, ma ha al contempo negato l'esistenza, per la paziente, di una qualsiasi *perte de chance* di evitare il pericolo realizzatosi, poiché non solo l'operazione era indispensabile, ma neppure era stato accertato che l'ammalata avrebbe rifiutato di sottoporvisi laddove correttamente informata<sup>267</sup>. Ancora una volta, il problema attiene al nesso eziologico e al pregiudizio concretamente ravvisabile: l'omissione dell'informativa da sola non basta, a meno di non voler ragionare, appunto, in un'ottica sanzionatoria, rispetto alla quale diviene prioritario stigmatizzare la negligente condotta del sanitario, e non, invece, ragionare in termini di riparazione del danno che ne è conseguito.

Peraltro, il fatto che un'operazione appaia necessaria (ovvero l'assenza di una concreta alternativa terapeutica) conduce addirittura alla terribile negazione della possibilità «de choisir sa façon de mourir», «alors que la jurisprudence ne parle que de perte de chance de guérison ou de survie»<sup>268</sup>. Nel caso concreto, benché il paziente sia ormai condannato, entro breve tempo, a morte certa, egli viene comunque sottoposto ad intervento, semplicemente al fine di facilitare l'inserimento-disinserimento di una

---

<sup>264</sup> Cass. civ., 20 juin 2000, cit.

<sup>265</sup> Cass. civ., Ch. I, 18 juillet 2000, in *Méd. Droit*, 2000, 44, p. 18, e in *Petites Affiches*, 2000, 200, p. 10, con commento di J.-F. BARBIERI, *Intervention "médicalement nécessaire" et obligation d'information du chirurgien*, dove si cassa la decisione di seconde cure, a parere della quale «la gravité du risque encouru s'apprécie au regard d'un choix éventuel. Or il ressort tant des déclarations des médecins en cause que du rapport de l'expert que l'opération subie par Mme X. s'imposait compte tenu de l'évolution de sa pathologie».

<sup>266</sup> Cass. civ., Ch. I, 15 juin 2004, n. 02-11632, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>267</sup> Ugualmente: App. Nancy, 26 mai 2005, in *Rev. gén. droit méd.*, 2005, 17, p. 472, dove, in considerazione del concreto stato di salute della paziente prima dell'intervento e dell'assenza di un'alternativa terapeutica, si nega l'esistenza, per la malata stessa, di qualsivoglia *perte de chance*.

<sup>268</sup> Adm. App. Nancy, 16 juin 2005, n. 02NC00269, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

cannula: a causa di tale operazione, il malato decede, «privé de la possibilité de vivre selon son choix thérapeutique en choisissant de prendre le risque d'une mort consécutivement à l'opération chirurgicale ou celui d'une mort liée à son insuffisance respiratoire». Peraltro, i giudici di seconda istanza affermano sì l'esistenza di un dovere d'informazione (nel caso di specie, si tratta di un rischio di circa il 7,7 per mille), ma tuttavia negano, conseguentemente alla violazione di tale dovere, la configurabilità di un risarcimento del danno a favore del paziente o dei suoi familiari, così presumendo che l'ammalato, nelle condizioni in cui si trovava, avrebbe comunque optato, benché informato dei pericoli, per la medesima decisione.

Si ritorna, invece, al primo orientamento con la decisione della Corte amministrativa d'appello di Bordeaux<sup>269</sup>, in un caso di operazione di correzione vertebrale su un paziente affetto da scoliosi, peraltro cagione di intensi dolori. In séguito al trattamento medico-chirurgico, l'attore diviene paraplegico, riportando un'incapacità permanente parziale del 60%, di cui solo il 15% imputabile al suo stato iniziale. I giudici di seconde cure appurano la totale assenza di una condotta colposa nella materiale esecuzione dell'intervento, ma accertano altresì l'avvenuta violazione del dovere d'informazione, specialmente riguardo all'alternativa terapeutica effettivamente esistente. In questo caso, però, i magistrati ammettono che il paziente, laddove posto a conoscenza dei rischi di paralisi presentati dall'operazione, vi avrebbe rinunciato. Pertanto, la riparazione del pregiudizio risultante dalla perdita della *chance* di sottrarsi al rischio realizzatosi e all'ammalato taciuto «doit être fixée à l'intégralité des différents chefs de préjudice subis»<sup>270</sup>.

È nel 2010, però, che la *Cour de cassation*<sup>271</sup> fa gridare alla duplicazione risarcitoria: l'intervento, pur eseguito in maniera tecnicamente corretta, appare inutile (perché inadatto alla patologia della vittima) e mutilante: colposa è la scelta stessa d'operare. L'informazione non resa riguarda proprio l'inopportunità del trattamento; il pregiudizio risiede nell'esecuzione stessa dell'atto sanitario, non nella realizzazione di un rischio in quest'ultimo insito. Da ciò consegue che, laddove adeguatamente edotta, la vittima avrebbe senz'altro rifiutato. Orbene, la Corte risarcisce due volte: da un lato, per la perduta *chance* «d'éviter l'opération chirurgicale incriminée» (violazione del dovere d'informazione); dall'altro, per i danni

<sup>269</sup> Adm. App. Bordeaux, 30 juin 2003, n. 00BX02800, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>270</sup> Similmente, cfr. Cass. civ., Ch. I, 18 septembre 2008, in *Gaz. Pal.*, 2008, p. 58, con nota di F. CELESTIN, *Prescription hors AMM et réparation intégrale du défaut d'information*.

<sup>271</sup> Cass. civ., Ch. I, 28 janvier 2010, n. 09-10992, in *Gaz. Pal.*, 2010, p. 13, con commento di C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Faute médicale et défaut d'information du patient: la possibilité d'une sur-indemnisation?*, e in *D.*, 2010, p. 1522, con commento di P. SARGOS, *Deux arrêts "historiques" en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information*.

derivanti «de façon directe, certaine et exclusive d'une opération mutilante, non justifiée et non adaptée» (colposa scelta del trattamento). Dicotomia, questa, che agli italiani non può che ricordare il sodalizio danno biologico/altro danno non patrimoniale conseguente alla mancata informazione; certo, nel caso di specie vero è che appare artefatto il ricorso stesso al difetto di comunicazione medico-paziente, laddove sembra ricorrere, più semplicemente, una colpa *tout court* intesa. Infatti, informare l'ammalato che ci si accinge ad intervenire in maniera *sbagliata* non esonera in alcun modo il sanitario da responsabilità: una diagnosi negligente, una negligente scelta dell'operazione da eseguire assorbono tutte le problematiche inerenti al rispetto della volontà del paziente. Così, la Corte di cassazione italiana<sup>272</sup> condanna un medico per gli esiti invalidanti permanenti di un intervento di laparostereotomia: in particolare, la diagnosi di carcinoma si è rivelata errata e la responsabilità perciò configurabile deriva da una negligenza gravissima, che ha altresì vulnerato lo stesso consenso della paziente all'operazione (*melius*: lo ha eliso alla radice). I contenuti dell'informazione, infatti, sono stati fuorvianti e carenti a tal punto da escludere *tout court* la possibile individuazione di un efficace incontro fra volontà. In definitiva, è come se un consenso non sia mai stato espresso. Entrambe le fattispecie, quindi, concernono un'operazione tecnicamente corretta, ma gravemente mutilante e assolutamente inutile, considerata la patologia dalla quale è affetto il paziente: non può esservi, perciò, "impreparazione", né è possibile discorrere di rifiuto e di nesso eziologico – e neppure sembra avere qui senso, infine, ragionare in termini di autodeterminazione.

#### 14. Loi Kouchner: *àlea terapeutica e autodeterminazione individuale*

Nella definizione del dovere d'informazione gravante sul personale sanitario, è di qualche interesse il nesso, delineato dal succedersi delle statuizioni della giurisprudenza amministrativa, tra rischi a realizzazione eccezionale, *perte de chance* e responsabilità *sans faute* della struttura sanitaria. È noto, infatti, come la sentenza *Bianchi*<sup>273</sup>, emanata dal *Conseil d'Etat* nel 1993, abbia inaugurato un vero e proprio sistema di riparaione dell'*àlea terapeutica*, dettando, a tal fine, cinque indispensabili condizioni:

---

<sup>272</sup> Cass. civ., Ch. I, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 378, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, e in *Dir. gius.*, 20 febbraio 2013, con commento di F. VALERIO, *Intervento chirurgico assentito sulla base di diagnosi di tumore inesistente: il consenso non può certo definirsi "informato"*.

<sup>273</sup> Cons. État, 9 avril 1993, *Bianchi*, in *JCP G*, 1993, II, p. 22061.

- 1) atto medico necessario alla diagnosi o alla cura propriamente detta del malato<sup>274</sup>;
- 2) esistenza di un rischio sì conosciuto, ma di eccezionale realizzazione<sup>275</sup>;
- 3) danno di estrema gravità;
- 4) pregiudizio privo di qualsiasi nesso causale con lo stato di salute anteriore del paziente<sup>276</sup>;
- 5) naturalmente, presenza di un nesso eziologico fra la terapia e i disturbi accusati dall'ammalato.

D'altra parte, vagliando tali cinque requisiti ai fini del risarcimento del danno da tetraparesi, la Corte amministrativa d'appello di Nancy<sup>277</sup> nega che:

- 1) le conseguenze neurologiche sofferte dal paziente possano considerarsi completamente indipendenti dal suo iniziale stato di salute;
- 2) la diminuzione della forza muscolare dei quattro arti presenti carattere di estrema gravità;
- 3) si tratti di rischio eccezionale (nella fattispecie concreta, il pregiudizio verificatosi rientra in una percentuale compresa fra l'1 e il 2% dei casi).

Di conseguenza, non essendo configurabile alcuna condotta colposa in capo al personale sanitario, le argomentazioni a sostegno di un diritto del paziente al risarcimento del danno ripiegano sull'insufficiente informazione fornita – ai fini, quantomeno, della riparazione di una *perte de chance*<sup>278</sup>. Pertanto, la strategia di parte attorea segue genericamente il

<sup>274</sup> V. Cons. État, 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, in *D.*, 1998, p. 146, con annotazione di M. CHRESTIA, ove si fa riferimento alla decisione *Bianchi*, benché, nel caso concreto, si tratti del decesso di un bambino di cinque anni a séguito dell'anestesia effettuata per il compimento di una circoncisione rituale: atto, quindi, privo di alcun motivo terapeutico. Spiega quest'apparente contraddizione J. MOREAU, *Responsabilité sans faute*, in *JCP G*, 1998, 6, p. 240, giustificando l'estensione della giurisprudenza *Bianchi* sulla base del rispetto del principio di uguaglianza dinanzi al servizio pubblico.

<sup>275</sup> D'altra parte, se il *Conseil d'Etat* considera eccezionale, per esempio, il rischio di tetraplegia insito nell'esecuzione di un'arteriografia (Cons. État, 9 avril 1993, *Bianchi*, cit.), la *Cour de cassation* nega, per tale pericolo, simile qualificazione (Cass. civ., Ch. I, 15 décembre 1993, *Faure*, in *Resp. civ. assur.*, 1994, p. 93). Al riguardo, però, è comunque chiaro il superamento della giurisprudenza *Gomez*, che limita la riparazione ai rischi sconosciuti: cfr. Adm. App. Lyon, 21 décembre 1990, in *JCP G*, 1991, II, p. 21698.

<sup>276</sup> Si precisa e corregge tale requisito con Cons. État, 27 octobre 2000, n. 201790, *Centre hospitalier d'Aubagne*, e n. 208640, *Centre hospitalier de Seclin*, entrambe in *D.*, 2001, 15, p. 1196, con conclusioni di D. CHAUVVAUX, dove si ammette la responsabilità senza colpa dell'ospedale in ragione di una predisposizione presentata dal malato, la cui esistenza, però, i medici non potevano sospettare.

<sup>277</sup> Adm. App. Nancy, 16 juin 2005, in *Rev. gén. droit méd.*, 2005, 17, p. 473.

<sup>278</sup> La possibilità d'inquadrare la fattispecie concreta nell'ambito della responsabilità *sans faute* della struttura sanitaria o della perdita di *chance* di decidere consapevolmente si ripro-

seguinte *iter*, ai fini di una soddisfacente (e possibilmente integrale) liquidazione del pregiudizio subito: 1) dimostrazione della natura colposa della condotta medica; 2) in caso di fallimento di tale prova (ovvero di assenza effettiva di colpa), allegazione delle condizioni integranti una *responsabilité sans faute* della struttura sanitaria. Tale riparazione dell'alea terapeutica, naturalmente, opera esclusivamente dinanzi alla giurisdizione amministrativa e, pertanto, laddove ad essere coinvolto sia un medico ospedaliero; 3) nell'ipotesi in cui i sopra elencati cinque requisiti non siano simultaneamente soddisfatti, prova dell'avvenuta violazione dell'obbligazione d'informazione, con conseguente utilizzo dello strumento della *perte de chance*, utile ad un risarcimento solo parziale<sup>279</sup>.

D'altra parte, il sistema di riparazione dell'alea terapeutica è stato letteralmente rivoluzionato dalla già menzionata legge n. 303/2002, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, con la quale si rimuove, infine, la deleteria dicotomia pubblico/privato, a favore della previsione di una generalizzata riparazione «au titre de la solidarité nationale», a condizione che l'*accident médical*, l'infezione nosocomiale o l'affezione iatrogena<sup>280</sup>:

---

pone in Adm. App. Versailles, 26 mai 2005, n. 02VE01234, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)., la quale, però, nega a tuttotondo un risarcimento del danno, in ragione del carattere necessario dell'operazione sotto accusa e della presenza di una connessione tra il pregiudizio e lo stato di salute anteriore del paziente. V. altresì Adm. App. Marseille, 22 janvier 2004, n. 99MA01300, e Adm. App. Paris, 29 septembre 2003, n. 02PA03151, entrambe in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>279</sup> Cfr., esemplificativamente: Cons. État, 10 mars 2004, n. 251594; Cons. État, 19 mai 2004, n. 216039, e Adm. App. Nantes, 20 juin 2003, n. 01NT00582, tutte in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>280</sup> M.-O. BERTELLA-GEFFROY, *Le point de vue d'un praticien sur les nouvelles dispositions concernant les risques sanitaires incluses dans la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades*, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 1753. V. anche P. CHEVALIER, *La gestion de l'accident médical en établissement de santé*, in *Rev. droit san. soc.*, 2007, p. 780; P. COHEN, *L'avis des professionnels sur la loi du 4 mars 2002, cinq ans après*, in *Gaz. Pal.*, 16-17 novembre 2007, p. 3645; C. BERGOIGNAN-ESPER, *Accident thérapeutique et solidarité nationale*, in *Rev. droit san. soc.*, 2007, p. 792; D. CRISTOL, *Infections nosocomiales: entre responsabilité hospitalière et solidarité nationale*, *ivi*, p. 847; E. HIRSCH, *La révolution hospitalière. Une démocratie du soin*, Bayard, Parigi, 2002, pp. 55 ss.; J.-J. THOUROUDE, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique. Les responsabilités dans les établissements publics hospitaliers*, L'Harmattan, Parigi, 2000, pp. 190 ss.; A.-M. DUGUET, *La faute médicale à l'hôpital*, Berger-Levrault, Parigi, 2000, pp. 138 ss.; M. GODFRYD, *Textes de droit hospitalier*, P.U.F., Parigi, 1997, pp. 100 ss., e D. TABUTEAU, *Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière*, Berger-Levrault, Parigi, 1995, pp. 26 ss. Infine, cfr. C. GUARINO, *Nuovi rischi: dalla società del rischio all'errore in sanità*, Aracne, Roma, 2013; M. HAZAN, D. ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2013; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013; M.C. GIORDANO, *La responsabilità del medico*, Giuffrè, Milano, 2013; M. HAZAN, D. ZORZIT, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012; G. BIZZARRI, M. FARINA, *Strategia e gestione del rischio clinico nelle organizzazioni sanitarie: approcci, modalità, strumenti e risultati*, Francoangeli, Milano, 2012; M. MARTINI, C. PELATI, *La gestione del rischio clinico*, McGraw-Hill, Milano, 2011; G. FORGESCHI, M. FIORANI, *La gestione del rischio clinico: dalla consapevolezza alla sicurezza*, Il Pensiero Scientifico Editore, Roma, 2010; A. BUSCEMI (a cura di), *Il risk*

1) siano direttamente imputabili ad atti di prevenzione, diagnosi o cura (ovvero, necessità dell'accertamento di un sicuro nesso eziologico);

2) abbiano comportato, per il paziente, «conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci»;

3) presentino un carattere di gravità fissato per decreto<sup>281</sup>, «apprécié au regard de la perte des capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelles, mesurées en tenant compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire au travail».

D'altra parte, il meccanismo della solidarietà nazionale opera soltanto laddove il pregiudizio realizzatosi non possa imputarsi, secondo le condizioni richieste dalla normativa in materia di responsabilità civile, né ad un medico né ad un produttore né ad una struttura, servizio o ente sanitario: di conseguenza, per quanto qui d'interesse, non dev'essere possibile rinvenire, a carico del professionista, alcuna *faute technique*.

Orbene, si noti come i requisiti elencati siano senz'altro meno rigidi e rigorosi rispetto a quelli enunciati dalla giurisprudenza *Bianchi*, nonché come la previsione normativa poggi tutta sulle due (non meglio definite) nozioni di "anormalità" e "gravità", che certamente necessitano, peraltro, di un accertamento *in concreto*, caso per caso, «en fonction de la maladie soignée, du traitement pratiqué et de l'état antérieur du malade»<sup>282</sup>. La

---

management in sanità: gestione del rischio, errori, responsabilità professionale e aspetti psicologici, Angeli, Milano, 2009, e G. COMANDÉ, G. TURCHETTI (a cura di), *La responsabilità sanitaria: valutazione del rischio e assicurazione*, Cedam, Padova, 2004.

<sup>281</sup> V. l'art. 1 del décret n° 2003-314 du 4 avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique: «Le pourcentage mentionné au deuxième alinéa du II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique est fixé à 24 %. Un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale présente également le caractère de gravité mentionné au II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique lorsque la durée de l'incapacité temporaire de travail résultant de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale est au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois. A titre exceptionnel, le caractère de gravité peut être reconnu: 1. Lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale; 2. Ou lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale occasionnent des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence».

<sup>282</sup> V. N. REBOUL-MAUPIN, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, in *Petites Affiches*, 2002, 122, p. 80. Cfr. altresì J. GONTIER, J. ICARD, F.-J. PANSIER, *Bilan jurisprudentiel des trois dernières années en matière de responsabilité médicale*, in *Gaz. Pal.*, 2002, pp. 1748-1752; M.-O. BERTELLA-GEFFROY, *Le point de vue d'un praticien sur les nouvelles dispositions concernant les risques sanitaires incluses dans la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades*, in *Gaz. Pal.*, 2002, pp. 1753-1755; A. GARAY, *La nouvelle législation relative à la réparation des risques sanitaires*, in *Gaz. Pal.*, 2002, pp. 713-718; J.-A. BAS, *L'évolution de la responsabilité hospitalière*, in *Petites Affiches*, 2001, 221, pp. 5-10; F. CHABAS, *La réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique*, in *JCP G*, 2001, pp. 603-607, nota a Cass. civ., 8 novembre 2000; E. GOUESSE, *Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation*, in *Petites Affiches*, 2000,

legge, d'altra parte, non cura di definire il concetto stesso di "àlea terapeutica" né chiarisce se il rischio anomalo sia solo il pericolo imprevedibile e di origine ignota o anche quello sì conosciuto, ma ad eccezionale realizzazione. A voler, come sembra opportuno, accogliere l'interpretazione più ampia (secondo il *favor aegroti*), diviene chiaro come la solidarietà nazionale possa eventualmente soccorrere proprio in quei casi di concretizzazione di un rischio grave, gravissimo, ma pur sempre eccezionale, colposamente taciuto al malato da un medico al quale, d'altra parte, non sia possibile imputare alcuna negligenza nella materiale esecuzione dell'atto sanitario. Si tratta di quei casi in cui più è difficile delineare i precisi confini dell'obbligazione d'informazione gravante sul professionista e in cui più è frequente il silenzio del medico, mosso anche dalla preoccupazione di non terrorizzare il proprio assistito o dalla convinzione dell'irrelevanza (o dell'inutilità) della comunicazione stessa di un determinato pericolo. E si tratta altresì di quelle situazioni in cui la realizzazione del pregiudizio è particolarmente drammatica, non solo in quanto portatrice di rilevanti percentuali di incapacità permanente, ma anche perché giunge di sorpresa e coglie il paziente del tutto impreparato. Infine, l'affermazione della responsabilità del medico mal si concilierebbe con l'assenza di una condotta colposa cagione diretta del danno, mentre lo stesso meccanismo, così caro alle corti transalpine, della *perte de chance* manca spesso – s'è visto – di soddisfacenti proprietà lenitive per invalidità di entità dolorosamente importanti.

D'altra parte, non solo la liquidazione del danno per violazione dell'autodeterminazione individuale può assumere un carattere di residualità in assenza delle condizioni normativamente previste per una *prise en charge collective* da parte dell'*Office National d'indemnisation des accidents médicaux*, ma è la stessa solidarietà nazionale a saper coadiuvare, eventualmente, il meccanismo della *perte de chance* – sanandone e colmandone le lacune. Laddove, infatti, l'ormai nota decurtazione in termini risarcitori avrebbe gravato il medico soltanto dell'80% del pregiudizio realizzatosi (paraplegia), la *Cour de cassation*<sup>283</sup> ha accollato il rimanente 20% alle

---

17, pp. 10-21; P. SARGOS, *L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire*, in *JCP G*, 2000, pp. 189-193, e C. LARROUMET, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, in *Petites Affiches*, 1999, 189, pp. 16-22. Infine, cfr. altresì H. INTRATOR, *Analyse des lois Kouchner et about*, in *Risques*, 2004, 57, p. 28; M. HARICHAUX, *Sur la procédure de règlement amiable et de conciliation de la loi du 4 mars 2002*, in *Rev. droit san. soc.*, 2004, p. 348; ID., *La nouvelle «conciliation» médicale*, in *Rev. droit san. soc.*, 2000, p. 108, e ID., *Modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit de la santé*, in *Rev. droit san. soc.*, 1997, p. 271.

<sup>283</sup> Cass. civ., Ch. I, 11 mars 2010, n. 09-11270, in *Gaz. Pal.* 2010, 10, con commenti di A. LEGOUX e C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Défaut d'information du patient: concurrence de l'indemnisation par l'Oniam et de la responsabilité civile*; in *JCP G*, 2010, p. 379, con nota di P. JOURDAIN, *La responsabilité pour défaut d'information médicale n'exclut pas la mise en œuvre de la solidarité nationale*, e in *D.*, 2010, p. 1119, con nota di M. BACACHE, *Réparation de l'accident médical: la solidarité national au secours de la responsabilité civile*.

casse dell'ONIAM. Il danno non rimane là dove è caduto; ma pure: nel caso di insufficiente risposta da parte della responsabilità civile, il pubblico interviene e garantisce una completa riparazione<sup>284</sup>.

## 15. Informazione e responsabilità: i francesi cambiano idea

Come in Italia, del resto, anche in Francia l'ultimo orientamento giurisprudenziale – risalente a poco più d'un lustro fa – esprime un inedito affanno riparatorio. Dal 2010, infatti, il risarcimento del danno da informazione violata pare essersi finalmente affrancato dall'esistenza di una *chance* perduta: così, la *Cour de cassation*<sup>285</sup> riconosce il pregiudizio derivante

---

<sup>284</sup> Cfr. Cass. civ., Ch. I, 5 février 2014, n. 12-29140, in *RTD civ.*, 2014, p. 394, con commento di P. JOURDAIN, *Les actes de chirurgie esthétique sont des «actes de soins»*; in *D.*, 2014, p. 697, con nota di S. PORCHY-SIMON, *Inclusion des actes préparatoires et des actes de chirurgie esthétique dans le champ de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique*; in *Rev. gén. droit méd.*, 2014, p. 434, con annotazioni di M. GIRER, e in *Resp. civ. assur.*, 2014, p. 166, con commento di S. HOCQUET-BERG, *Actes de chirurgie esthétique: qualification*. V. anche S. HOCQUET-BERG, *The Association of Civil Liability Procedures and National Solidarity Procedures in French Legislation as Regards the Compensation of Medical Mishap*, in *Op. Jur. Comp.*, 2009, 2, p. 1. Cfr. altresì Cass. civ., Ch. I, 18 décembre 2014, n. 13-21.019, in *D.*, 2015, p. 606, con commento di M. BACACHE, *Causalité partagée: quels recours de l'ONIAM contre l'assureur du professionnel de santé?*; in *JCP G*, 2015, p. 359, con nota di J. KNESTCH, *Précisions sur l'étendue des actions récursoires de l'ONIAM*; in *JDSAM*, 2015, 2, p. 60, con commento di D. NOGUERO, *L'action récursoire de l'ONIAM paralysée en cas de manquement à l'obligation d'information du professionnel de santé*; in *Gaz. Pal.*, 2015, 116-118, p. 15, con commento di D. NOGUERO, *L'action récursoire de l'ONIAM empêchée sur le fondement du manquement à l'obligation d'information du professionnel de santé*; in *RTD civ.*, 2015, p. 154, con nota di P. JOURDAIN, *L'ONIAM ne peut se prévaloir d'un défaut d'information du patient pour exercer un recours subrogatoire*; in *Gaz. Pal.*, 2015, 14-15, p. 16, con commento di A. GUEGAN-LECUYER, *Articulation responsabilité/solidarité nationale*; in *Resp. civ. assur.*, 2015, 2, p. 29, con nota di L. BLOCH, *Infection nosocomiale: condition de l'action récursoire de l'ONIAM contre un professionnel de santé*; in *Petites Affiches*, 2015, 42, p. 9, con commento di S. PRIEUR, *Infection nosocomiale et action récursoire de l'ONIAM: le droit à l'information du patient est intrasmissible*; in *Rev. Lamy droit civ.*, 2015, 124, p. 22, con nota di L. LOUVEL, *Absence de recours de l'ONIAM en présence d'un défaut d'information du médecin*, e in *Contr. conc. cons.*, 2015, 3, p. 14, con nota di L. LEVENEUR, *Infection nosocomiale: pas d'action récursoire de l'ONIAM contre le médecin pour défaut d'information*.

<sup>285</sup> Cass. civ., Ch. I, 3 juin 2010, n. 09-13.591, in *Gaz. Pal.*, 16-17 juin 2010, p. 9, con commento di A. LEGOUX, *Consécration du défaut d'information comme faute autonome*; in *D.*, 2010, p. 1522, con commenti di P. SARGOS, *Deux arrêts "historiques"*, cit., di BERT, *Feu l'arrêt Mercier!*, e di N. AUROY, C. CRETON, *Première chambre civile. Responsabilité médicale: indemnisation du préjudice moral causé par le manquement du médecin à son devoir d'information*; in *Petites Affiches*, 2010, 163-164, p. 9, con commento di R. MISLAWSKI, *L'extension de la responsabilité médicale du fait de l'information*; in *Resp. civ. assur.*, 2010, 9, p. 222, con nota di S. HOCQUET-BERG, *Devoir d'information*; in *Petites Affiches*, 2010, 195, p. 15, con nota di M. BARY, *L'existence contestable d'un droit subjectif à l'information*; in *JCP G*, 2010, p. 1915, con commento di Ph. STOFFEL-MUNCK, L. BLOCH, *Responsabilité civile. Revirement: le manquement d'un*

dalla provata, mancata comunicazione di determinati rischi, nel rispetto di valori di rango costituzionale, quale è la salvaguardia della dignità umana, altresì suscettibili di prescindere, s'è visto, dallo stretto seminato contrattuale. Si tratta, in particolare, di un *préjudice moral* autonomamente risarcibile, a fronte di un intervento ritenuto "necessario" e che l'ammalato non avrebbe, comunque, rifiutato, benché adeguatamente edotto. A séguito di un'adenomectomia prostatica, infatti, il paziente soffre di disturbi dell'erezione; ad essere liquidata è l'impreparazione, direbbero gli italiani: l'autodeterminazione individuale non è stata *stricto sensu* violata, perché questa non si sarebbe, in definitiva, diversamente orientata (l'operazione, ad ogni modo, sarebbe stata realizzata). È un danno, questo, che viene finalmente "battezzato" solo due anni dopo, e ad opera del *Conseil d'Etat*<sup>286</sup>, il quale, per una fattispecie dai contorni fattuali similari, rimarca come il paziente non abbia potuto «se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles». Tale pregiudizio d'impreparazione, per l'appunto, esula dalla possibilità di rifiutare l'intervento e viene interamente risarcito: la *perte de chance* quale meccanismo principe di riparazione rimane fermo, ma la sua operatività viene esclusa per le peculiarità della fattispecie concreta (l'ammalato non ha neppure allegato che, altrimenti informato, avrebbe rinunciato all'operazione). D'altra parte, però, è disposta la liquidazione di un danno là dove si era sempre usato negare al paziente qualsivoglia conforto in termini economici. Esattamente come per i giudici italiani, infine, si tratta del «défaut de préparation psychologique aux risques encourus», nonché del «ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle», la cui riparazione è naturalmente subordinata all'adempimento del relativo onere probatorio.

Al contrario, lo stesso *Conseil d'Etat*<sup>287</sup> abbandona finalmente la *chance*

---

*médecin à son obligation d'information cause nécessairement un préjudice au patient*, e p. 1453, con nota di S. PORCHY-SIMON, *Revirement de la Cour de cassation quant à la sanction du défaut d'information du patient*; in *AJDA*, 2010, p. 2169, con commento di C. LANTERO, *Vers la reconnaissance du défaut d'information comme chef de préjudice autonome?*; in *Rev.gén. droit méd.*, 2010, 36, p. 233, con nota di S. PRIEUR, *Nouvelles précisions sur le droit à l'information médicale et sa sanction*; in *Rev. droit san. soc.*, 2010, p. 898, con commento di F. ARHAB-GIRARDIN, *La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale*, e in *RTD civ.*, 2010, p. 571, con osservazioni di P. JOURDAIN, *Le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence)*.

<sup>286</sup> Conseil d'Etat, 10 octobre 2012, n. 350426, in *AJDA*, 2012, p. 2231, con commento di C. LANTERO, *Devoir d'information du patient: le Conseil d'Etat rejoint la Cour de cassation*; in *Rev. droit san. soc.*, 2013, p. 92, con commento di D. CRISTOL, *Le défaut d'information dans les établissements publics de santé: une nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel*; in *Resp. civ. assur.*, 2012, 12, p. 31, con nota di L. BLOCH, *Obligation d'information*, e in *JCP G*, 2012, p. 2106, con nota di F. VIALLA, *Préjudice moral pour défaut d'information*.

<sup>287</sup> Conseil d'Etat, 24 septembre 2012, n. 336223, in *AJDA*, 2012, p. 2231, con commento di C. LANTERO, *Devoir d'information*, cit., e in *JCP G*, 2012, p. 2106, con nota di F. VIALLA, *Préjudice moral*, cit.

nell'ipotesi di esecuzione di un'operazione diversa rispetto a quella per cui si è originariamente prestato il proprio consenso: oggetto di risarcimento sono tutte le conseguenze pregiudizievoli dell'intervento – la cui scelta ed esecuzione, peraltro, appaiono esenti da responsabilità sanitaria. In questo caso, d'altra parte, *non esiste* consenso; singolare (ma precursore), inoltre, appare il *decisum* del *Conseil* laddove si sostiene il risarcimento del *préjudice moral*, nonché, *le cas échéant*, di qualsiasi ulteriore effetto dannoso dell'intervento – al quale il paziente non abbia acconsentito. In questo senso, infatti, la riparazione del danno da violazione dell'autodeterminazione potrebbe persino sembrare automatica, al contrario di quanto avviene per le altre poste risarcitorie, la cui configurabilità dipende, ancora una volta, dalla relativa dimostrazione in giudizio.

La *Cour de cassation*<sup>288</sup> esplicita e incoraggia quest'orientamento, risarcendo il pregiudizio da violazione di un vero e proprio diritto soggettivo all'informazione<sup>289</sup>: il paziente non deve dimostrare retrospettivamente

<sup>288</sup> Cass. civ., Ch. I, 12 juin 2012, n. 11-18327, in *JCP G*, 2012, 1255, con nota di F. VIALLA, *Défaut d'information du patient, la Cour de cassation persiste et signe*; in *Rev. contr.*, 2012, p. 1195, con commento di S. CARVAL, *Le patient doit être informé que le traitement prescrit n'est pas conforme aux indications prévues par l'autorisation de mise sur le marché*; in *Rev. gén. droit méd.*, 2012, 45, p. 129, con commento di A. PHILIPPOT, «*Informer ou réparer*», *tel est le devoir du médecin au regard de son patient*, e in *Petites Affiches*, 2012, 167-168, p. 8, con nota di S. MOREIL, *La «décontractualisation» de l'obligation d'information au service de l'indemnisation de la victime d'un risque médical*.

<sup>289</sup> S. LE GAC-PECH, *Défaut d'information médicale et préjudice réparable: le couple infernal*, in *Petites Affiches*, 2011, 128, p. 4. V. anche F. ALT-MAES, *La faute éthique pour défaut d'information*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2010, 37, p. 35. Il consenso libero ed *éclairé* è diritto soggettivo altresì consacrato dalla *loi Kouchner*, n. 303 del 4 marzo 2002: cfr. P. LOKIEC, *La décision médicale*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2004, p. 641, ove si sottolinea come tale legge privilegi non tanto il *contrat médical*, quanto la *décision médicale*, così come alla classica obbligazione contrattuale di cure (paziente come cliente) è sostituito un diritto fondamentale alla protezione della salute (paziente come persona). V. anche C. ROUGE-MAILLART, N. SOUSSET, M. PENNEAU, *Influence de la loi du 4 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information du patient*, in *Méd. Droit*, 2006, p. 64, e F. ALT-MAES, *Les deux faces de l'information médicale: vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002?*, in *Gaz. Pal.*, 2003, p. 3639. Per un'ampia trattazione della legge francese, cfr. S. CACACE, *Loi Kouchner: problemi di underdeterrence e undercompensation*, in *Danno e responsabilità*, 2003, pp. 435-443; L. GREMIGNI FRANCINI, *La Loi Kouchner nel contesto della responsabilità medica francese*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1433; J. MORET-BAILLY, *Les rapports entre la loi et les déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002*, in *Rev. droit san. soc.*, 2003, p. 581; AA.VV., *Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi n. 2002-303 du 4 mars 2002*, journée d'étude, 17 janvier 2003, in *Rev. gén. droit méd.*, 2003, 10, p. 9; Y. LAMBERT-FAIVRE, *La loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Les droits des malades, usagers du système de santé*, in *D.*, 2002, p. 1291; M.-L. MOQUET-ANGER, *Le droit des personnes hospitalisées*, in *Rev. droit san. soc.*, 2002, p. 657; M. HARICHAUX, *Les droits à l'information et consentement de l'«usager du système de santé» après la loi n. 2002-303 du 4 mars 2002*, *ivi*, p. 673; E. GHERARDI, *La commission des relations avec les usagers et la qualité de la prise en charge dans la loi du 4 mars 2002*, *ivi*, p. 686, e I. VACARIE, *L'hébergement des données de santé: entre contrat et statut*, *ivi*, p. 695. Infine,

il suo diniego, ma neppure deve provare l'esistenza e le dimensioni di tale danno – che, a questo punto, appare persino riduttivo chiamare “da impreparazione”. Tale disinformazione, infatti, «cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation, mais qui ne saurait être constitué par une perte de chance d'éviter le dommage»<sup>290</sup>: ad essere delineato, quindi, è un diritto personale e accessorio all'integrità fisica, specchio del rispetto della dignità umana ex artt. 16 e 16-3 *Code civil*. Si tratta sì di impreparazione, ma non solo e non sempre: un *devoir d'éthique professionnelle* si trasfigura, infatti, in un *droit subjectif à l'information*, alla cui violazione corrisponde, senza ulteriore colpo ferire, un pregiudizio. In questo senso, l'informazione si emancipa definitivamente dal consenso e perde l'originaria sua natura ancillare e strumentale (di “aggettivazione” del consenso stesso), anche in termini risarcitori: non importa se il paziente avrebbe comunque dato il proprio benessere, poiché tale informazione, appunto, è *légalement due* – ed il riferimento è, naturalmente, all'art. L. 1111-2 del *Code de la santé publique*<sup>291</sup>.

Il problema – sul quale giurisdizione ordinaria ed amministrativa si confrontano, non sempre collimando nelle soluzioni – non è di mera denominazione. Da una parte, infatti, si tratta di un pregiudizio morale “dematerializzato” ed oggettivamente inteso, suscettibile di un'automatica riparazione a séguito della violazione di una norma (che sancisce, appun-

---

cfr. M. DUPONT, *Le libre choix du médecin: son évolution depuis la loi du 4 mars 2002*, in *Rev. droit san. soc.*, 2007, p. 759. Per quanto concerne, invece, la tutela del consenso informato nell'ambito della legislazione israeliana, cfr. J. MAIMON, *Législation en matière médicale: la prise de décision. Spécial Israël*, in *Gaz. Pal.*, 1998, p. 531. Riguardo alla tutela dell'autodeterminazione del paziente nell'ambito dell'ordinamento belga, infine, v. V. VARNEROT, P. MELIN, M. BENILLOUCHE, J. LEFEBVRE, J. FLAUSS-DIEM, *Commentaire de la loi belge du 22 août 2002 sur les droits du patient*, in *Petites Affiches*, 2004, 243, pp. 11 ss.

<sup>290</sup> Cass. civ., Ch. I, 12 juillet 2012, n. 11-17510, in *Gaz. Pal.*, 2012, 270-271, p. 15, con commento di M. MEKKI, *Les prestataires de services de soins ne sont pas des prestataires comme les autres*; in *RTD civ.*, 2012, p. 737, con nota di P. JOURDAIN, *Quelle responsabilité pour le chirurgien qui implante une prothèse défectueuse?*; in *D.*, 2012, p. 2277, con commento di M. BACACHE, *Responsabilité médicale: évolution ou régression?*, e in *Rev. gén. droit méd.*, 2012, p. 201, con commento di P. VERON, *Revirement “transitoire” de la Cour de cassation: le chirurgien qui implante une prothèse défectueuse soumis à une responsabilité pour faute*. L'informazione diviene qui «droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique» e «la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle».

<sup>291</sup> D'altro canto, se la veritiera esistenza di un diritto si misura sulla forza della reazione e sull'effettività della tutela apprestata in caso di sua violazione, allora sarebbe altresì ben ipotizzabile la riparazione di tutte le conseguenze del trattamento sanitario, laddove sia stata accertata la mancata informazione e a prescindere dalla verifica che il paziente adeguatamente edotto avrebbe rifiutato l'intervento: anche il danno biologico, quindi. Altrimenti ragionando, invero, il risarcimento del mero *préjudice moral* si ridurrebbe pressoché solo ad un'affermazione di principio, attestandosi su cifre poco più che simboliche: v. M. BACACHE, *L'information médicale est-elle encore perfectible?*, in *Gaz. Pal.*, 2012, p. 1907.

to, il dovere d'informare) e a prescindere dalla sussistenza di una lesione all'integrità psicofisica. Dall'altra, invece, si trova un pregiudizio soggettivamente connotato, che sempre richiede un'offesa alla salute rispetto alla quale, appunto, l'ammalato avrebbe potuto prepararsi, sia psicologicamente sia materialmente, (ovvero la realizzazione proprio del rischio che al paziente è stato taciuto): a ripugnare è una liquidazione a fronte di un trattamento ad esito fausto, perfettamente riuscito e privo, infine, di effetto secondario alcuno. In entrambi i casi, resta ferma l'eventuale operatività della *chance* perduta, laddove si sia rinvenuto un qualche margine di possibilità di rifiuto e l'intervento non sia stato reputato, quindi, "necessario"<sup>292</sup>: i francesi continuano a rigettare una ricostruzione del nesso causale prossima alla divinazione e s'accontentano di una riparazione del biologico "mutilata", eventualmente poi recuperabile in sede di solidarietà nazionale e finalmente affiancabile, grazie all'ultima giurisprudenza, da un "altro" danno non patrimoniale. Peraltro, s'è visto come, anche in Italia, il pregiudizio conseguente alla violazione di un dovere d'informazione trovi, in assenza di lesioni psicofisiche, uno spazio risarcitorio ristretto e condizionato, salvo voler accordare alla responsabilità sanitaria funzioni e finalità diverse dalla mera compensazione. Orbene, la questione che appare centrale è, anche per l'ordinamento transalpino, la prova di tutti questi danni, della loro esistenza e consistenza: inizialmente, infatti, se la *Cour de cassation* si attesta su posizioni che paiono prediligere l'automatica riparazione di un pregiudizio morale presunto, il *Conseil d'Etat* propende per un maggior rigorismo, ovvero configura un danno da impreparazione tale da richiedere, in giudizio e da parte di chi ne richieda la liquidazione, una sua specifica dimostrazione. Si tratta, invero, di dicotomia che pare avviarsi a composizione<sup>293</sup>: da ultimo, infatti, la soluzione parrebbe poter-

---

<sup>292</sup> V. Adm. App. Paris, 12 novembre 2012, n. 11PA02031, in *AJDA*, 2013, p. 46, con nota di J.-F. SIRINELLI, *Défaut d'information concernant un risque «fréquent» et indemnisation de la perte de chance*. Cfr. altresì P. SARGOS, *La perte de chance en matière d'information médicale: clarification et impasse*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2012, 44, p. 281. V. Cons. État, 3 juillet 2015, n. 372257, in *Rev. droit san. soc.*, 2016, p. 499, con annotazioni di J. SAISON-DEMARS: «la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation; (...) c'est seulement dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus, que les juges du fond peuvent nier l'existence d'une perte de chance»; Cons. État, 3 février 2016, n. 376620, in *JCP A*, 2016, 26, p. 15, con annotazioni di M.-L. MOUQUET-ANGER, e Cons. État, 19 octobre 2016, n. 391538, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>293</sup> Cfr. Cass. civ., 23 janvier 2014, n. 12-22.123, in *Bull. civ.*, 2014, I, p. 13; in *D.*, 2014, p. 584, con avis di L.B. DE LA GATINAIS, *Obligation d'information du médecin: la clarification*; in *Rev. contr.*, 2014, p. 368, con commento di A. GUEGAN-LECUYER, *Le préjudice d'impréparation ou comment subordonner la sanction du défaut d'information médicale à l'atteinte corporelle résultant de l'acte médical*; in *JDSAM*, 2014, p. 62, con nota di S. WELSCH, *La responsabilité des acteurs de santé. L'obligation d'information: un nouvel équilibre*; in *D.*, 2014, p. 590, con commento di M. BACACHE, *Réparation du défaut d'information médicale: revirement ou affinement de jurisprudence?*; in *Rev. Lamy droit civ.*, 2014, 115, p. 20, con commento di O. GOUT, *L'obli-*

si ragionevolmente delineare a favore di un'impreparazione che richieda, ai fini liquidatori, la dimostrazione delle sue componenti patrimoniali, al contempo contentandosi di una mera presunzione rispetto alla «souffrance morale» patita al momento della scoperta delle conseguenze negative dell'operazione, prima non prospettate quali possibili<sup>294</sup>.

Quanto alla *chance*, infine, s'è visto come una difficoltà in punto di dimostrazione del rapporto causale pretenda di trovare compensazione nella creazione di una nuova voce di danno, sollevando sì i pazienti dalle conseguenze *tranchantes* dell'onere della prova di cui sopra (o tutto o niente), ma altresì in sistematica violazione del principio d'integrale riparazione. Si tratta, in particolare, di un nesso causale "a tasso variabile", suscettibile di tramutarsi in un valore percentuale per mano del giudice e sulla scorta di una serie di indicatori, quali la natura "necessaria" o meno dell'operazione, l'esistenza di un'alternativa terapeutica, le probabilità per le quali il paziente avrebbe rinunciato se informato e la ponderazione, infine, fra i rischi presentati dall'intervento e quelli connessi ad un eventuale rifiuto: è questo, esattamente, il modo con cui la *chance* viene *chiffrée*<sup>295</sup>.

---

*gation d'information du médecin à nouveau sur le devant de la scène juridique; ibidem*, 114, p. 25, con nota di G. LE NESTOUR DRELON, *Défaut d'information du médecin et préjudice d'impréparation*; in *Resp. civ. assur.*, 2014, 4, p. 16, con nota di S. HOCQUET-BERG, *Devoir de conseil et d'information: vaccin GenHevac B contre l'hépatite B*; in *Rev. droit san. soc.*, 2014, p. 295, con commento di F. ARHAB-GIRARDIN, *Le préjudice né du défaut d'information médicale: l'infléchissement de la Cour de cassation*; in *RTD civ.*, 2014, p. 379, con commento di P. JOURDAIN, *Préjudice reparable en cas de défaut d'information médicale: la Cour de cassation réoriente sa jurisprudence*; in *JCP*, 2014, p. 446, con commento di A. BASCOULERGUE, *Réparation du défaut d'information en matière médicale: retour à l'orthodoxie; ibidem*, p. 124, con nota di C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Vaccination contre l'hépatite B et responsabilité du médecin*; in *JCP E*, 2014, 9-10, p. 27, con nota di N. DUPONT, *Le vaccin, le lien de causalité et ... le médecin*; in *Gaz. Pal.*, 2014, 78-79, p. 8, con commento di B. PARANCE, *Nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel sur le devoir d'information des professionnels de santé à l'égard de leurs patients; ibidem*, 106-107, p. 19, con commento di M. MEKKI, *Le manquement à l'obligation d'information due médecin: le patient justiciable devrait y voir plus clair!*; in *Petites Affiches*, 2014, 73, p. 11, con commento di O. SABARD, *Précisions sur le préjudice né du défaut d'information du médecin; ibidem*, 138, p. 6, con commento di S. MOREIL, *Devoir d'information du médecin, une solution de compromis, e ibidem*, 237, p. 12, con annotazioni di D. GRIMAUD, *Le préjudice causé par le défaut d'information du médecin*. V. anche O. GOUT, *L'évolution en France de l'obligation d'information en matière médicale*, in *Journ. méd. lég.*, 2014, 4, p. 63.

<sup>294</sup> Cons. État, 16 juin 2016, n. 382479, in *D.*, 2016, p. 1501, con osservazioni di F. VIALLA, *Responsabilité médicale (défaut d'information): indemnisation du préjudice moral: «indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a subis du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité; que s'il appartient au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultent du fait qu'il n'a pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il a endurée lorsqu'il a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention doit, quant à elle, être présumée».*

<sup>295</sup> Cons. État, 2 février 2011, n. 323970, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Cfr. M. CAPECCHI, *Il*

Certo, la “mutilazione” di cui questo meccanismo pare responsabile può anche leggersi in prospettiva diametralmente capovolta: più che negare l’integrità della riparazione, infatti, esso consente comunque il risarcimento di una frazione del biologico anche in tutti quei casi in cui, in Italia, ben arduo sarebbe stato l’assolvimento dell’onere probatorio: la giurisprudenza d’oltralpe, infatti, tende sempre meno a qualificare “necessario” o “indispensabile” un determinato trattamento sanitario; prende in considerazione l’omessa comunicazione anche di rischi con percentuali di realizzazione estremamente basse; più chiaramente, non predetermina gli argini per lo svolgimento dell’autodeterminazione del paziente<sup>296</sup>. In questo modo, la *perte de chance* viene difficilmente negata: è – certo – un danno biologico funzione delle scelte dell’ammalato, ma che rimane ben distinto, comunque, dalla liquidazione degli altri pregiudizi non patrimoniali conseguenza della violata informazione<sup>297</sup>.

---

*nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Cedam, Padova, 2012; A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Giappichelli, Torino, 2008; B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell’illecito civile: analisi giuseconomica e comparata*, Esi, Napoli, 2007; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie “fatto illecito” a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Cedam, Padova, 2005, e L. NOCCO, *Il danno da perdita di chance*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 45. V., infine, Adm. App. Douai, 9 décembre 2003, n. 02DA00425, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>296</sup> V. Cass. civ., Ch. I, 5 mars 2015, n. 14-13.292, in *JCP G*, 2015, p. 927, con commento di M. BACACHE, *La faute médicale: une nouvelle application*; in *Rev. gén. droit méd.*, 2015, p. 270, con commento di P. MARILLIER, *L’obligation de soins implique un devoir de renseignement sur l’état de santé exact du malade*; in *Rev. gén. droit*, 2015, p. 4, con commento di S. HOCQUET-BERG, *Le devoir du médecin de se renseigner sur l’état de santé de son patient*; in *Gaz. Pal.*, 2015, 182-183, p. 18, con nota di M. MEKKI, *L’obligation de soins du médecin: savoir-faire et faire savoir*, e in *JDSAM*, 2015, 2, p. 63, con commento di S. WELSCH, *L’obligation de se renseigner du médecin*. Cfr. Cass. civ., Ch. I, 13 juillet 2016, n. 15-19.054, e Cass. civ., Ch.I, 14 janvier 2016, n. 15-13081, entrambe in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), e G. VINEY, *L’indemnisation due en cas de manquement par le médecin à son devoir d’information*, in *JCP G*, 2014, p. 939.

<sup>297</sup> *Contra*, v. la terminologia adottata dal Trib. Arezzo, 16 ottobre 2009, in *Banca Dati De Jure*, e C. GARUFI, *L’obbligo di informazione del sanitario e la c.d. perdita di chance*, cit. In particolare, secondo la corte aretina, «(...) il danno alla salute, correlato alla non corretta esecuzione tecnica della prestazione medica, va liquidato secondo il sistema tabellare personalizzato, mentre il danno da lesione del diritto all’autodeterminazione non può che essere liquidato secondo criteri equitativi puri, alla stregua di un danno da perdita di chances (nel cui ambito può essere ricondotto, dal momento che, a prescindere da ogni altra possibile conseguenza, al paziente viene sottratta la ‘possibilità’ di effettuare una scelta riguardante la propria salute)». Nel caso di specie, d’altronde, il pregiudizio all’integrità psicofisica conosce un risarcimento integrale e non falcidiato dalla scure della *chance*: ciò a motivo, semplicemente, della configurabilità di una colpa medica altresì nella materiale esecuzione dell’operazione, oltre che nella prestazione di adeguate informazioni.

## 16. English law e standards informativi

La soluzione inglese riguardo ai contenuti e all'estensione dell'informazione si fonda sull'elaborazione e definizione di veri e propri *standards* (*professional, objective, subjective*), in grado di riflettere concezioni differenti del rapporto medico-paziente, più o meno coerenti con l'idea del primato dell'autodeterminazione individuale<sup>298</sup>. Tali *standards*, peraltro, più che a succedersi e reciprocamente elidersi, sembrano destinati, come si avrà modo di considerare, a coesistere, integrarsi e continuamente sovrapporsi. Anche qui, peraltro, il nodo del *quantum* dell'informazione (la definizione dello *standard* applicabile) pare inevitabilmente interconnesso con l'accertamento e la sussistenza del nesso causale: il medico è tenuto a comunicare determinati rischi, infatti, proprio perché suscettibili di condizionare la scelta del diretto interessato.

In primo luogo, il *professional practice standard*<sup>299</sup> individua nella prassi medica – *the customary practices of a professional community* – la corretta informazione: in altri termini, occorre far sapere al paziente ciò che lo stato dell'arte del momento, secondo le acquisite cognizioni scientifiche, considera, appunto, essenziale oggetto di comunicazione<sup>300</sup>. Per contro, la decisione in merito a *quale* informazione sia rilevante si trasferisce dal medico al malato nel *reasonable person standard*: in questo caso, oggetto di considerazione ed attenzione diviene ciò che una persona ragionevole, pensata come *media* all'interno della comunità, vorrebbe sapere e potrebbe comprendere della procedura medica di specie, al fine di liberamente scegliere e decidere. La comunicazione fra il personale sanitario e l'interessato comincia, così, a dismettere l'inveterato linguaggio iniziatico che la caratterizza, nell'ambito di una trasformazione e di un'evoluzione che conduce ed approda, infine, al (terzo ed ultimo) *subjective standard*, attinente all'informazione necessaria perché uno (lo) specifico paziente, quello del caso concreto, possa comprendere e decidere<sup>301</sup>. Di conseguen-

---

<sup>298</sup> Cfr. F. MILLER, A. WERTHEIMER (a cura di), *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, Oxford University Press, New York, 2010; A. MACLEAN, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law: A Relational Challenge*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; A. MCLEAN, *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge-Cavendish, New York, 2009, e N. MANSON, O. O'NEILL, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, Cambridge University Press, New York, 2007. V. M.M. SHULTZ, *From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest*, in *Yale L.J.*, 1985, 95, p. 219.

<sup>299</sup> R. FRESA, *Il consenso informato in odontoiatria*, cit., pp. 87 ss.

<sup>300</sup> Con riferimento alla condotta del «reasonably prudent practitioner», cfr. J.S. KING, B.W. MOULTON, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, in *Am. J. L. and Med.*, 2006, 32, p. 429.

<sup>301</sup> S. WEAR, *Informed Consent. Patient Autonomy and Clinician Beneficence within Health Care*, Georgetown University Press, Washington, 1998, p. 18: «(...) the subjective standard (...) is mainly a creature of legal commentary rather than case law. (...) It also would call for a

za, non si tratterà più di una persona astratta e immaginaria, bensì dell'individuo, ben determinato, del quale effettivamente ci si occupa, che realmente è oggetto delle cure sanitarie e della cui peculiare, incomparabile autodeterminazione ha senso, pertanto, discutere.

Tali criteri di valutazione e pre-determinazione dell'informazione si misurano nel caso *Sidaway*<sup>302</sup>, attinente alla diligente esecuzione di un'operazione neurochirurgica e alla conseguente lesione della colonna vertebrale, rischio attestantesi sull'1-2% di probabilità di realizzazione e malauguratamente taciuto alla paziente. Si tratta, in particolare, di statuire l'applicazione, anche all'interno dello scambio dialogico-informativo medico-ammalato, del *duty of care* professionale delineato dal c.d. *Bolam* test, secondo il quale «a doctor is not guilty of negligence if he has acted in accordance with the practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art»<sup>303</sup>.

---

degree of familiarity with and insight into the patient's views and values that no physician could possibly be expected to have. If the patient has certain special concerns or agendas, he can raise them. But surely the physician cannot be expected to guess what these agendas and concerns are beforehand or take the time to ferret them out». *Contra*, v. J.S. KING, B.W. MOULTON, *Rethinking Informed Consent*, cit. Cfr. altresì Comitato nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso*, cit., 10, il quale ugualmente individua tre tipologie di approccio informativo: lo *standard* professionale, secondo cui «occorre dire ciò che la comunità scientifica ritiene essenziale allo stato attuale delle conoscenze (col vantaggio della correttezza scientifica dell'informazione, ma con l'impraticabilità di una comunicazione generalmente incomprensibile all'uomo comune, e tenuto conto del carattere non asettico né neutrale o *value-free* degli *standards* decisionali in medicina)»; quello "medio", in riferimento a quanto una persona ragionevole «vorrebbe sapere e potrebbe comprendere (...), con il vantaggio del livello divulgativo dell'esposizione, ma con le ambiguità legate alle nozioni di ragionevole e medio»; infine, lo *standard* soggettivo, rispetto a ciò che «il singolo paziente, qui e ora, vuole e può comprendere, o ciò che si reputa massimamente significativo per lui (col vantaggio di una specificità relazionale ma col rischio di una deformazione paternalistica, da parte del curante, dei contenuti informativi)».

<sup>302</sup> *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] A.C. 871. Cfr. R. SCHWARTZ, A. GRUBB, *Why Britain Can't Afford Informed Consent*, in *Hast. Cent. Rep.*, 1985, p. 19; N. KARAKO-EYAL, *Physicians' Duty of Disclosure: A Deontological and Consequential*, in *Quinnipiac Health L.J.*, 2010/2011, 14, p. 1, e P.H. SCHUCK, *Rethinking Informed Consent*, in *Yale L.J.*, 1994, 103, p. 899, il quale ultimo individua tre versioni dell'*informed consent doctrine*: una *in books*, ad opera delle corti; una *in the mind*, dei professori universitari; una *in action*, riguardo alla concreta pratica professionale.

<sup>303</sup> *Bolam v. Friern Barnet Hospital Management Committee* [1957] 1 W.L.R. 582. Peraltro, al convenuto spetta il beneficio del dubbio laddove esista un contrasto, in seno alla comunità scientifica, a proposito di ciò che può considerarsi ragionevole ovvero responsabile. A tal proposito, v. *Maynard v. West Midlands RHA* [1984] 1 W.L.R. 634: «it is not enough to show that there is a body of competent professional opinion which considers that there was a wrong decision, if there also exists a body of professional opinion, equally competent, which supports the decision as reasonable in the circumstances». Infine, il *Bolam* test è oggetto di riformulazione in *Bolitho v. City and Hackney Health Authority* [1998] A.C. 232. Cfr. anche M. BRAZIER, M. LOBJOIT, *Protecting the Vulnerable. Autonomy and Consent in Health Care*, Routledge, Londra, 1991, pp. 134 ss., e I. KENNEDY, *Treat Me Right. Essays in Medical Law and Ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1988.

In *Sidaway*, peraltro, l'*opinion* di Lord Bridge manifesta l'esigenza di mitigare il rigore del *Bolam* test, con un'informazione che sappia, eventualmente, anche prescindere dalla "prassi" della comunità scientifica, al ricorrere di un «substantial risk of grave adverse consequences»<sup>304</sup> (un rischio, per esempio, con una percentuale di realizzazione pari al 10%). In questo modo, né il paziente dev'essere edotto (con esiti probabilmente "terroristici", si è già sottolineato) circa tutti i pericoli insiti nel trattamento sanitario propostogli né il medico, per converso, può arbitrariamente determinare il *best interest* dell'ammalato, risolvendo di tacere l'esistenza di un determinato rischio a prescindere da una previa ponderazione fra la gravità e la probabilità di realizzazione di questo. In altri termini, il giudice può ben decidere di trascurare le risultanze delle consulenze tecniche e determinare egli stesso la condotta ragionevole del medico che voglia, in quel caso di specie, rispettare la capacità decisionale del proprio paziente.

D'altronde, se il caso *Sidaway* segna la vittoria e il persistere del *Bolam* test<sup>305</sup> e (conseguentemente) del *professional standard*, senz'altro non esente da un retaggio paternalistico di esercizio della professione sanitaria, la visione che muove la *dissenting opinion* di Lord Scarman sarà poi destinata, infine, ad affermarsi (trent'anni dopo, come si vedrà), perché più coerente con una nuova concezione del rapporto medico-paziente, nonché con l'avvenuta incorporazione, all'interno dell'ordinamento britannico, della Convenzione europea dei diritti umani<sup>306</sup>. Infatti, il dilem-

---

<sup>304</sup> «I cannot believe that contemporary medical opinion would support this view, which would effectively exclude the patient's right to decide in the very type of case where it is most important that he should be in a position to exercise that right and, perhaps even more significantly, to seek a second opinion as to whether he should submit himself to the significant risk which has been drawn to his attention». In questo senso, il giudizio di ragionevolezza sulla decisione di non informare dipende dalla natura e dal grado di probabilità di realizzazione del rischio tacito.

<sup>305</sup> Cfr. altresì *Gold v. Haringey HA* [1988] QB 481.

<sup>306</sup> Tale incorporazione si deve, com'è noto, all'emanazione dello *Human Rights Act* (1998), all'interno di un ordinamento (quale quello britannico) cui è sconosciuta la nozione stessa di Carta costituzionale tradizionalmente intesa. D'altra parte, ai fini che qui interessano, si ricordino gli artt. 2 (diritto alla vita), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Cfr. D. HOFFMAN (a cura di), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; T. HICKMAN, *Public Law after the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford, 2010; S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Giappichelli, Torino, 2010; J. WADHAM, H. MOUNTFIELD, A. EDMUNDSON, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Oxford University Press, Oxford, 2009; I. LEIGH, R. MASTERMAN, *Making Rights Real: The Human Rights Act in its First Decade*, Hart, Oxford, 2008; H. FENWICK, G. PHILLIPSON, R. MASTERMAN (a cura di), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni: recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Parigi, 2007; S. SONELLI, *Lo Human Rights Act 1998:*

ma interpretativo in ordine a *quali* contenuti debbano caratterizzare la comunicazione sanitaria è risolto da Lord Scarman nei seguenti termini: «it must recognise a duty of the doctor to warn his patient of risk inherent in the treatment which is proposed (...). The critical limitation is that the duty is confined to material risks. The test of materiality is whether in the circumstances of the particular case the Court is satisfied that a reasonable person in the patient's position would be likely to attach significance to the risk».

Pertanto, il sanitario deve informare a proposito di qualsivoglia *material risk* (ed un pericolo può così definirsi laddove risponda, appunto, ad un *reasonable patient standard*), eccezion fatta per quelle ipotesi in cui a prevalere sia il c.d. privilegio terapeutico del medico, «if upon a reasonable assessment of his patient's condition he takes the view that a warning would be detrimental to the patient's health». Si tratta, peraltro, sì di una «defence available to the doctor», ma «if he invokes it, he must prove it».

In definitiva, non solo viene adottato uno *standard* che gravita attorno alla persona dell'ammalato, e non più a quella del medico, ma è altresì individuato un autonomo *duty to inform*, indipendente dal *duty of care* delineato dal *Bolam* test e direttamente derivante dal nuovo diritto del paziente, *the right to know*<sup>307</sup>. Come si anticipava, peraltro, *Sidaway* viene supe-

---

*l'incorporazione della Convenzione europea e i suoi effetti sul diritto inglese*, Unicopy, Firenze, 2005; D. HOFFMAN, J. ROWE, *Human Rights in the UK: A General Introduction to the Human Rights Act 1998*, Longman, Harlow, 2003; N. WHITTY, T. MURPHY, S. LIVINGSTONE, *Civil Liberties Law: The Human Rights Act Era*, Londra, 2001; STARMER, *European Human Rights Law: The Human Rights Act 1998 and the European Convention on Human Rights*, Londra, 1999, e L. BETTEN (a cura di), *The Human Rights Act 1998: What It Means: The Incorporation of the European Convention on the Human Rights Into the Legal Order of the United Kingdom*, Butterworths, Londra, 1999.

<sup>307</sup> Per quanto concerne la successiva evoluzione giurisprudenziale, inoltre, v. lo *speech* di Lord Woolf in *Pearce v. United Bristol Health Care NHS Trust* [1999] 48 B.M.L.R. 118: «In a case where it is being alleged that a Plaintiff has been deprived of the opportunity to make a proper decision as to what course he or she should take in relation to treatment, it seems to me to be the law (...) that if there is a significant risk which would affect the judgement of a reasonable patient, then in the normal course it is the responsibility of a doctor to inform the patient that significant risk, if the information is needed so that the patient can determine for him or herself as to what course he or she should adopt». V. anche N. KARAKO-EYAL, *Has Non-U.S. Case Law Recognized a Legally Protected Autonomy Right?*, in *Minn. J.L. Sci. & Tech.*, 2009, 10, p. 671; B. SONES, *A Tale of Two Countries: Parallel Visions for Informed Consent in the United States and the United Kingdom*, in *Vand. J. Transnat'l L.*, 2006, 39, p. 253; I. KENNEDY, D. GRUBB, *Principles of Medical Law*, New York, 1998, pp. 172 ss.; M.A. HALL, *A Theory of Economic Informed Consent*, in *Ga. L. Rev.*, 1997, 31, p. 511; K. GIESEL, *Vindicating The Patient's Rights: A Comparative Perspective*, in *J. Contemp. Health L. & Pol'y*, 1993, 9, p. 273; F.H. MILLER, *Rationing Health Care: Social, Political and Legal Perspectives: Denial Of Health Care and Informed Consent in English and American Law*, in *Am. J. L. and Med.*, 1992, 18, p. 37, e Id., *Medical Malpractice Litigation: Do the British Have a Better Remedy?*, in *Am. J. L. and Med.*, 1986, 11, p. 433.

rato solo nel 2015, in un caso di seri danni cerebrali riportati da un neonato nel corso della fase espulsiva: in particolare, la *UK Supreme Court*<sup>308</sup> statuisce che la madre avrebbe dovuto essere informata dei rischi presentati da un parto naturale, considerato il diabete dal quale era affetta e affinché potesse ella valutare l'opportunità di un cesareo. Il paziente medio, infatti, viene dai giudici a tutti gli effetti considerato un adulto responsabile delle proprie scelte e capace di sopportare le conseguenze delle decisioni così adottate; egli è in grado di comprendere e di gestire le informazioni sanitarie di cui è destinatario; non è un passivo "recipiente" a fronte della diligente comunicazione del medico, bensì è ritenuto degno di conoscere tutti quei *material risks* di cui ciascun ammalato prudente e ragionevole vorrebbe sapere, per poter autodeterminarsi, appunto, alla stregua di qualsiasi altro consumatore di servizi e prestazioni<sup>309</sup>. D'altro canto, non è la mera percentuale di realizzazione ad indicare se un pericolo debba o meno essere oggetto di ragguglio, ma sono le circostanze della fattispecie concreta, nonché le caratteristiche del paziente singolarmente considerato, a determinare un giudizio in tal senso: in particolare, si tratta della natura del rischio, degli effetti che una sua eventuale concretizzazione potrebbe produrre sulla vita dell'ammalato, dei benefici attesi dal trattamento sanitario in discussione, delle alternative disponibili e dell'alea insita in queste diverse soluzioni. In altri termini, se le valutazioni del medico sono unicamente dettate da preoccupazioni relative alla salute e alla sofferenza del proprio paziente, quest'ultimo decide, invece, sulla base di innumerevoli altri elementi, in ragione degli obiettivi, dei valori e degli elementi distintivi che la sua propria esistenza – le vite degli altri qui non rilevando – presenta.

I supremi giudici inglesi<sup>310</sup> esprimono, infine, tre preoccupazioni sostanziali, le quali – s'è visto nelle pagine precedenti – animano anche in Europa il dibattito attorno al consenso informato. La prima riguarda le modalità dell'informazione, poiché il medico deve assicurarsi che il paziente abbia compreso al punto di poter decidere («to make an informed decision»): modalità e contenuti, infatti, sono parimenti importanti, laddove la mera apposizione di una firma e l'eccessivo tecnicismo non sono certo funzionali al raggiungimento dello scopo predeterminato. La secon-

---

<sup>308</sup> *Montgomery v. Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11, 11 March 2015. V. M. LYONS, *Montgomery v. Lanarkshire Health Board: liability – clinical negligence – birth defects*, in *Journ. Pers. Injury Law*, 2015, III, C p. 130 ss.; C.P. MCGRATH, "Trust me, I'm a patient...": *disclosure standards and the patient's right to decide*, in *Cambr. Law Journ.*, 2015, 74(2), pp. 211 ss., e L. VAGNI, *L'omessa informazione dei rischi del trattamento sanitario: spunti comparatistici*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), luglio 2016.

<sup>309</sup> Cfr. N.N. SAWICKI, *Modernizing Informed Consent: Expanding the Boundaries of Materiality*, in *U. Ill. L. Rev. Online*, 2016, p. 821, e J. BERG, *The E-Health Revolution and the Necessary Evolution of Informed Consent*, in *S.U. L. Rev.*, 2014, 41, p. 259.

<sup>310</sup> *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*, cit.

da inquietudine attiene alla mancanza di tempo, lamentata dai sanitari, per assicurare un'informazione siffatta. Orbene, la risposta della corte è nel senso di delineare una *legal obligation*, che s'impone, in special modo, a tutti quei professionisti che presentino una minore attitudine alla comunicazione o che più di frequente siano in preda alla fretta: «[they] are obliged to pause and engage in the discussion which the law requires». Per quanto riguarda, poi, l'ammissibilità di una *therapeutic exception*, di questa non deve in alcun modo abusarsi, trattandosi di una straordinaria limitazione al generale principio di autodeterminazione dell'ammalato, il quale non può in alcun modo essere sovvertito accordando al medico l'opportunità d'impedire un'*informed choice* solo perché la considera contraria al miglior interesse dell'ammalato.

Nell'ottobre del 1997, peraltro, il *Senate of Surgery of Great Britain and Ireland* già pubblicava *The Surgeon's Duty of Care (Guidance for Surgeons on Ethical and Legal Issues)*<sup>311</sup>, precisando che il paziente (maggiore di sedici anni) dev'essere destinatario di un'informazione attorno alla natura delle sue condizioni di salute, unitamente a «the type, purpose, prognosis, common side effects and significant risks of any proposed surgical treatment», nonché alla possibilità di alternative terapeutiche (anche non chirurgiche) e alle conseguenze di un eventuale rifiuto dell'intervento medico. Si tratta, precisamente, di un'informazione "soggettivizzata": il sanitario, infatti, deve tener conto della capacità del malato di esprimersi in lingua inglese e di comprendere la stessa, nonché deve accertarsi «that the patient understands the site and size of the incision, and has some insight into the pain and discomfort which sometimes follows surgery along with the analgesic and others measures available to minimise it». Infine, è il medico a determinare l'esistenza (o meno) di aspetti "speciali" della vita e della professione del malato, che possano richiedere, ai fini della prestazione di un idoneo consenso, un'informazione più dettagliata – riguardo, per esempio, ai «risks of loss of specific movement, extent of scarring at the operative site or the social consequences of a stoma»<sup>312</sup>.

Tali direttive, seppur a carattere meramente deontologico, non solo rivelano una straordinaria sensibilità nei confronti delle esigenze del paziente *di carne*<sup>313</sup>, ma divengono altresì tanto più interessanti con la preci-

---

<sup>311</sup> THE SENATE OF SURGERY OF GREAT BRITAIN AND IRELAND, *The Surgeon's Duty of Care, Guidance for Surgeons on Ethical and Legal Issues*, Londra, 1997. V. A. HOCKTON, *The Law of Consent to Medical Treatment*, Sweet and Maxwell, Londra, 2002, pp. 56 ss.

<sup>312</sup> È proprio il caso (italiano) della «danzatrice professionale e spogliarellista», insoddisfatta degli esiti di un intervento di chirurgia plastica al seno: v. Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394, cit., per la quale cfr. *infra*, cap. IV, § 1, *Chirurgia estetica e odontoiatria: un'informazione peculiare*.

<sup>313</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 182. V. anche

sazione, immediatamente successiva, che «this information should be provided in the detail required by a reasonable person in the circumstances of the patient to make a relevant and informed judgement»<sup>314</sup>.

Si tratta, in definitiva, dell'irruzione del *prudent patient standard* di Lord Scarman all'interno della deontologia medica, seguita (solo due anni più tardi, nel febbraio del 1999) dalle *guidelines* del *General Medical Council, Seeking Patient's Consent: The Ethical Considerations*<sup>315</sup>, ove il diritto del paziente all'adozione di decisioni informate riguardo al proprio stato di salute «is protected in law» ed «existing case law gives a guide to what can be considered minimum requirements of good practice in seeking informed consent from patients». In questo modo, i contenuti dell'informazione diventano oggetto di una disciplina ancor più dettagliata e specifica, laddove si prevedono, fra l'altro, sia il chiarimento «of the likely benefits and the probabilities of success; and discussion of any serious or frequently occurring risk, and of any lifestyle changes which may be caused by, or necessitated by, the treatment»; sia la specificazione del nome dell'operatore «who will have overall responsibility for the treatment and, where appropriate, names of the senior members of his or her team»<sup>316</sup>; sia l'indicazione, a beneficio del paziente, quanto alla possibilità, di cui egli gode, di cambiare idea e decisione in qualsiasi momento, nonché riguardo al suo diritto ad un secondo parere medico<sup>317</sup>; sia, infine, la specificazione dei «details of costs or changes which the patient may have to meet».

Peraltro, il professionista è altresì gravato da un *duty of candour*<sup>318</sup>, riguardo alle eventuali lesioni, complicanze o effetti collaterali derivanti dall'atto sanitario già eseguito, ovvero attinente ad un'informazione successiva all'esplicazione del rapporto medico-paziente propriamente inteso. Inoltre, l'adempimento di tale obbligo, parte integrante della condotta di-

---

R. GIL, *Corps, chair et personne humaine*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2016, 60, p. 167, e N. JOSEPH-HENRI, *Le corps, sujet de droit*, *ivi*, p. 199.

<sup>314</sup> Cfr. anche GENERAL MEDICAL COUNCIL, *Good Medical Practice*, Londra, 2006, par. 20 ss.

<sup>315</sup> GENERAL MEDICAL COUNCIL, *Seeking Patient's Consent: The Ethical Considerations*, Blackstone Press, Londra, 1999. V. altresì M. DAVIES, *Textbook on Medical Law*, Londra, 1996, specie pp. 117 ss. Cfr. altresì le linee guida del *General Medical Council: Patients and doctors making decisions together* (2008) e *Good Medical Practice* (2013).

<sup>316</sup> Inoltre, oggetto d'informazione è altresì la circostanza che «doctors in training will be involved, and the extent to which students may be involved in an investigation or treatment».

<sup>317</sup> Cfr. altresì *Johnson by Adler v. Kokemoor* 199 Wis. 2d 615, 545 N.W.2d 495 (Wis. 1996), secondo cui il medico dovrebbe rendere il paziente edotto anche delle sue credenziali, della sua capacità ed esperienza. Al riguardo, v. J.L. DOLGIN, *The Legal Development of the Informed Consent Doctrine: Past and Present*, in *Camb. Q. Healthc. Ethics*, 2010, 19, p. 97.

<sup>318</sup> Per la prima volta enunciato in *Lee v. South West Thames Regional Health Authority* [1985] 2 All. E.R. 385. Successivamente e similmente, cfr. *Naylor v. Preston Area Health Authority* [1987] 2 All. E.R. 353. Cfr. anche HOUSE OF COMMONS, HEALTH COMMITTEE, *Patient Safety. Sixth Report of Session 2008-09*, Londra, 2009.

ligente cui il medico deve uniformarsi, nonché ipoteticamente trascendenti gli stretti confini dell'intima relazione terapeuta-malato (ovvero configurabile anche nei confronti di persone "terze"), prescinderebbe dall'esistenza stessa di un rapporto contrattuale fra le parti interessate<sup>319</sup>.

D'altronde, si è cercato di sottolineare come le stesse *ethical rules* a guida della professione sanitaria abbiano consacrato l'esistenza di una vera e propria dottrina dell'*informed consent*, così determinando, infine, una sorta di (completa) sovrapposizione fra *professional* ed *objective standard*. Infatti, una volta che la deontologia medesima ha dismesso un approccio meramente paternalistico, poco importa che le regole sopra ricordate non siano mai state menzionate da alcun *reported case*, poiché (semplicemente) agire contro tali *guidelines* rappresenterebbe senz'altro una condotta «*Bolam unacceptable*»<sup>320</sup>.

In *Montgomery*<sup>321</sup>, i giudici si chiedono, infine, quali possano essere gli effetti in termini di contenzioso di un *reasonable patient standard* ovvero di un appesantimento degli oneri informativi: la conclusione cui si perviene, d'altro canto, è che l'ammalato consapevole è senz'altro anche meno propenso alla litigiosità di colui il quale, invece, sia stato "sorpreso" da un rischio che il medico aveva discrezionalmente deciso di tacergli. Certo, si scontrerà una minore prevedibilità degli esiti delle cause giudiziarie, in special modo relativamente ad una maggiore difficoltà e complessità probatoria, ma tant'è: per citare la corte, «the more fundamental response to such points, however, is that respect for the dignity of patients requires no less». Del resto, il richiamo al necessario rispetto della dignità individuale può persino apparire singolare, laddove tradizionalmente il mondo anglosassone pone, invece, l'autonomia del paziente quale linea direttrice del suo rapporto con il medico<sup>322</sup>. Al riguardo, peraltro, ben può aggiungersi come la tutela della dignità dell'ammalato capace si traduca qui, *in primis*, proprio nell'ossequio alla sua stessa autodeterminazione, principio che pervade le stesse direttive deontologiche, le quali, estremamente dettagliate e meticolose, persino educano al valore della *politeness* verso il proprio paziente: rimedio che, aggiunge chi scrive, potrebbe addirittura rivelarsi di miracolosa efficacia, ai fini della riduzione della litigiosità di cui sopra.

---

<sup>319</sup> *Contra*, v. *Powell v. Boladz*, in *Lloyd's Med. Rep.*, 1998, p. 116. Per ulteriori approfondimenti, cfr. A. HOCKTON, *The Law of Consent to Medical Treatment*, cit., pp. 52 ss. V. altresì DEPARTMENT OF HEALTH, *Implementing a 'Duty of Candour': A New Contractual Requirement on Provider*, 2012, in [www.dh.gov.uk/publications](http://www.dh.gov.uk/publications).

<sup>320</sup> D. HOCKTON, *op. ult. cit.*, pp. 63-64.

<sup>321</sup> *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*, cit.

<sup>322</sup> V. M. SWARTZ, *Are Physician-Patient Communications Protected by the First Amendment?*, in *Card. Law Rev. de novo*, 2015, p. 92.

## 17. Il consenso del paziente tra battery e tort of negligence

È noto come la nozione di *battery*, quale diretta derivazione del *trespass to person*, valga ad indicare qualsivoglia, illegittima ed intenzionale invasione della sfera d'integrità psico-fisica individuale. In particolare, si tratta di un *tort* azionabile *per se*<sup>323</sup> (senza che l'attore debba provare, quindi, di aver sofferto alcuna lesione: l'illegittima invasione è già lesione in se stessa considerata), nonché suscettibile di trovare una propria attuale, modernissima applicazione, nonostante l'antica origine medievale, nell'ambito dei trattamenti sanitari eseguiti senza il previo consenso del paziente, a tutela del *right to self-determination* di quest'ultimo<sup>324</sup>.

Pertanto, se un processo per *battery* si concentra sulla sola (modalità di) condotta del medico convenuto, a prescindere dalla realizzazione di conseguenze negative (ovvero dall'individuazione di un determinato evento dannoso: lesioni personali o morte del paziente), è opportuno evidenziare come non si tratti, in realtà, dell'affermazione di un preciso dovere del professionista d'informare accuratamente e correttamente circa i rischi e le implicazioni dell'intervento sanitario. In altri termini, è sufficiente che il consenso sia *real* (quale stato mentale dell'assistito), laddove le necessarie informazioni possono provenire anche da fonti diverse rispetto al personale coinvolto nel trattamento oggetto di controversia. In particolare, affinché sia possibile individuare un *real consent*, è sufficiente la comunicazione *in broad terms* della natura e degli scopi dell'atto medico proposto, seguita dall'accettazione del paziente<sup>325</sup>.

Coerentemente, le corti inglesi accordano un'azione in *battery* in situazioni (che configurano eclatanti interferenze nella sfera personale dell'ammalato) pressoché eccezionali, ed estremamente delimitate: quella del paziente che non ha in alcun modo consentito all'intervento; del diniego, precedentemente espresso dall'interessato, di sottoporsi all'operazione poi effettuata; dell'assenso ottenuto, infine, da un medico in mala fede (*fraud*)<sup>326</sup>.

---

<sup>323</sup> V. B. MARKESINIS, S. DEAKIN, *Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 264 ss. V. R. GARNIER, *La notion de "Trespass" en droit anglais*, Rousseau, Parigi, 1927; M.L. RUFFINI GANDOLFI, *Profili del «trespass to land». Il tort e gli improvements del «trespasser»: studio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1979, e P. BIRTS, *Remedies for Trespass*, Sweet and Maxwell, Londra, 1990.

<sup>324</sup> Cfr. *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] A.C. 789 at 882: «any treatment given by a doctor to a competent patient which is invasive (*i.e.* which involves any interference with the physical integrity of the patient) is unlawful unless done with the consent of the patient: it constitutes the crime of battery and the tort of trespass to the person».

<sup>325</sup> V. *Hills v. Potter and others* [1983] 3 All ER 716, [1984] 1 WLR 641, e lo *speech* di Lord Bristow in *Chatterton v. Gerson* [1981] 1 All ER 257. Cfr. H. GARDNER, *Competent Adults: Consent and Refusal in Surgery*, LL.M., 1998, tesi inedita; *Reibl v. Hughes* (1981) 114 DLR (3d) 1 (Canadian Supreme Court), e *Devi v. West Midland AHA* [1980] CLYB 687.

<sup>326</sup> V. Lord Donaldson in *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital*

Simile riluttanza giurisprudenziale si spiega (essenzialmente) con la natura dolosa della condotta che connota questo *tort*, nonché, di conseguenza, con l'inadeguatezza di tale azione laddove si tratti di professionista in buona fede e unicamente motivato dal perseguimento del *best interest* del paziente<sup>327</sup>, oppure qualora si sia dimostrata la mera, mancata rivelazione dei rischi insiti in un determinato trattamento sanitario.

Le ragioni di *policy* che inducono i tribunali britannici a limitare la proliferazione di azioni in *battery* in favore del *tort of negligence* sono altresì giustificate da differenze di natura procedurale. L'attore in *negligence*, infatti, non solo deve provare i danni subiti, pena la sicura soccombenza in giudizio, ma sottosta anche ad un test della causalità senz'altro più severo e gravoso: in questo senso, egli deve provare che avrebbe rifiutato il trattamento, laddove adeguatamente informato<sup>328</sup>. Al riguardo, inoltre, la dimostrazione (conforme ad un *modified objective test*) che sarebbe stata adottata una decisione differente rispetto a quella che, oggettivamente, appare la più giusta e ragionevole richiede la specifica indicazione di fattori estranei, ovvero l'esistenza di particolari convinzioni religiose o d'altra natura, considerazioni di tipo sociale o familiare<sup>329</sup>. Per converso, il medico che proceda senza il consenso del paziente è responsabile per *battery* anche laddove qualsiasi persona ragionevole avrebbe autorizzato il trat-

[1984] 1 All ER at 1026: «it is only if the consent is obtained by fraud or misrepresentation of the nature of what is to be done that it can be said that an apparent consent is not a true consent». Per la giurisprudenza in materia, cfr. B. MARKESINIS, S. DEAKIN, *Tort Law*, cit., pp. 266 ss. Inoltre, cfr. S. WEAR, *Informed Consent. Patient Autonomy and Clinician Beneficence within Health Care*, cit., p. 13: «In sum, the complete lack of consent is actionable as a battery, an inadequate consent is actionable only if some emotional or physical injury also resulted, but there is no legal action for an inadequate provision of information per se». V. anche P. SKEGG, *Law, Ethics and Medicine*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 29 ss.

<sup>327</sup> Circa la pretesa natura *hostile* dell'intento del medico convenuto in *battery*, cfr. Lord Goff in *Re F* [1992] A.C. 1 at 73B. Ancora, in *Wilson v. Pringle* [1987] 1 Q.B. 237, Lord Croom-Johnson spiega come «it is the act and not the injury which must be intentional» e «hostility mean no more than the infringement of a legal right». Cfr. R. CRISP, *Medical Negligence, Assault, Informed Consent, and Autonomy*, in AA.VV., *Legal and Moral Dilemmas in Modern Medicine*, in *J. Law Society*, 1990, 17, pp. 77 ss.

<sup>328</sup> Si tratta di un approccio "all or nothing", in contrapposizione con il ragionamento in termini di *perte de chance* proprio dell'ordinamento francese: v. M. FAURE, H. KOZIOL (a cura di), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Springer, Vienna, 2001, p. 277. Cfr. altresì I. GILEAD, M.D. GREEN, B.A. KOCH (a cura di), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, De Gruyter, Berlino, 2013.

<sup>329</sup> Per il dilemma relativo all'adozione di uno *standard* oggettivo o soggettivo: cfr. *Smith v. Barking H.A.*, in *Med. L.Rev.*, 1994, 5, p. 285, ove Lord Hutchinson spiega: «by extraneous or additional factors I mean (...) religious or some other firmly-held convictions; particular social or domestic considerations justifying a decision not in accordance with what, objectively, seems the right one (...). Of course, the less confidently the judge reaches the conclusion as to what objectively the reasonable patient might be expected to have decided, the more readily will he be persuaded by her subjective evidence». V. anche *Arndt v. Smith* [1997] 2 S.C.R. 539.

tamento, se ciò le fosse stato richiesto; d'altra parte, l'intenzionalità della condotta esclude sempre un giudizio di eccessiva *remoteness* – esattamente come altresì disposto dall'art. 1225 del Codice civile italiano.

In *Chester v. Afshar*<sup>330</sup>, peraltro, il neurochirurgo omette d'informare riguardo ad un rischio grave, con una probabilità di realizzazione pari all'1-2%. Non v'è dubbio riguardo alla sussistenza e alla violazione di un *duty* (il medico non avrebbe dovuto tacere quel pericolo): solo, la *House of Lords* richiede, ai fini del risarcimento del danno (in termini di *differenza* fra le condizioni della paziente dopo l'intervento e quelle in cui la donna si sarebbe trovata, invece, se avesse rinunciato all'operazione), la dimostrazione del nesso causale. Con l'informazione, la malata avrebbe potuto rifiutare il trattamento e il danno non si sarebbe verificato, oppure avrebbe potuto decidere di perdere peso, di smettere di fumare, di affidarsi ad un altro professionista (così riducendo le percentuali di realizzazione dell'alea): *but for test*. D'altronde, non basta dimostrare che la paziente, una volta informata, si sarebbe concessa tempo ulteriore per meglio decidere (e non si sarebbe operata, quindi, tre giorni dopo il colloquio con il medico – come, in effetti, avvenne), quantomeno posticipando l'intervento stesso. Al contrario, il neurochirurgo è responsabile soltanto laddove il risultato delle riflessioni e ponderazioni dell'ammalata sarebbe stato diametralmente opposto: non operare<sup>331</sup>.

D'altro canto, è più che noto come il *tort of negligence*<sup>332</sup> si ritenga inte-

---

<sup>330</sup> *Chester v. Afshar*, [2004] UKHL 41, [2005] 1 A.C. 134 (U.K.). Similmente, v. *Chappel v. Hart* (1998) 195 CLR 232. V. J. STEELE, *Tort Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, pp. 219 ss.

<sup>331</sup> *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32. Cfr. anche L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2010. V. P. CANE, *A Warning about Causation*, in *LQR*, 1999, 115, p. 21; A. GRUBB, *Clinical Negligence: Informed Consent and Causation*, in *Med. LRev.*, 2002, 10, p. 322; T. HONORÉ, *Medical Non-Disclosure: Causation and Risk: Chappel v. Hart*, in *Torts LJ*, 1999, 7, p. 1; J.A. JONES, *'But for' Causation in Actions for Non-Disclosure of Risk*, in *PN*, 2002, 18, p. 192; J. STAPLETON, *Cause-in-Fact and Scope of Liability for Consequences*, in *LQR*, 2003, 119, p. 388; M. STAUCH, *Taking the Consequences for Failure to Warn of Medical Risks*, in *MLR*, 2000, 63, p. 261; M.A. JONES, *Informed Consent and Other Fairy Stories*, in *Med. LRev.*, 1999, 7, p. 103. V. *Smith v. Barking, Havering and Brentwood Health Authority*, cit., ove si ritiene che il paziente, seppur adeguatamente edotto, avrebbe comunque acconsentito all'operazione: la violazione del *duty* non ha causato l'*injury*. Similmente, v. anche *Smith v. Salford Health Authority*, in *Med. LRev.*, 1994, 5, p. 321. *Contra*, il nesso eziologico si considera dimostrato in *McAllister v. Lewisham and North Southwark Health Authority*, in *Med. LRev.*, 1994, 5, p. 343, e in *Smith v. Tunbridge Wells Health Authority*, *ivi*, p. 334.

<sup>332</sup> Inoltre, la predilezione, mostrata dalle vittime, per le azioni in *negligence* si spiega con l'introduzione del *Clinical Negligence Scheme for Trusts* (primo marzo 1996), il quale limita la propria operatività, appunto, alle ipotesi di *clinical negligence*: cfr. A. HOCKTON, *The Law of Consent*, cit., 267. V. P. GALLO, *L'elemento oggettivo del tort of negligence: indagine sui limiti della responsabilità delittuale per negligence nei paesi di common law*, Giuffrè, Milano, 1988.

grato dai seguenti elementi, la cui esistenza dev'essere opportunamente accertata: a) il *duty of care*; b) la violazione di tale *duty*; c) un nesso di causalità (tramite un giudizio, appunto, in termini di *remoteness* e *foreseeability*); d) la realizzazione di un danno. Più specificatamente, inoltre, è possibile individuare un *legal duty of care* al ricorrere di tre fattori interconnessi: a) la prevedibilità del danno; b) un rapporto di *proximity* fra attore e convenuto<sup>333</sup>; c) una valutazione positiva circa la correttezza e ragionevolezza dell'imposizione, nel caso di specie, di un *duty of care*. Pertanto, il paziente ha l'onere di dimostrare che quella, determinata violazione del *duty* ha provocato il pregiudizio subito, quale causa effettiva della lesione. A tal fine, poi, non è prova sufficiente il semplice fatto che il *breach of duty* preceda il danno (il quale, altrimenti, non si sarebbe verificato), laddove quest'ultimo non costituisca, per esempio, la materializzazione dello specifico rischio taciuto all'interessato, bensì si sia realizzato per qualche altra causa. In particolare, si tratta del problema del rischio *unrelated*: infatti, nonostante si sia accertato che il paziente avrebbe rifiutato il trattamento se adeguatamente edotto, la carenza d'informazione può non riguardare il pericolo effettivamente materializzatosi, per il quale l'opportuna comunicazione medico-paziente è, invece, avvenuta. Di conseguenza, se è possibile individuare un *breach of duty*, nonché una *factual causation* (una *physical causal connection*), altro è affermare una *legal causation*, ovvero una responsabilità del professionista per qualsiasi evento lesivo che scaturisca dal trattamento effettuato, in ragione dell'accertamento della prodromica violazione di un *duty* e a prescindere da qualsivoglia giudizio di *remoteness of damage*<sup>334</sup> – il *but for test* non sempre funziona.

Peraltro, una volta analizzate le diverse caratteristiche di *trespass* e *negligence*<sup>335</sup>, il *self-restraint* delle corti britanniche appare evidentemente

---

<sup>333</sup> Cfr. A. BEEVER, *Rediscovering the Law of Negligence*, Hart Publishing, Oxford e Portland, Oregon, 2009, pp. 183 ss. e 299 ss.

<sup>334</sup> Similmente, cfr. M. FAURE, H. KOZIOL (a cura di), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, cit., pp. 274 ss., per la descrizione del caso di una paziente sottoposta ad un intervento senza esser stata informata in merito ai rischi di paralisi (prevedibile) e di epilessia (non prevedibile); in séguito all'operazione, l'interessata soffre di attacchi epilettici. Secondo la giurisprudenza tedesca, un trattamento di tal fatta – compiuto senza un'adeguata, previa informazione – è illegittimo come se alcun consenso *tout court* fosse stato richiesto, in ragione di un'inaccettabile violazione dell'autodeterminazione individuale. Ciò indipendentemente dal fatto che a concretizzarsi sia stato il rischio a proposito del quale il medico non aveva alcun dovere d'informare: il professionista, infatti, è responsabile per qualsiasi conseguenza negativa derivante dall'operazione così illegittimamente effettuata (*versari in re illicita*). Per contro, la giurisprudenza britannica esclude che, in *negligence*, il medico possa ritenersi responsabile per la realizzazione di un rischio a proposito del quale non sia configurabile, a suo carico, alcun dovere d'informazione – coerentemente al *protective scope of the rule*. V. Lord Gummow in *Chappel v. Hart*, in *Lloyd's Rep. Med.*, 1999, 223, at 236, e Lord Caplan in *Moyes v. Lothian Health Board*, in *Med. LRev.*, 1990, 1, p. 463 (CS(OH)).

<sup>335</sup> Cfr. altresì R.R. FADEN, T.L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, New York, 1986, pp. 26 ss.

sempre motivato dal timore di favorire, in quest'ambito, il proliferare del contenzioso e un conseguente, deleterio atteggiamento di medicina difensiva<sup>336</sup>, certo incentivato dall'eventuale, sistematico diffondersi dei procedimenti per *battery*, con tutte le agevolazioni processuali e probatorie sopra menzionate. Per contro, le corti nordamericane<sup>337</sup> sembrano non paventare a tal punto il *marchio* negativo del *trespass*, così talvolta ampliandone il raggio d'applicazione anche (e persino) a quelle operazioni che non solo non hanno cagionato grave offesa (nonostante siano state compiute senza l'espresso consenso del paziente), ma che hanno addirittura apportato qualche benefico effetto<sup>338</sup>.

Tale maggiore apertura delle corti d'oltreoceano rappresenta, peraltro, diretta applicazione del principio di *autonomy* e di salvaguardia dell'autodeterminazione individuale (appunto uno dei quattro, s'è già detto, della bioetica nordamericana<sup>339</sup>), già fonte d'ispirazione delle celeberrime parole di *Justice* Cardozo<sup>340</sup>. In questo senso, la mortificazione del diritto del paziente di poter autonomamente tutelare e preservare la propria integrità psico-fisica costituisce sempre un'arbitraria violenza, fonte di responsabilità professionale, anche laddove la condotta medica possa vantare un esito del tutto favorevole. Il consenso dell'interessato, dunque, è già (pre)requisito di liceità di qualsivoglia atto sanitario<sup>341</sup>.

<sup>336</sup> Il medesimo timore muove la decisione di secondo grado di *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1984] 1 QB 493, 517, a proposito della scelta di uno *standard* professionale d'informazione a scapito di uno oggettivo.

<sup>337</sup> V. *Feeley v. Baer* (1997) 424 Mass. 875, 679 N.E.2d 180. Cfr. H. PENNSYLV., *Recent Development: McQuitty v. Spangler: a Claim for Breach of Duty to Obtain Informed Consent Does Not Require Evidence of a Physical Invasion*, in *U. Balt. L.F.*, 2009, 40, p. 139; S.G. RADO, *A Patient's Right to Know: A Case for Mandating Disclosure of Physician Success Rate as an Element of Informed Consent*, in *Health Matrix*, 2008, 18, p. 501, e M. LEE, *Defining the Limits of a Physicians Duty to Disclose in Massachusetts*, in *Suffolk J. Trial & App. Adv.*, 2006, 11, p. 139.

<sup>338</sup> A proposito di interventi perfettamente eseguiti per i quali i giudici nordamericani hanno concluso per una condanna in *battery*: v. *Rolater v. Strain* (1913) 39 Okla.572, 137 Pac.96, 50 L.R.A. (n.s.) 880; *Pratt v. Davis* (1906) 224 Ill. 300, 79 N.E. 562, 7 L.R.A. (N.S.) 609, e *Mohr v. Williams* (1905) Minn. 261, 104 N.W. 12. In particolare, *Mohr* consacra *the right to himself*, ovvero il diritto individuale all'invulnerabilità della propria persona rispetto a qualsivoglia interferenza esterna (qualificabile, appunto, in termini di *assault and battery*).

<sup>339</sup> T.L. BEAUCHAMP, J. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica*, cit.

<sup>340</sup> *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), cit. V. *supra*, cap. I, § 3, *Nasce e cresce il consenso informato*.

<sup>341</sup> V. S. CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la vita e incolumità individuale*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, Utet, Torino, 2006, I, p. 641. Cfr. *Mohr v. Williams*, cit., ove la Corte suprema del Minnesota così statuisce: «any unlawful or unauthorised touching of the person of another, except it be in the spirit of pleasantry, constitutes an assault and battery. (...) The question whether defendant's act in performing the operation upon plaintiff was authorised was a question for the jury to determine. If it was unauthorised, then it was, within what we have said, unlawful. It was a violent assault, not a mere pleasantry: and, even though no negligence is shown, it was wrongful and unlawful».

In conclusione, *battery* e *negligence* si fronteggiano nelle decisioni d'oltre Manica o d'oltreoceano, ciascuna recante una differente cognizione della volontà del paziente, quale prodromica condizione di legittimità<sup>342</sup> dell'intervento sanitario (consenso) ovvero quale mero elemento di validità dell'operato del professionista (più propriamente, consenso informato), la cui violazione comporta una responsabilità medica, nel primo caso, a prescindere dall'accertamento di un danno e (in definitiva) di un nesso eziologico<sup>343</sup>, nel secondo caso, invece, solo laddove una lesione e un rapporto di causalità siano stati determinati, con le peculiarità sopra enunciate. D'altro canto, complessa appare l'individuazione di *quale assenza di consenso* rilevi ai fini di un'azione in *trespass*, laddove l'importanza di un'informazione ai fini dell'adozione di una scelta terapeutica e della comprensione *in broad terms* della natura e dello scopo di quest'ultima appare valutazione irrimediabilmente soggetta alle varianti del caso concreto, nonché priva di certi criteri definitivi, salvo voler limitare la *battery* a quelle ipotesi in cui il consenso non sia stato in alcun modo e in alcun senso prestato. Non da ultimo, poi, si tratta altresì di un problema di ristoro economico: infatti, se in *common law* non si riscontra la medesima "fatica" giurisprudenziale nella definizione delle differenti voci di pregiudizio, è pur vero che il crinale fra *battery* e *negligence* può altresì individuarsi nella più agevole e più facilmente giustificabile liquidazione di danni di natura punitiva. Si tratta, infatti, del superamento di una logica di natura meramente compensatoria, allo scopo di stigmatizzare una condotta ritenuta particolarmente riprovevole: il medico che ha operato senza consenso alcuno o che è intervenuto a dispetto di un rifiuto o che, infine, ha dolosamente celato all'ammalato informazioni d'importanza dirimente. D'altro canto, la severa circoscrizione della liquidazione dei *punitive damages* vuole scongiurare il rischio di un'*overdeterrence*, laddove i contratti assicurativi neppure coprono, al riguardo – e rispetto a cifre di natura non irrisoria e affatto simbolica<sup>344</sup>. Il problema, pertanto, sembra solo in parte assimilabile a quello rilevato negli ordinamenti italiano e francese, attinente all'opportunità di erogare una somma di danaro – quantitativamente molto limitata, invero – per un'avvenuta violazione (mancata informazione), ma a pre-

---

<sup>342</sup> Cfr. anche S. MCLEAN, G. MAHER, *Medicine, Morals and the Law*, Gower, Aldershot, 1985.

<sup>343</sup> I. KENNEDY, A. GRUBB, *Medical Law. Text with Materials*, cit., p. 90: «of the various forms of trespass to the person the most common is the tort known as battery, which is committed by intentionally bringing about a harmful or offensive contact with the person of another. (...) The insult in being touched without consent has been traditionally regarded as sufficient, even though the interference is only trivial and not attended with actual physical harm». V. anche M.B. KAPP, *Patient Autonomy in the Age of Consumer-Driven Health Care: Informed Consent and Informed Choice*, in *J. Health & Biomed. L.*, 2006, 2, p. 1.

<sup>344</sup> V. E. SHELEY, *Rethinking Injury: The Case of Informed Consent*, in *Brigh. Young Univ. Law Rev.*, 2015, p. 63.

scindere dal danno cagionato. Un ragionamento di tal fatta, ancora una volta, può calzare solo nel caso di condotte caratterizzate da particolare, gravissimo disvalore, sul quale sia altresì possibile registrare una certa convergenza del mondo giuridico e sanitario. Il caso dell'emotrasfusione imposta al paziente che la rifiuti può rappresentare, certo, l'esempio paradigmatico; d'altro canto, la previsione di cifre considerevoli per episodi simili non pare affatto possibile, in Italia o in Francia, per due ordini di motivi: il primo, strutturale, attinente alle funzioni stesse del sistema di responsabilità civile; il secondo, sostanziale, riguardante una mancanza di chiarezza valoriale – come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo – rispetto al *far bene* di un medico, anche a fronte di un reciso diniego del paziente. In *common law*, peraltro, tale convergenza ed onestà valoriale non manca, riguardo alle tematiche proprie del consenso informato: la supremazia dell'autonomia individuale traspare, fra l'altro, non solo dal dettaglio della normativa e delle direttive deontologiche, ma anche dalla natura degli sforzi giurisprudenziali e dottrinari, impegnati in special modo ad indagare la reale competenza del paziente – nei casi "limite", di soggetti "deboli" – ovvero a sondare e a definire àmbiti peculiari e particolarmente problematici in materia d'informativa sanitaria, quali l'interruzione della gravidanza, il fine vita, il transessualismo o l'applicazione delle moderne biotecnologie<sup>345</sup>. La questione, poi, sempre più si sposta su un altro, spinoso versante: quello della sostenibilità finanziaria dell'autodeterminazione individuale in sanità, nonché della sua ragionevolezza da un punto di vista scientifico. In altri termini, e come si avrà modo di approfondire, le istanze del paziente debbono essere "filtrate" in considerazione dei costi (anche a carico del Servizio Sanitario Nazionale)/benefici che ne conseguono, nonché, ancor prima, essere vagliate sulla base della loro coerenza e conformità rispetto alle *leges artis* del momento.

---

<sup>345</sup> Cfr. N.N. SAWICKI, *Informed Consent as Compelled Professional Speech: Fictions, Facts, and Open Questions*, in *Wash. Univ. Journ. Law & Pol.*, 2016, p. 50; B.A. NOAH, *The (Ir)rationality of (Un)informed Consent*, in *Quinn. Law Rev.*, 2016, 34, p. 691; E. FLYNN, A. ARSTEIN-KERSLAKE, *The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?*, in *Berk. Journ. Int. Law*, 2014, 32, p. 134; F. PARKER, *Law, Bioethics, and Medical Futility: Defining Patient Rights at the End of Life*, in *Univ. Ark. at Little Rock Law Rev.*, 2015, 37, p. 185; S. MEHLE, *Protecting Patients: A Proposal for Codifying the Reasonable Innovation Rule*, in *Akron Law Rev.*, 2015, 48, p. 419; K. AIZPURU, *Planned Parenthood v. Rounds & Informed Consent*, in *The Modern Americ.*, 2014, 9, p. 2; C.P. SELINGER, *The right to consent: Is it absolute?*, in *BJMP*, 2009, 2, p. 50; T. BROWN, *Denying Death*, in *Arizona Law Rev.*, 2015, 57, p. 977, e L.F. WILEY, *From Patient Rights to Health Justice: Securing the Public's Interest in Affordable, High-Quality Health Care*, in *Card. Law Rev.*, 2016, 37, p. 833.

## 18. The informed consent doctrine negli Stati Uniti d'America

Negli Stati Uniti, il consenso del paziente diviene *informed* solo quarant'anni dopo *Schloendorff*<sup>346</sup>: in particolare, è l'*attorney* Paul G. Gebhard, in *Salgo v. Leland Stanford Junior University Board of Trustees*, ad utilizzare per la prima volta quest'espressione – laddove il medico sarà tenuto, allora, a comunicare «any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to proposed treatment», ovvero gli eventuali pericoli presentati dall'intervento e le terapie alternative possibili e concretamente praticabili<sup>347</sup>. In questo modo, il mero *duty to obtain consent* amplia i propri orizzonti sino a configurare un inedito *duty to disclose certain forms of information*, quale logica estensione di quanto già stabilito in ordine alla necessaria comunicazione, da parte del medico, della natura e delle conseguenze del trattamento, pena una condanna per *battery*. Più specificatamente, però, *Salgo* sposa sì l'intero apparato concettuale delle precedenti decisioni, nonché consacra il diritto all'autodeterminazione inaugurato da Cardozo, ma non precisa, però, se tale *informed consent* debba essere tutelato tramite un'azione in *negligence* o in *battery*<sup>348</sup>.

Peraltro, il problema di un *informed consent* del paziente viene per la prima volta risolto in *negligence* nel caso *Natanson v. Klein*<sup>349</sup>, caratterizzato dalla medesima ampiezza d'informazione sancita in *Salgo*, nonché dallo stesso linguaggio in materia di *self-determination* individuale. In questo

<sup>346</sup> *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), cit.

<sup>347</sup> *Salgo v. Leland Stanford Junior University Board of Trustees* (1957) 154 Cal. App. 2d 560, 317 P.2d 170. Nel caso di specie, trattavasi di paralisi irreversibile occorsa a séguito di un'aortografia translombare. A tal proposito, v. W.A. SILVERMAN, *The Myth of Informed Consent: In Daily Practice and in Clinical Trials*, in *Jour. Med. Eth.*, 1989, 15, p. 6. V. altresì l'ampia rassegna giurisprudenziale di R. FRESA, *Il consenso informato in odontoiatria*, cit., pp. 15 ss. Inoltre, per una decisione a tutela del consenso informato (*ante litteram*) del paziente, ove la violazione del diritto ad una scelta consapevole, però, è pure accompagnata da una condotta negligente ed imperita nell'esecuzione del trattamento sanitario, cfr. *Slater v. Baker and Stapleton* (1767) 95 Eng. Rep. 860, 2 Wils. K.B. 359: «(...) it is reasonable that patient should be told what is about to be done to him (...) and put himself in such a situation as to enable to undergo the operation». Cfr. P. VIGANÒ, *Limiti e prospettive del consenso informato*, FrancoAngeli, Milano, 2008, p. 33. V. altresì *Wells v. World's Dispensary Medical Association* (Ct. App. N.Y. 1890) 120 N.Y. 630, 24 N.E. 276, e *Carpenter v. Blake* (N.Y. Supreme Court 1871) 60 Barb. 488.

<sup>348</sup> Si caratterizzano per una condanna in *battery* le successive decisioni *Cooper v. Roberts* (1971) 220 Pa. Super. 260, 286 A.2d 647; *Berkey v. Anderson* (1969) 1 Cal. App. 3d 790, 82 Cal. Rptr. 67, e *Gray v. Grunnagle* (1966) 423 Pa. 144, 223 A.2d 663. In particolare, tali ultimi due casi si distinguono per l'adozione di un *patient-centered disclosure standard*: in *Cooper*, at 650, si evidenzia la necessità che il paziente sia informato attorno «all the material facts from which he can make an intelligent choice as to his course of treatment, regardless of whether he in fact chooses rationally».

<sup>349</sup> *Natanson v. Klein* (1960) 186 Kan. 393, 406-407. V. anche *Simone v. Sabo* (1951) 37 Cal. 2d 253, 231 P.2d 19. Cfr. C. FAULDER, *Whose Body Is It?*, Virago, Londra, 1985, pp. 13 ss.

modo, e diversamente rispetto all'evoluzione giurisprudenziale britannica, le due tipologie di azioni quasi si sovrappongono, laddove sembra richiedersi un'eguale informativa (per contenuti e specificità), altresì parimenti sanzionando condotte mediche senz'altro diligenti, ma caratterizzate da una mancata informazione a proposito di un'alea poi realizzatasi<sup>350</sup>.

D'altra parte, a distinguere i due istituti rimane (oltre che l'ormai noto, diverso accertamento del nesso causale) lo *standard* di giudizio adottato al fine di rilevare *quanta* informazione debba essere resa nei confronti del malato: infatti, se *Salgo* utilizza il criterio del paziente "ragionevole", *Natanson* predilige quello professionale: «the expert testimony of a medical witness is required to establish whether such disclosures are in accordance with those which a reasonable medical practitioner would make under the same or similar circumstances»<sup>351</sup>.

Successivamente, peraltro, il consenso informato del paziente sarà al centro di una forte presa di posizione da parte dello stesso *Judicial Council* dell'*American Medical Association*, laddove quella del consenso infor-

---

<sup>350</sup> Invero, il *tort of negligence* ha oggi la meglio anche in terra nordamericana, salvo che nello stato della Pennsylvania, ove si predilige il *battery standard*: cfr. S.G. RADO, *A Patient's Right to Know*, cit.

<sup>351</sup> *Natanson*, cit., 354 P.2d. at 675. Tuttavia, anche tale distinzione viene meno nell'ambito di un orientamento giurisprudenziale (pur se minoritario), che coniuga *negligence* e *patient-centered standard*: cfr. *Canterbury v. Spence* (1972) 464 F.2d 786; *Cobbs v. Grant* (1972) 502 P.2d 1, e *Wilkinson v. Vesey* (1972) 295 A.2d 676, le quali segnano altresì il presoché definitivo prevalere della *negligence* sul *trespass to person*. Cfr. M.A. HALL, *Law, Medicine, and Trust*, in *Stan. Law. Rev.*, 2002, p. 55. V. J.S. KING, B.W. MOULTON, *Rethinking Informed Consent*, cit., per la puntuale individuazione degli stati nordamericani con *standard* "physician-based" e "patient-based", nonché di quelli che, al contrario, hanno direttamente provveduto a legiferare in materia, e D.E. HUTCHINSON, *Marsingill v. O'Malley: the Duty to Disclose Becomes the Duty to Divine*, in *Alaska L. Rev.*, 2008, 25, p. 241. Cfr. AA.VV., *Health Law. Cases, Materials and Problems*, West Publishing Company, St. Paul, Minn.m 2008, pp. 76 ss. Per l'ordinamento australiano, invece, v. LAW REFORM COMMISSION OF VICTORIA, *Informed Consent to Medical Treatment*, Melbourne, 1987. Cfr. altresì *ZeBarth v. Swedish Hospital Medical Center* (1972) 81 Wash. 2d 12, 18, 499 P.2d 1, 9: «Generally the duty of the physician to inform and the extent of the information required should be established by expert medical testimony». Per converso, una valutazione conforme al *reasonable person standard* non necessita (il più delle volte) di una consulenza tecnica *ad hoc*, bensì è la stessa giuria a determinare quale e quanta informazione possa ritenersi ragionevole nel caso concreto. Al riguardo, cfr. *Connolly v. Fok* (2007) WI App 216, 305 Wis. 2d 656, 739 N.W.2d 491. V. C.H. BARON, *Les aspects contractuels de la relation du médecin et du patient en droit américain*, in *Gaz. Pal.*, 2000, p. 551, e S. MCLEAN, *A Patient's Right to Know. Information Disclosure, the Doctor and the Law*, Dartmouth, Aldershot, 1989. Infine, v. *Truman v. Thomas* (1980) 165 Cal. Rptr. 308, 611 P.2d 902, ove il paziente che rifiuta un determinato trattamento sanitario dev'essere informato riguardo ai rischi e alle conseguenze di tale sua volontà negativa (*informed refusal*). Questa statuizione è naturalmente incompatibile con un'azione in *battery*, la quale concerne la previa informazione attorno ad un *touching* fra medico e paziente, ovvero a proposito di un intervento che viene effettivamente compiuto. In questo senso, il *tort of negligence* si rivelerebbe meglio funzionale ad una completa tutela dell'autodeterminazione individuale.

mato è una vera e propria politica sociale, che non accetta la visione paternalistica secondo la quale il medico può tacere perché l'informazione potrebbe spingere il paziente a rinunciare alla terapia necessaria. In questo senso, infatti, non sarebbe affatto detto che pazienti ragionevoli e informati si comportino allo stesso modo, anche in circostanze simili, sull'assenso o sul rifiuto di una terapia<sup>352</sup>.

Nondimeno, questo medesimo pensiero era già stato espresso dalla *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*, la quale – rifiutando un ragionamento “per estremi”: *medical paternalism/patient sovereignty* – descrive quella *joint decision* cui il professionista e l'ammalato pervengono come il frutto di un'interazione fra la natura del paziente coinvolto, con «his personality, character, attitude, and values» e, specularmente, «the personality, character, attitude, values, and technical skills of the physician» – processo, d'altronde, naturalmente condizionato, e in maniera determinante, dalla tipologia e gravità del problema medico<sup>353</sup>. Non v'è alternativa, peraltro, alla *self-determination*: in caso di conflitto, l'autonomia prevale sui possibili benefici dell'intervento medico e l'autorità ultima sulla decisione viene lasciata al paziente.

Peraltro, gli Stati Uniti presentano, rispetto alla Gran Bretagna e in materia di consenso informato, non solo una (quantomeno in parte) diversa evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, ma anche un'inedita attività legislativa. In particolare, si tratta dell'emanazione di numerosi *malpractice statutes*, giustificati dalla nota crisi del settore assicurativo e finalizzati, il più delle volte, all'affermazione di un *professional* (contro un *patient*) *standard of disclosure* e di un *objective* (contro un *subjective*) *assessment of causation*<sup>354</sup>. Al riguardo, peraltro, si è altresì affermato che il *right of privacy* (a protezione dell'autonomia individuale)<sup>355</sup>, seppur non

<sup>352</sup> JUDICIAL COUNCIL OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, *Current Opinions of the Judicial Council of the American Medical Association*, Chicago, 1984. V. anche C. HICK, G. CORBELLINI, voce *Consenso informato*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, Milano, 2007, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>353</sup> PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *Making Health Care Decision, The Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship*, Washington, 1982, pp. 36-37.

<sup>354</sup> Ciò per lo più a conferma, in realtà, dei criteri già utilizzati dalle corti statali: v. J. HEALY, *Medical Negligence: Common Law Perspectives*, Sweet and Maxwell, Londra, 1999, pp. 100 ss., e R. FADEN, T. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, cit., pp. 139 ss. Per quanto concerne le scelte legislative neo-zelandesi, invece, v. J. MANNING, *Informed Consent to Medical Treatment: the Common Law and New Zealand's Code of Patient's Right*, in *Med. L. Rev.*, 2004, p. 181. Svolge, infine, un'analisi economica del consenso informato M.A. HALL, *Making Medical Spending Decisions*, Oxford University Press, New York, 1997, pp. 193 ss.

<sup>355</sup> Cfr. V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Giappichelli,

esplicitamente menzionato dal *Bill of Rights*, troverebbe la propria tutela nella *penumbra* del primo, del nono e del quattordicesimo emendamento della Costituzione americana<sup>356</sup>. D'altronde, la scarsità di decisioni a salvaguardia del consenso informato e fondate sull'affermazione di tale diritto costituzionalmente tutelato si spiega con il fatto che la *constitutional law* è originariamente concepita ed agisce al solo fine di proteggere gli individui da eventuali intrusioni governative (*state action*), piuttosto che dalla condotta di un singolo medico.

Peraltro, le *constitutional privacy actions* si basano sull'assunto che la prevenzione di una violazione della Carta costituzionale sia preferibile alla successiva riparazione del danno, diretta conseguenza di tale infrazione: emblematici appaiono, al riguardo, il caso *Roe*<sup>357</sup>, con l'affermazione, al ricorrere di precise condizioni, del diritto ad interrompere la gravidanza (ad *ottenere* un atto sanitario), ovvero la vicenda di Nancy Cruzan, con la statuizione, in capo ai medici e dinanzi a determinati presupposti, del dovere di desistere da alimentazione ed idratazione artificiali (diritto ad *interrompere* un atto sanitario). In questo senso, con l'affermazione di un diritto a prestare il proprio assenso o rifiuto anche in contrapposizione alla volontà o alla condotta del personale sanitario o di altri soggetti, è possibile prefigurare una coercizione del medico (che agisca quale *agent of the state*) al rispetto dei canoni del consenso informato – e ciò prima ancora che un determinato trattamento abbia luogo<sup>358</sup>.

---

Torino, 2005, e C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, Trento University Press, Trento, 1995, specie pp. 55 ss.

<sup>356</sup> R. FADEN, T. BEAUCHAMP, cit., pp. 39 ss. In particolare, è con le decisioni *In re Quinlan* (1976) 70 N.J. 10, 355 A.2d 647, e *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz* (Mass.1977) 370 N.E.2d 417, che la *privacy* è per la prima volta connessa al diritto del paziente capace di prendere decisioni sanitarie. V. C.H. BARON, *De Quinlan à Schiavo: le droit à la mort et le droit à la vie en droit américain*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2004, p. 673. A conferma, cfr. altresì *In re Jobes* (1987) 529 A.2d 434, 443, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 291, con nota di G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*. Riguardo alla nozione di *privacy*, cfr. anche AA.VV., *Patient's Autonomy, Privacy and Informed Consent*, cit., pp. 55 ss. Infine, per una ricostruzione dell'interessante evoluzione giurisprudenziale all'interno dello stato del Massachusetts, v. G. GENNARI, *La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico*, in *Familia*, 2006, pp. 767 ss. Cfr. altresì *Union Pacific Railway Co. v. Botsford* 141 U.S. 250 (1891), che già statuì come «no right is held more sacred or is more carefully guarded by the common law than the right of every individual to the possession and control of his own person, free from all restraint or interference of others unless by clear and unquestionable authority of law».

<sup>357</sup> Cfr. *infra*, cap. II, *sub nota* 157.

<sup>358</sup> Cfr. anche R. GATTER, *The Mysterious Survival of the Policy Against Informed Consent Liability for Hospitals*, in *Notre Dame Law Review*, 2006, 81, p. 4, riguardo alla sostanziale inesistenza, per la struttura ospedaliera, di un *duty* di proteggere i propri pazienti da trattamenti "non-informati" o "dis-informati". Cfr. F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in me-*

Peraltro, se la stella polare del sistema statunitense si chiama certamente *privacy*, laddove l'individuale autonomia definisce e condiziona l'accezione stessa che il soggetto accorda alla propria dignità e alla propria salute, è pur vero che sono altresì le diverse regole del gioco fra formanti a spiegare un assetto ordinamentale nettamente differente. Si tratta, in particolare, di una legislazione pervasiva, talora attenta financo al dettaglio e conforme ad un modello già definito «paternalistico-libertario»<sup>359</sup>, la quale trova il proprio coerente contraltare in una giurisprudenza fedele a se stessa, che beneficia e costantemente si nutre del collante, straordinario ed autorevole, del precedente<sup>360</sup>. Per contro, l'attenzione di chi scrive per la variegata e più che considerevole quantità di decisioni dei tribunali italiani, con una disamina talvolta persino pedante del dettaglio, che pure mal dovrebbe coniugarsi con l'ampio respiro di un'opera monografica, è giustificata proprio dalla ricerca di un *fil rouge*, di un criterio dirimente ovvero, per converso, dall'esigenza di sondare le ragioni della ricorrente, sostanziale disapplicazione di principi pur costituzionalmente tutelati. Il riferimento, certo, non è solo ai criteri di liquidazione del danno, bensì, anche e soprattutto, alla soluzione della dicotomia salute/libertà<sup>361</sup>: l'artificio ricorrente, infatti, è quello di privilegiare la prima negando, al contempo, la violazione della seconda, nell'ambito di un margine di discrezionalità che diviene, nel silenzio pneumatico del legislatore e a discapito della certezza stessa del diritto, completamente imprevedibile, nonché privo di limiti e confini.

---

dicina, cit., p. 885 ss., e G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., pp. 361 ss.

<sup>359</sup> Cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, London, 2008.

<sup>360</sup> V. anche R. FATTIBENE, *Una riflessione sul biodiritto a partire dal dibattito italiano sulla diagnosi genetica preimpianto*, in *Nomos* 2017, p. 1.

<sup>361</sup> Come si avrà modo di illustrare nel prosieguo: cfr. *infra*, cap. III, § 10, *Il rifiuto dell'emotrasfusione*.

## CAPITOLO II

# AUTODETERMINARSI ALL'INIZIO

SOMMARIO: 1. Le azioni di nascita indesiderata. – 2. Un figlio, seppur sano, non è sempre una benedizione. – 3. La nascita indesiderata di un bambino disabile. – 4. Le azioni di *wrongful life* in Italia. – 5. *L'arrêt Perruche* e la *loi Kouchner*. – 6. Sulle “disobbedienti” toghe francesi. – 7. Gli italiani non fanno la rivoluzione francese. – 8. Le soluzioni di *common law*.

### 1. *Le azioni di nascita indesiderata*

Trattando di risarcimento del danno, ci si è interrogati circa la possibilità di valutare la violazione dell'obbligo informativo *in sé e per sé* considerato, a prescindere dalla sua funzionalità rispetto all'esecuzione di un trattamento sanitario. L'interrogativo si è posto, in particolare, attorno alla riparazione di un c.d. danno-evento: se è stato leso il diritto del paziente di conoscere i dettagli dell'operazione cui verrà sottoposto, è prospettabile, infatti, un pregiudizio ancor prima d'indagare la natura delle decisioni che avrebbero potuto conseguirne, nonché gli esiti dell'intervento nel concreto, poi, realizzato. Orbene, s'è visto quali siano i limiti di simile ricostruzione; pare utile, d'altro canto, proseguire nell'indagine vagliando una fattispecie sì molto particolare, ma che grandemente impegna, da almeno vent'anni a questa parte, giurisprudenza e dottrina, e non solo italiane. In tema di nascita indesiderata, infatti, la colpa del medico si individua sempre (e solo) in un'omessa comunicazione, laddove il dovere d'informazione non è prodromico – questa volta – alla prestazione, da parte del paziente, di un consenso *éclairé*, bensì costituisce l'unico oggetto del rapporto contrattuale instaurato e del conseguente, preteso adempimento<sup>1</sup>. Non esiste qui, in altri termini, un trattamento sanitario rispetto al quale il medico sia tenuto a mettere l'ammalato in condizioni tali da poter adeguatamente consentire o rifiutare; tuttavia, anche siffatta determinata

---

<sup>1</sup> Sottolinea questo profilo anche G. FACCI, *Il dovere di informazione del sanitario, Parte Seconda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, pp. 632 ss. A tal proposito, cfr. altresì *supra*, cap. I, par. 7, *La responsabilità contrattuale da difetto informativo*.

comunicazione permette l'adozione di certe scelte o di certi comportamenti, in questo caso, però, per lo più al di fuori del raggio d'azione o di competenza di *quel* medico, che non ha informato. Così, la nascita indesiderata ripropone problematiche affini a quelle già trattate, in tema di nesso eziologico e d'individuazione del pregiudizio, ma le esaspera: *in primis*, perché di un evento dannoso molto particolare si tratta (un neonato); *in secundis*, perché ancor più aleatoria appare la ricostruzione del rapporto causale, riferendosi soprattutto ad un evento, l'interruzione della gravidanza, complesso e delicato dal punto di vista sia della decisione individuale sia, ancor prima, dell'integrazione di tutte le condizioni normativamente richieste.

D'altro canto, il *bébé préjudice* disorienta i canoni della responsabilità civile e mette in discussione il principio stesso di sacralità – o meno – della vita umana. Non solo, quindi, si procede qui con un'indagine in termini di conseguenze derivanti da un'omissione informativa, ma si comincia altresì una riflessione attinente al riconoscimento e alla tutela di un diritto ad autodeterminarsi, anche al prezzo della vita stessa – con tutti gli opportuni distinguo, certo, di cui si tratterà. La nascita indesiderata e il rifiuto di cure, infatti, prendono in considerazione l'esistenza umana, rispettivamente, agli albori e al suo tramonto; in entrambe le fattispecie, d'altra parte, il ragionamento giuridico rischia d'essere irrimediabilmente inficiato dalla personale ideologia del giudice o accademico suo autore, laddove il diritto, del resto, è qui chiamato a rispondere solo in ultima battuta, dopo l'etica, la filosofia, la religione.

Peraltro, il pericolo «di franare dal terreno della realtà normativa su quello del *dover essere*»<sup>2</sup> è tanto più concreto laddove non sia in discussione una condotta illecita dell'operatore o della struttura sanitaria direttamente responsabile – secondo un principio di causalità adeguata – di un *handicap* o di una lesione nella fase prenatale o durante il parto. Del resto, è già nel 1986 che vengono delineate ed elencate le situazioni-tipo qui d'interesse: a) l'azione del figlio nei confronti dei genitori per averlo messo alla luce; b) l'azione del figlio nei confronti dei genitori per averlo messo alla luce, nonostante la conoscenza dei suoi *handicaps* fisici e/o mentali (o dell'alto rischio del loro verificarsi); c) l'azione dei genitori e/o del figlio nei confronti di operatori o istituzioni sanitarie responsabili di non aver impedito, come richiesto, il concepimento o la nascita; d) l'azione dei genitori e/o del figlio nei confronti di operatori o istituzioni sanitarie responsabili di non aver fornito le dovute informazioni sulla presenza (o sull'alto rischio) di *handicaps* fisici e/o mentali nel nascituro<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup>V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione*, in *Giur. it.*, 1986, IV, p. 114. Cfr. altresì F. CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, cit., p. 371 ss.

<sup>3</sup>V. V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità*, cit., p. 115.

Ai fini di chi scrive, peraltro, appare agevole distinguere i termini del problema a seconda delle condizioni di salute del neonato non desiderato, nonché in ordine all'identità stessa del soggetto che esercita l'azione (il figlio e/o i genitori) – e ciò in ragione dei diversi quesiti da sciogliere e delle differenti conseguenze risarcitorie in termini di danno patrimoniale e non patrimoniale. Infatti, il figlio (della cui nascita si controverte) può essere un bambino perfettamente sano, ma anche una creatura più o meno gravemente handicappata. Nella prima delle due ipotesi, di norma, i (loro malgrado) genitori non avevano *tout court* intenzione di procreare: di conseguenza, si tratterà del fallimento di un'operazione di sterilizzazione o di un'interruzione volontaria di gravidanza. D'altro canto, invece, il neonato malformato rappresenterebbe un *préjudice* proprio in ragione del suo *handicap*: in definitiva, i coniugi, pur desiderosi di diventare genitori, lamentano che la condotta colposa (di solito, da un punto di vista diagnostico) del professionista ha impedito loro l'effettuazione di un intervento abortivo, al fine di evitare la nascita di un bimbo non sano<sup>4</sup>. In quest'ultimo caso, nondimeno, il figlio disabile (accanto, eventualmente, ai propri genitori) potrà altresì essere attore in prima persona nei confronti del medico e/o della struttura sanitaria, adducendo il pregiudizio sofferto in ragione della sua stessa venuta al mondo, perché costretto ad una vita quotidianamente caratterizzata da privazioni, sofferenze ed umiliazioni, rispetto alla quale meglio sarebbe stato rimanere nel limbo dei *mai nati*.

*Funesto a chi nasce il dì natale*<sup>5</sup>: utile appare, al riguardo, la terminologia statunitense, ormai largamente mutuata anche dal linguaggio giuridico di casa nostra, ove per *wrongful life* s'intende, appunto, l'azione di colui che lamenta il fatto stesso di esser stato partorito, generalmente in una situazione di svantaggio fisico, mentale o morale. Anticipa ed inaugura in modo non tradizionale tale questione (che oggi si ripropone con sempre maggior urgenza e frequenza) il Tribunale di Piacenza<sup>6</sup>, con il riconoscimento del diritto di una minore ereditaria al risarcimento del danno (consistente, appunto, nella menomazione sifilitica) nei confronti del pro-

---

<sup>4</sup> Per una trattazione di dette problematiche anche da un punto di vista comparatistico: M.J. FONTANELLA, *Il risarcimento del danno da nascita indesiderata*, in *Iustitia*, 2006, p. 317; E. PICKER, *Il danno della vita*, Giuffrè, Milano, 2004; A. BRAUN (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 138-183 e 359-488, e A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999. V, inoltre: R. BREDI, *Wrongful Birth*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 115-126.

<sup>5</sup> G. LEOPARDI, *Canto notturno di un pastore errante dell'Asia*, pp. 1829-1830.

<sup>6</sup> Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 987, con nota di M. ELIA e postilla di F. CARNELUTTI. Sul tema, cfr. V. GUGLIELMUCCI, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e responsabilità*, 2007, p. 957; S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 251; M. FRANZONI, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 486, nonché le mirabili pagine di P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 614.

prio padre. Com'è noto, infatti, i giudici di primo grado prospettano la responsabilità per fatto illecito di chi abbia trasmesso al figlio una grave malattia ereditaria della cui esistenza fosse, peraltro, a conoscenza<sup>7</sup>. Si tratta, certo, di fattispecie (pure al centro, a suo tempo, di aspre polemiche e di vivacissimo dibattito<sup>8</sup>) che in parte si differenzia dall'oggetto d'interesse della presente trattazione: in primo luogo, infatti, l'azione non viene promossa nei confronti del personale sanitario, secondariamente, è la stessa condotta colposa ad aver generato la malattia del concepito. D'altra parte, sebbene sia indispensabile rammentare come, nelle ipotesi tipiche di "nascita indesiderata", le malformazioni del neonato non possano mai ricondursi eziologicamente all'azione del medico, la sentenza piacentina propone pur sempre la medesima, drammatica alternativa: "essere o non essere", dove l'atto generatore di responsabilità (il rapporto sessuale non protetto di un soggetto malato ovvero la mancata diagnosi dell'*handicap*) è il medesimo che ha consentito la venuta al mondo del bambino (tramite il concepimento ovvero impedendo il ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza)<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> «(...) La vita è un grande dono, un immenso dono. Ora il trasmettere attraverso la generazione (...) una condizione morbosa che questo grande dono trasformi in una immensa infelicità è illecito (...)». Di opinione radicalmente opposta: G. PUGLIESE, *Responsabilità morale e responsabilità giuridica per la procreazione di figli ereditari*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, p. 1093: «(...) l'uomo è vita, ha la misura della vita, non sa nulla della non vita; sicché, giuridicamente parlando, l'interesse alla non vita è un assurdo (...), non è un bene la non vita».

<sup>8</sup> A tal proposito, si rimanda a V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione*, cit., p. 114. D'altra parte, il caso viene risolto in termini di valori morali, piuttosto che di causalità, dal momento che non sembra giusto dover soffrire per tutta la vita, breve o lunga che essa sia, per un errore altrui (sia questo imputabile ai genitori o al medico – e sia l'errore anche solo di natura diagnostica): cfr. G. ALPA, E. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., p. 241.

<sup>9</sup> *Contra*, *Zepeda v. Zepeda* (1963) 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849, il quale segue di oltre un decennio le analoghe decisioni italiane e tedesche: peraltro, se non sembra che l'eco di quelle vicende abbia superato l'oceano, è perciò estremamente significativa, da un punto di vista comparatistico, la ricorrenza di riflessioni pressoché identiche, pur nella divergenza dei sistemi di *civil* e *common law*. In particolare, il caso *Zepeda* attiene alla seduzione con promessa di matrimonio (da parte di un uomo già sposato) di una ragazza nubile – contro il quale, però, non è la donna "sedotta e abbandonata" ad intentare azione, bensì proprio il frutto della relazione adulterina, che lamenta il danno subito dall'esser nato in uno stato di illegittimità cagione di grave svantaggio sociale e di disprezzo da parte dell'intera comunità. La sentenza si concentra sull'ammissibilità di un illecito compiuto contro un soggetto al momento del suo stesso concepimento. Di conseguenza, pur ammettendo che sarebbe «mera finzione» sostenere l'inesistenza di un danno, indubbia essendo la condizione d'inferiorità sin dalla nascita subita dall'attore, i giudici giustificano la reiezione della domanda e il conseguente diniego di configurare un nuovo *tort* (che la Corte chiama, coniandone il nome, proprio *wrongful life*) a séguito di considerazioni d'ordine giuridico, sociale e giudiziario, ovvero dell'impossibilità di prevedere le conseguenze di un'ipotetica decisione favorevole su analoghe situazioni di svantaggio per il minore, come il colore della pelle, una malattia ereditaria, disagiate condizioni familiari o quant'altro. Una pronuncia di

Differente, ma comunque problematica, l'ipotesi di *wrongful birth*, ove i genitori o la sola madre convengono in giudizio un operatore o una struttura sanitaria lamentando che la mancata o erronea informazione ricevuta ha impedito loro di optare per l'interruzione volontaria della gravidanza, così conducendo, generalmente, alla nascita di un bambino portatore di *handicap*.

«Se Leopardi fosse stato un atleta, mancherebbe, assai probabilmente, al mondo una delle sue bellezze più pure»<sup>10</sup>: si tratta di una frase espressione della frequente retorica che inficia le riflessioni *in subiecta materia*, spesso freno alla configurazione e alla liquidazione di un notevole danno economico (pur indubbiamente esistente), giustificato dalle ingenti spese necessarie per allevare, curare ed educare un figlio affetto da gravi malformazioni e che mai godrà del dono dell'autosufficienza<sup>11</sup>. In definitiva, oggetto di discussione è la sussistenza di un effettivo nesso causale fra la mancata comunicazione dell'*handicap* e l'evento dannoso subito dai genitori, dal momento che le malformazioni devono ricondursi, sotto il profilo eziologico, esclusivamente al patrimonio genetico della coppia (comunque insuscettibile, allo stato della scienza medica, di modificazioni o correzioni). Peraltro, è pur vero che il pregiudizio lamentato dagli attori non è certo costituito dalle lesioni che affliggono il bambino, bensì da *quella* nascita, in sé e per sé considerata, che i genitori, se correttamente e/o tempestivamente informati, avrebbero con l'aborto impedito.

Per quanto concerne, infine, le azioni per *wrongful pregnancy*, è oggetto di controversia una gravidanza indesiderata generalmente determinata da un non riuscito intervento abortivo o di sterilizzazione, nonché da un errore nella prescrizione di anticoncezionali. Peraltro, che un neonato possa rappresentare fonte di danno costituisce oggetto di pudico rifiuto tanto più nell'ipotesi in cui il bambino goda di ottima salute. Laddove, poi, i tribunali riconoscano la riparazione delle perdite patrimoniali e non, si pone il problema di un'uniforme quantificazione del pregiudizio subito, in particolar modo determinato da una deleteria e caotica proliferazione delle

---

tale portata, perciò, esulerebbe dalle competenze giurisdizionali, rientrando, tutt'al più, in quelle proprie del potere legislativo. Si spiega così l'importanza della sentenza piacentina e del *leading case Zepeda*: pur estranee ad una violazione, da parte del medico, di un dovere d'informazione, queste decisioni fronteggiano, infatti, le medesime scelte di valore, gli stessi dilemmi che affiorano in quelle relative ad una "nascita indesiderata" conseguenza di una condotta professionale colposa, dinanzi ai quali il giudice insegue un inesistente appiglio normativo e, talvolta, cede alla tentazione (o all'inevitabile esigenza) d'indossare egli stesso le vesti del legislatore. A tal proposito, cfr. V. MANGINI, *Un nuovo caso di "danno da procreazione"*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, p. 609.

<sup>10</sup>F. CARNELUTTI, *Postilla a Tribunale di Piacenza 31 luglio 1950*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 990.

<sup>11</sup>Per i primi vent'anni di decisioni da parte della giurisprudenza statunitense, si rimanda a V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità*, cit., pp. 119 ss. Affronta ampiamente tali problematiche THE SOCIAL SCIENCE RESEARCH UNIT, *Consent and the Reproductive Technologies*, SSRU Publications, Londra, 1993.

voci di danno – come nel prosieguo si avrà occasione di sottolineare. Ciò in netta contraddizione con le potenzialità risarcitorie naturalmente insite nell'art. 2059 c.c., laddove il danno morale, biologico e da violazione dell'autodeterminazione individuale (*rectius*: il “nuovo” danno non patrimoniale<sup>12</sup>), nonché il tradizionale danno patrimoniale, appaiono strumenti sufficientemente sofisticati ai fini del rispetto della funzione *compensatoria* della responsabilità civile e del ristoro della più variegata gamma di pregiudizi derivanti dalla nascita di una creatura non desiderata – che sia sana o, per converso, affetta da gravi disabilità.

## 2. Un figlio, seppur sano, non è sempre una benedizione

Nell'ipotesi di fallimento di un'operazione di sterilizzazione (non importa se maschile o femminile), la condotta colposa del medico può individuarsi sia nella materiale effettuazione dell'intervento sia nella violazione dell'obbligo d'informazione, preliminare e/o successivo all'atto sanitario controverso. Detti due aspetti possono, d'altra parte, confondersi, se solo si consideri l'eventualità che alla scorretta esecuzione della sterilizzazione (eventualmente anche a causa dell'utilizzo di una tecnica inadeguata) si sommi una carenza d'informazione, da parte del professionista nei confronti del proprio paziente, circa la necessità di una successiva sottoposizione a controlli, atti ad accertare il buon esito dell'operazione stessa<sup>13</sup>.

A tal proposito, d'altra parte, una sentenza del Tribunale di Brescia<sup>14</sup> nega rilevanza al silenzio del professionista attorno ad un margine d'insuccesso dello 0,5% (presentato dal pattuito intervento di legatura delle tube), così escludendo la sussistenza di un nesso causale fra la nascita indesiderata e l'omessa comunicazione. In particolare, il giudice non ammette:

1. la configurabilità di un'obbligazione di risultato, invece addotta da parte attorea in ragione della natura non terapeutica, bensì “di comodo”, dell'operazione in questione – perché finalizzata alla soddisfazione di un

---

<sup>12</sup>V. G. PONZANELLI, *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, Cedam, Padova, 2004, e AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2009.

<sup>13</sup>Esemplificativamente, v. Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 82, con commento di M. BONA, *Filiazione indesiderata e risarcimento del “danno da bambino non voluto”*, e in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1144, con nota di M. GORGONI, *Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio*. Infine, cfr. E. GIACOBBE, *La filiazione “da inadempimento”*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 2602.

<sup>14</sup>Trib. Brescia, 13 maggio 2003, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 1228, con commento di S. CACACE, *Ancora a proposito di nascite indesiderate*. V. anche Cass. civ., Sez. III, 26 luglio 2012, n. 13217, in [www.cassazione.net](http://www.cassazione.net) e in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con commento di S. ROSSI, *Quando il consenso informato è una strada a fondo chiuso*.

interesse personale dell'attrice non identificabile nel miglioramento delle sue condizioni di salute, bensì, appunto, nell'«esigenza di un'adeguata pianificazione familiare rispetto alla procreazione di ulteriori figli»<sup>15</sup>;

2. la possibilità di delineare una promessa espressa, fornita dal medico, riguardo alla completa e definitiva sterilizzazione dell'attrice – ovvero la sia pure implicita assunzione di una responsabilità per il mancato raggiungimento del risultato promesso, a prescindere dalla scorretta esecuzione dell'operazione<sup>16</sup>.

Trattasi, in particolare, di caso senz'altro paradigmatico rispetto alle problematiche normalmente sottese a tale ambito d'indagine, ove è oggetto di pieno accertamento sia l'adeguata scelta della tipologia d'intervento sia l'avvenuto «rispetto delle corrette tecniche operatorie prescritte dalla scienza medica». Per converso, il cuore di tale decisione risiede nel mancato adempimento, da parte del professionista, dell'onere di provare l'avvenuta comunicazione dell'esistenza del pericolo, seppur ridotto, di una naturale ricanalizzazione delle salpingi della paziente. Di conseguenza, è proprio in materia di accertamento del nesso eziologico fra mancata informazione e realizzazione dell'evento-pregiudizio che tale sentenza offre il destro per alcune riflessioni, sulle quali sembra opportuno, invero, spendere qualche riga. In particolare, due sono le alternative prospettate all'interno della motivazione:

1. esclusione del nesso di causalità: la paziente, adeguatamente informata circa le ridotte possibilità d'insuccesso, avrebbe ugualmente acconsentito all'operazione;

2. sussistenza del rapporto eziologico: l'attrice avrebbe deciso, una volta edotta del margine di fallibilità dell'intervento, di non sottoporsi allo stesso.

Il primo punto, tuttavia, non appare correttamente svolto. Non è, infatti, la scelta di sottoporsi a sterilizzazione a determinare la quarta gravi-

---

<sup>15</sup> «In considerazione della particolare delicatezza di qualunque tipo di attività sanitaria e degli inevitabili rischi necessariamente connessi anche al più semplice degli interventi, appare pienamente giustificato pretendere in ogni caso dal medico unicamente una prestazione diligente e tecnicamente corretta, prescindendo dall'effettivo perseguimento dello scopo avuto di mira dal paziente». Cfr. A. TUNC, *Jalons: dits et écrits*, Société de législation comparée, Parigi, 1991, p. 135. V. A. DIURNI, *Pianificazione familiare e responsabilità del medico*, in *Familia*, 2006, p. 511.

<sup>16</sup> *Contra*, Cass. civ., Sez. III, 10 settembre 1999, n. 9617, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 315, con nota di G. CITARELLA, *Intervento medico di sterilizzazione e profili di responsabilità (in margine a Cass. 10 settembre 1999, n. 9617)*, e in *Danno e responsabilità*, 2000, p. 730, con commento di R. NATOLI, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di "compensation" ed esigenze di "deterrence"*, ove i giudici di legittimità delineano proprio un'obbligazione di risultato in capo al sanitario, responsabile d'aver garantito che "la metodica era assolutamente sicura al 100%". V. altresì G. CASSANO, *Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera "esistenziale"*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 106.

danza della paziente, bensì, a monte, l'inadempimento, da parte del sanitario, dell'obbligo d'informazione. L'informazione – è noto – può assumere un ruolo duplice: quale presupposto della prestazione di un consenso consapevole ed "illuminato", infatti, permette al paziente di decidere se sottoporsi o meno ad un qualsiasi atto sanitario, mentre costituisce un'obbligazione accessoria ed integrativa rispetto a quella principale laddove consenta al malato di tenere, successivamente alla prestazione medica, una condotta idonea a garantire il successo di questa<sup>17</sup>. Più chiaramente, l'attrice, anche laddove avesse deciso di procedere ugualmente con l'operazione, avrebbe comunque potuto evitare la gravidanza, proprio perché conscia di quello 0,5% di possibilità d'insuccesso<sup>18</sup>. Non sarebbe corretto, di conseguenza, escludere il nesso causale semplicemente ipotizzando che la paziente si sarebbe in ogni caso sottoposta alla sterilizzazione, con probabilità forse vicina alla certezza. Per contro, si potrebbe negare la sussistenza di un rapporto eziologico solo qualora parte attrice non riuscisse a dimostrare, neppure per il tramite di presunzioni, che avrebbe adottato accorgimenti ulteriori (altri metodi contraccettivi, successivi controlli), al fine di evitare una nuova gravidanza, nonostante l'avvenuta operazione. In questo senso, l'omessa informazione impedisce alla paziente l'assunzione di una responsabilità quanto a scelte e comportamenti determinati, che non si limitano al mero assenso/diniego, ma che permettono all'eventuale pregiudizio di "viaggiare" ancora nella sfera di dominio del diretto interessato.

Allo stesso modo, pure gli interventi d'interruzione volontaria della gravidanza soffrono di un margine di fallibilità. Nel celebre caso del piccolo Jod<sup>19</sup>, d'altro canto, l'obbligo d'informazione rileva non tanto in ordine al

---

<sup>17</sup> A riguardo, cfr. G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 76. V. altresì G. FISCHER, *Nuovi sviluppi in tema di responsabilità civile del medico in Germania*, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 358.

<sup>18</sup> In questi termini, cfr. Cass. civ., Sez.III, 24 ottobre 2013, n. 24109, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>19</sup> Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 871, con nota di M. TANTALO, *Responsabilità civile del sanitario in caso di gravidanza indesiderata*; App. Venezia, 23 luglio 1990, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 1320, con nota di M. ZANCHETTI, *Il "danno giusto" conseguente alla mancata interruzione di una gravidanza per colpa dei sanitari*, e Cass. civ., Sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464, in *Corr. giur.*, 1995, p. 91, con nota di A. BATA, *Responsabilità del medico, omissione d'informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza*, e in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 342, con nota di D. CARUSI, *Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il "danno da procreazione" nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere*. Similmente, cfr. Trib. Genova, 10 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 1825, con nota di I. CARASSALE, *Nascita indesiderata e danni risarcibili*, e in *Famiglia*, 2003, p. 1178, con commento di B. D'USSEAU, *Insuccesso dell'intervento di interruzione di gravidanza e risarcimento del danno*. Infine, v. E. COSTA, *Mancato aborto e danno esistenziale*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), commento ad App. Caltanissetta, 12 marzo 2008, e R. DELLA CORTE, *Lesione all'autodeterminazione procreativa per*

ridotto margine d'insuccesso di tale operazione<sup>20</sup> (e, quindi, in ordine alla validità del consenso prestato a quest'ultima), bensì, piuttosto, relativamente al comportamento che la giovane donna avrebbe potuto (e dovuto) tenere in séguito all'intervento, perché ne fosse assicurato l'esito *felice*. Nel caso di specie, invero, la paziente, ancora minorenni, non viene informata circa la necessità di un controllo successivo all'interruzione della gravidanza: da qui, un matrimonio "riparatore" e la successiva nascita, *indesiderata*.

In particolare, il tribunale conclude nel senso che la paziente, laddove adeguatamente informata, avrebbe pressoché certamente effettuato gli opportuni controlli e, una volta appurato il persistere della gravidanza, si sarebbe sottoposta ad un nuovo ed immediato intervento abortivo. Di conseguenza, in base ad un giudizio di causalità ipotetica, si imputa al medico la prosecuzione della gestazione, pur avendo egli eseguito l'operazione senza alcun errore<sup>21</sup>. L'adempimento dell'obbligo d'informazione da parte del sanitario assume, così, una funzione strumentale rispetto al buon esito della prestazione principale e, quindi, relativamente al successo stesso dell'operazione in causa<sup>22</sup>.

La medesima possibilità di ricorrere ad una scelta abortiva, così *evitando il danno ex art. 1227 c.c.*, secondo comma, ricorre anche nell'ipotesi di fallita sterilizzazione, ma non mette a repentaglio – la giurisprudenza concorda – la ricostruzione del nesso eziologico. Il paradigma è quello del caso *WASP*<sup>23</sup>, relativo al risarcimento del danno a favore di una coppia che abbia comunque messo al mondo il figlio concepito a cagione di un'erronea prescrizione di pillole anticoncezionali<sup>24</sup>. Il quesito consiste

---

*la nascita di un figlio sano e non voluto*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1359, commento a Trib. Latina, 21 luglio 2011.

<sup>20</sup> Certo, l'interruzione volontaria di gravidanza è l'unica alternativa per la donna che non voglia mettere al mondo il figlio che porta in grembo. Al contrario, i metodi anticoncezionali sono diversi e la sterilizzazione, che comunque incide pesantemente sull'integrità psicofisica della paziente, è solo il più sicuro o uno fra i più sicuri.

<sup>21</sup> R. SGOBBO, *Materiali per lo studio della responsabilità medica*, in *Dir. giur.*, 1987, p. 841. L'Autore rileva che, «laddove la paziente fosse ricorsa all'aborto quasi alla scadenza del termine consentito dalla legge, (...) il difetto successivo di informazione non avrebbe determinato a carico del medico alcuna responsabilità per i danni derivanti dalla indesiderata nascita».

<sup>22</sup> Si tratta, al contrario, d'intervento di sterilizzazione maschile non eseguito correttamente in Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1144, con nota di M. GORGONI, *Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio*.

<sup>23</sup> *White Anglo-Saxon and Protestant*, il modo più usato per definire l'americano bianco medio: cfr. G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 8, e *Troppi v. Scarf* (1971) 31 Mich.App. 240, 187 N.W. 2d 511.

<sup>24</sup> Per un caso italiano, cfr. Trib. Monza, 19 aprile 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 492.

nell'interrogarsi sulla ragionevolezza (o meno) della condotta dei genitori nel mitigare i danni derivanti dal comportamento colposo del medico: più chiaramente, il bambino avrebbe potuto essere abortito o dato in adozione, così esonerando (o quasi) il professionista da qualsivoglia risarcimento. Nel caso di specie, la *Michigan Court of Appeals* dichiara che il rischio derivante dalle particolari convinzioni del danneggiato (la non disponibilità ad un'interruzione volontaria della gravidanza, per esempio) grava esclusivamente, *a norma di legge*, sul sanitario. In questo modo, è fortunato il medico la cui condotta colposa si diriga nei confronti di una paziente pro-aborto, così come è favorito dalla sorte colui che colpisca negligenza una persona dalla testa molto resistente. Peraltro, ciò non significa in alcun modo che colui il quale cagioni un danno non sia responsabile laddove la vittima presenti una testa insolitamente delicata o si distingua per le sue convinzioni contrarie all'aborto o all'adozione.

Allo stesso modo, ai fini dell'eventuale negazione del nesso causale, il Tribunale ambrosiano<sup>25</sup> esclude la rilevanza del mancato ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza, non solo in quanto l'effettuazione di un intervento abortivo postula determinate condizioni, specificatamente previste dalla legge, ma soprattutto perché quest'ultimo costituisce una pratica sì consentita, «ma che non può, in alcun caso, considerarsi dovuta». Peraltro, tale sentenza presenta il merito di accordare ristoro alla lesione del diritto di autodeterminazione, di procreazione cosciente e pianificazione familiare, grazie al risarcimento (pari a lire 30.000.000 per ciascun coniuge e ai sensi degli artt. 2 e 13 Cost.) della violazione di un diritto primario dell'individuo e in ragione della sacralità di «una scelta libera, anche attuata attraverso atti di disposizione del proprio corpo, in ordine alla procreazione responsabile». Per contro, viene negata la riparazione del danno biologico, per la natura assolutamente fisiologica, e non patologica, di eventi quali la gravidanza e la nascita di un bambino sano. In proposito, si prospetta certo la possibilità di riflessi negativi, propri di un concepimento indesiderato, sulla psiche femminile, senza però dimenticare come siffatta circostanza debba essere adeguatamente allegata e dimostrata, «e non apoditticamente affermata». A conclusioni simili perviene, nondimeno, il Tribunale di Venezia<sup>26</sup>, i cui giudici, d'altra parte, provve-

<sup>25</sup> Trib. Milano, 20 ottobre 1997, cit. Cfr. altresì Trib. Reggio Emilia, 7 ottobre 2015, in *Giur. it.*, 2016, p. 1601, con commento di A. FERRERO, *Nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*: «L'esistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto all'aborto non comporta che tale diritto debba essere esercitato, ben potendo sussistere ragioni etiche, morali o religiose che impediscono tale scelta. D'altra parte, altro è la scelta di non procreare, altro è quella di porre termine ad una gravidanza già in corso, decisione quest'ultima che risulta carica di ripercussioni, fisiche e psicologiche, per la donna». Similmente, v. Trib. Tolmezzo, 22 agosto 2011, n. 177, in *Fam. dir.*, 2012, p. 272, con commento di G. BILÒ, *Responsabilità medica per nascita indesiderata*, e Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 441.

<sup>26</sup> Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 403, con nota di

dono altresì alla liquidazione di un danno biologico pari a 8.244,11 euro, in ragione di «un disturbo dell'adattamento con umore depresso di tipo cronico», verificatosi in séguito alla gravidanza ed emerso dalla CTU espletata in corso di causa. La violazione del diritto all'autodeterminazione, invece, viene quantificato in euro 20.000, risarciti a titolo di danno morale.

Peraltro, relativamente alla controversa (dimostrazione e) liquidazione del danno biologico subito dalla donna a séguito del fallimento di un'interruzione volontaria di gravidanza, i giudici cagliaritari<sup>27</sup> dispongono la riparazione non solo dell'insorta depressione *post partum*, ma altresì della gestosi (quale vera e propria patologia fisica) manifestatasi durante la gravidanza, responsabile di un ricovero ospedaliero e di svariate complicanze, nonché di un conseguente, particolare stato ansiogeno. Il Tribunale patavino<sup>28</sup>, per contro, adotta una nozione più elastica di violazione della salute psicofisica femminile, riconoscendo come ragioni di difficoltà economica possano altresì comportare uno stato di squilibrio o di disagio nella vita di una donna. In particolare, il danno viene identificato nei «disagi affrontati dai genitori per la nascita avvenuta in un momento di difficoltà, negli ostacoli che tali nuovi doveri possono aver comportato nella realizzazione anche economica di una giovane coppia, in sostanza nell'anticipazione di oneri che comunque i due coniugi avrebbero affrontato nella vita». Detto medesimo pregiudizio, che si colloca a metà strada fra il patrimoniale e il non patrimoniale, viene però negato, tre anni più tardi, in sede di ultimo grado<sup>29</sup>. La Suprema Corte, infatti, individua l'interesse tutelato dalla legge n. 194/1978 nella salute fisica o psichica della madre, la cui sola salvaguardia giustificherebbe il sacrificio del concepito. La situazione patrimoniale della donna, pertanto, viene assunta a mera condizione giustificatrice dell'interruzione di gravidanza, laddove sia in grado d'influire negativamente sul bene salute. In conclusione, i giudici di legittimità negano il diritto al risarcimento del danno per il solo fatto dell'inadempimento, da parte del sanitario, dell'obbligazione assunta, pretendendo l'effettiva dimostrazione «della messa in pericolo o di un danno effettivo alla salute fisica o psichica» della gestante.

Di conseguenza, i giudici affrontano il problema dell'individuazione di un danno biologico richiedendo, in generale, la dimostrazione di una vera e propria patologia, fisica o psichica, medicalmente accertabile. Ciò senza

---

A. BITETTO, *Bambino inatteso ... paga il medico consapevole della possibilità del suo arrivo!*, e in *Giust. civ.*, 2003, pp. 2613-2622, con commento di S. BALDASSARI, *Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico*.

<sup>27</sup> App. Cagliari, 12 novembre 1998, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 1031, con commento di R. DE MATTEIS, *Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili*. Nella fattispecie concreta, il danno biologico temporaneo viene valutato nella misura di lire 17.100.000.

<sup>28</sup> Trib. Padova, 9 agosto 1985, cit.

<sup>29</sup> Cass. civ., 8 luglio 1994, n. 6464, cit.

considerare in alcun modo che una gravidanza implica comunque, di per sé, una rilevante alterazione del bene salute, anche solo perché la donna porta per 280 giorni il prodotto del concepimento all'interno del proprio organismo, con gli effetti collaterali di comune esperienza che ciò sottintende, assieme ad evidenti ripercussioni sul piano estetico e relazionale. Lo stesso momento del parto, inoltre, costituisce un'esperienza dolorosa e non esente da rischi per la salute e la vita stessa della donna, mentre la nascita del bambino, peraltro, non determina affatto l'interruzione dei disturbi fisici e psichici, che si protraggono durante il periodo di puerperio. Si tratta, certo, di eventi esaltanti nel corso dell'esistenza di una persona<sup>30</sup>, capaci, però, di configurare vere e proprie lesioni personali laddove siano dovuti alla condotta colposa di un sanitario, e non ad una precisa volontà femminile.

S'è visto come, oltre al risarcimento del danno biologico e dell'invalidità temporanea connessa alla gravidanza, sia altresì possibile individuare una lesione della libertà di autodeterminazione non solo della paziente, ma di entrambi i coniugi. Nell'ipotesi di fallita sterilizzazione, in particolare, tale riparazione viene generalmente concessa, in ragione dell'avvenuta violazione del principio di libero sviluppo della personalità individuale e della vera e propria imposizione dei doveri di cui all'art. 30 Cost. Deve trattarsi, d'altro canto, di una sofferenza oggetto di una prova specifica: a rilevare, infatti, non è tanto la denominazione esatta di tale pregiudizio (esistenziale o altro), maggiormente importando, invece, proprio l'impossibilità di configurare un danno-evento di natura non patrimoniale<sup>31</sup>. An-

---

<sup>30</sup> Risalgono agli anni Trenta del secolo scorso i primi casi in cui la coppia o uno soltanto dei genitori agisce dinanzi ad un giudice statunitense per il risarcimento del danno derivante dalla nascita indesiderata di un bambino sano, in seguito ad un'imperfetta esecuzione di interventi d'interruzione volontaria della gravidanza o di sterilizzazione. In materia, la liquidazione di tale pregiudizio trova un'importante remora, appunto, nella c.d. *blessing doctrine*, la quale, per la prima volta enunciata nel caso *Christensen*, nega la possibilità di assimilare la nascita di un essere umano (per lo più sano) ad un evento dannoso, laddove una nuova vita costituirebbe sempre una benedizione, così precludendo qualsivoglia risarcimento. Cfr. *Christensen v. Thornby* (1934) Supr. Court Minn., 255 NW 620. V. altresì App. Roma, 14 novembre 2006, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con commento di A. MASCIA, *Mancata sterilizzazione e danni da nascita indesiderata*.

<sup>31</sup> Similmente, cfr. R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 474. V. anche L. BARDARO, *Nascita indesiderata per errata prescrizione contraccettiva fra onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile*, commento a Trib. Milano, 10 marzo 2014, n. 3477, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1265, e M.C. DE TOMMASI, *Quando la nascita di un figlio sano non è un lieto evento*, nota a Trib. Bari, 13 ottobre 2009, n. 3032, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1809. Per uno sguardo al mondo tedesco: R. FAVALE, *Genitori contro volontà e risarcimento per i danni da nascita*, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 481 (nota a Bundesgerichtshof, 15 febbraio 2000); D. CARUSI, *Contraccezione, aborto e "danno da procreazione": di un'importante sentenza del Tribunale costituzionale tedesco e di alcune questioni in materia di responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 1173, e F. BRUNETTA D'USSEAU, *Obbligo di mantenimento in seguito a sterilizzazione non riuscita o ad inesatta*

che (e a maggior ragione, sembra di poter dire: un bambino che non si credeva potesse arrivare è forse l'esempio che meglio calza all'idea di sorpresa o d'inaspettato) in ambito di nascita indesiderata, peraltro, l'impreparazione rispetto ad una gravidanza che si era cercato di evitare pare suscettibile di autonoma (ma non automatica: la dimostrazione, comunque, è d'obbligo) riparazione, a prescindere da qualsivoglia considerazione in termini di causalità. Infine, le corti paiono solite liquidare anche il danno patrimoniale, attinente agli oneri di mantenimento del figlio sano sì, ma non voluto, fino al compimento del suo ventitreesimo anno d'età: la nascita di un bambino, infatti, comporta, anche nel lungo periodo, importanti esborsi di danaro, i quali non si ritiene essere in alcun modo compensati dalle gioie che, comunque, altresì ne derivano.

### 3. La nascita indesiderata di un bambino disabile

Da un punto di vista risarcitorio, l'*handicap* del bambino non voluto pone questioni (almeno parzialmente) differenti rispetto a quelle che contraddistinguono la nascita non desiderata di un figlio sano<sup>32</sup>. Da una parte, infatti, v'è comunque una gravidanza "imposta", con tutte le conseguenze in termini di danno biologico cui si è prima accennato. Tuttavia, normalmente, il pregiudizio alla salute materna si presenta qui di più intensa gravità rispetto ai consueti dolori ed effetti collaterali di una gestazione, del parto e del successivo periodo di puerperio. Nel maggior numero di casi, infatti, è possibile accertare l'insorgere di veri e propri processi patologici nella psiche femminile, intimamente legati al dramma di un figlio bisognoso di cure continue per l'intera sua esistenza. D'altra parte, tali situazioni richiedono non solo particolari valutazioni sotto il profilo della liquidazione del danno, ma altresì un'attenta considerazione del rapporto eziologico precisamente sussistente fra l'omessa informazione circa le malformazioni fetali e la nascita di un figlio non sano.

---

*consulenza genetica*, in *Danno e responsabilità*, 1998, p. 419 (nota a Bundesverfassungsgericht, 12 novembre 1997).

<sup>32</sup> A proposito dell'informazione nei casi di diagnosi prenatale, v. Ph. PARQUET, *L'information: comment est-elle reçue? Responsabilité du discours. Les effets de l'information*, atti del terzo congresso internazionale di etica medica, 9-10 marzo 1991, Les Actes, Parigi, 1991, pp. 48 ss. Cfr. A. BITETTO, "Wrongful birth": diritti dei genitori e assistenza tempestiva al figlio disabile, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 179, commento a Trib. Reggio Calabria, 31 marzo 2004; C. SIANO, *Principi giurisprudenziali in materia di responsabilità medica e risarcimento del danno per nascita indesiderata di un figlio handicappato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 1330, e A. THIENE, *Danno da nascita indesiderata*, in *Studium iuris*, 2006, p. 737, entrambi commenti a Trib. Padova, 24 ottobre 2005. Infine, cfr. E. GIACOBBE, *Brevi osservazioni sul danno da «nascita indesiderata», ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere*, in *Giust. civ.*, 2005, p. 2129.

Al riguardo, la Suprema Corte<sup>33</sup> rileva come la responsabilità del ginecologo derivi dall'inadempimento di un'obbligazione di natura contrattuale (consistente nel «rilevare le condizioni del feto e formulare la corrispondente diagnosi, impiegando la diligenza e la perizia richieste»), ovvero di una prestazione che si esaurisce tutta nell'assolvimento di un obbligo informativo<sup>34</sup>, disgiunto da qualsivoglia, materiale esecuzione di un trattamento sanitario normalmente inteso (quale è, per esempio, il compimento di un'operazione di sterilizzazione). Peraltro, la possibilità, per la madre, di optare per un'interruzione di gravidanza rileverebbe solo dal punto di vista dell'accertamento del nesso causale e non in ordine ai danni risarcibili (sulla base dell'interesse normativamente tutelato, ovvero la salute fisiopsichica della donna, di cui alla legge n. 194/1978). Secondo le regole della responsabilità contrattuale, infatti, oggetto di risarcimento non sono meramente i danni *ingiusti*, derivanti dalla lesione di un interesse protetto (*ex art. 2059 c.c.*), ma tutti i pregiudizi conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (*ex art. 1223 c.c.*)<sup>35</sup>. Inoltre, una volta verificato il ricorrere delle condizioni normativamente previste ai fini di un'interruzione volontaria di gravidanza, i giudici di legittimità del 2002<sup>36</sup> non considerano l'aleatorietà della scelta di cui la donna è stata privata. Nello specifico, in presenza dei presupposti dettati dalla legge, viene sancita una vera e propria presunzione (fino a prova contraria) che la gestante, adeguatamente informata, avrebbe abortito<sup>37</sup>. In particolare, dinanzi

<sup>33</sup> Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.

<sup>34</sup> Peraltro, la responsabilità del medico può affermarsi anche in relazione al *quomodo* dell'informazione (in un caso di mancata effettuazione dell'amniocentesi): Trib. Monza, 27 febbraio 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1846, con commento di F.V. DELLA CORTE, *Diagnosi prenatale ed autodeterminazione procreativa*, e in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 1167, con commento di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono, Il medico in tribunale*. In particolare, «una consultazione genetica deve dare informazioni, supporto psicologico, (...) rispondere ai quesiti posti, per cui, dovendo comunicare concetti medici spesso complessi ed in termini necessariamente statistici, è necessario interpretare la sensibilità del paziente, (...) rispettare i suoi desideri, le sue tradizioni e le sue aspettative, ma non si deve mai dire esplicitamente all'interessato quale decisione prendere».

<sup>35</sup> V. R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale*, cit., p. 630.

<sup>36</sup> Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.

<sup>37</sup> Detta presunzione di causalità non opera in Cass. civ., Sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 522, con commento di E. FILOGRANA, «Se avessi potuto scegliere ...»: *la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione*, e in *Foro it.*, 1999, I, c. 77, con nota di A. PALMIERI, *Sulla responsabilità del medico per mancato ricorso all'aborto a causa di erronee informazioni sulla malformazione del feto*. Nega qualsiasi risarcimento (per l'insussistenza dei presupposti che avrebbero consentito l'intervento abortivo) Cass. civ., sez. III, 24 marzo 1999, n. 2793, in *Danno e responsabilità*, 1999, 766, con commento di M. GORGONI, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, e in *Foro it.*, 1999, I, c. 1804, con nota di A. PALMIERI, *Danno da nascita indesiderata e responsabilità del medico per omessa informazione su malformazioni del feto*. Cfr. altresì Trib. Roma, 9 marzo 2004, in *Danno e responsabilità*,

all'avvenuta violazione del diritto di scelta della paziente, il fatto stesso che la legge consenta alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione deriverebbe al suo stato di salute rende legittimo per il giudice assumere «come normale e corrispondente a regolarità causale» l'interruzione della gravidanza da parte della gestante informata di gravi malformazioni del feto. La stessa preoccupazione di eseguire esami per l'individuazione di eventuali disabilità, inoltre, costituirebbe nitida espressione di tale "propensione all'aborto", mentre l'eventuale prova contraria richiederebbe quantomeno l'allegazione, da parte del personale sanitario, di «fattori ambientali, culturali, di storia personale, idonei a dimostrare in modo certo che, pur informata, la donna avrebbe accettato la continuazione della gravidanza».

Il Tribunale orobico<sup>38</sup>, d'altra parte, sottolinea come la violazione dell'obbligo d'informazione (inevitabile conseguenza dell'errore diagnostico dell'ecografista) abbia *in radice* astrattamente eliso la facoltà di ricorrere alla legge n. 194/1978<sup>39</sup>. Pertanto, poiché vana sarebbe una disquisizio-

---

2005, p. 205, con nota di S. CACACE, *Perruche et alii: un bambino e i suoi danni*, e Trib. Cagliari, 12 aprile 2006, in *Riv. giur. sarda*, 2007, p. 419, con nota di F. CAPPAL, *Omessa diagnosi delle malformazioni del nascituro: il punto sugli interessi coinvolti e sui danni risarcibili*.

<sup>38</sup> Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, in *Danno e responsabilità*, 1996, p. 249, con commento di C. PALUMBO, *Errore diagnostico e mancata interruzione di gravidanza*. È comunque necessario l'accertamento della natura colposa della condotta professionale: v. Trib. Milano, 24 ottobre 1996, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 586, con nota di R. ZOJA, *Riflessioni medico-legali su un caso di mancata diagnosi ecografica in gravidanza*, ove si nega una qualsiasi connotazione colposa alla mancata diagnosi di aplasia dell'avambraccio sinistro, «quando il sanitario abbia compiuto tutti i rilievi normalmente da attuarsi» e in base alla percentuale d'insuccesso diagnostico ecografico per le malformazioni congenite.

<sup>39</sup> Allo stesso modo, cfr. Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Danno e responsabilità*, 2006, pp. 510-517, con commento di S. CACACE, *La scelta solo alla madre, il risarcimento anche al padre: cronache da una nascita indesiderata*; in *Giur. it.*, 2007, p. 629, con nota di A. RESTIGNOLI, *Nota in tema di danno da nascita indesiderata*; in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 1172, con commento di L. CAVALLO, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: il padre ha diritto al risarcimento in via immediata e diretta*; in *Dir. uomo*, 2006, p. 55, con nota di M. CATALIOTTI, *L'estensione della tutela risarcitoria ai prossimi congiunti nella fattispecie della nascita indesiderata ad opera della Corte di cassazione italiana. L'esperienza francese a confronto*, e in *Fam. dir.*, 2006, p. 253, con commento di G. FACCI, *Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre*. *Contra*, App. Perugia, 28 ottobre-15 dicembre 2004, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 421, con nota di F. CAMILLETI, *La violazione da parte del medico dell'obbligo di informare la gestante dell'esistenza di malformazioni del feto non comporta automaticamente il risarcimento di un danno biologico*; in *Giur. mer.*, 2005, p. 1800, con commento di M.L.G. ROCCA, *Quando l'errore medico diventa imposizione coattiva di un futuro votato al sacrificio (danno esistenziale da lesione al diritto di autodeterminazione e responsabilità della "ASL")*; in *Resp. civ.*, 2005, p. 795, con nota di C. GARGIONI, *Il medico, l'ospedale e una nascita indesiderata*, e in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 737, con commento di L. CIARONI, *Malpractice medica e danno non patrimoniale*, che sottolinea l'esigenza di verificare se l'interruzione di gravidanza fosse, in concreto, giuridicamente possibile, premurandosi altresì di escludere una possibilità di vita autonoma del feto. Riguardo alla possibilità di vita autonoma del feto, v. altresì Trib. Roma, 14 marzo 2012, n. 5358, in *Banca Dati Leggi d'Italia*.

ne *ex post* circa l'esistenza (o meno) di un grave pericolo per la salute psico-fisica dell'attrice, è omesso qualsivoglia accertamento in merito alla sussistenza delle condizioni legittimanti l'aborto terapeutico<sup>40</sup>. A tal proposito, invero, le strade percorribili parrebbero tre:

1) conformemente ad una prospettiva di prognosi postuma, ovvero formulando un giudizio *ex ante*, ritenere o meno altamente probabile che la formosenza della patologia del feto al momento dell'effettuazione degli opportuni accertamenti ecografici avrebbe determinato il pericolo, per esempio, di una reazione depressiva della madre. Nello specifico, si tratta dell'espressione di un ragionamento meramente ipotetico, incapace di manifestare certezze di sorta e concernente un evento non più suscettibile di verificarsi, che trova però avallo nella legge stessa, la quale (per prima) prevede come «rilevanti anomalie o malformazioni» del nascituro siano suscettibili di influire sulla salute psichica della gestante<sup>41</sup>;

2) verificare, *ex post*, se il pericolo alla salute era reale o solo supposto e, di conseguenza, accertare l'effettiva insorgenza di una patologia a carico della donna, così antepoendo la realtà effettiva a quella semplicemente possibile, la quale ultima prevale «solo allorché non si disponga del dato vero»<sup>42</sup>;

3) rinunciare, appunto, ad una qualsiasi indagine in proposito, poiché «l'errore del sanitario ha troncato sul nascere qualunque possibilità di scelta e di autodeterminazione», così precludendo alla paziente l'esercizio

<sup>40</sup> Similmente, cfr. Cass. civ., Sez. III, 24 marzo 1999, n. 2793, cit. Cfr., inoltre, Trib. Locris, 6 ottobre 2000, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 393, con commento di F. BILOTTA, *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era*; in *Riv. it. med. leg.*, 2002, pp. 209-215, con nota di A. DEMORI, L. MACRÌ, *Danno esistenziale e "wrongful life"*; in *Famiglia*, 2001, p. 824, con nota di E. BELLISARIO, *Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto*; in *Giur. it.*, 2001, p. 735, con commento di M. BONA, *Mancata diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da "wrongful birth"*, e in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 409, con nota di A. GUARNERI, *Wrongful life, bébé préjudice e il discusso diritto a nascere sano ... o a non nascere*, e commento di P. ZIVIZ, *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*. Infine, cfr. Cass. pen., 21 marzo 1997, cit., ove il medico viene condannato per rifiuto d'atti d'ufficio per aver taciuto alla gestante informazioni riguardanti la salute del nascituro.

<sup>41</sup> App. Perugia, 28 ottobre-15 dicembre 2004, cit., la quale richiama ampiamente Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, cit. V. altresì Cass. civ., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 387, con commento di R. SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempiamento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*, e in *Dir. gius.*, 2010, p. 19, *Quotidiano del 13 febbraio 2010*, con commento di A. CARCHIETTI, *Diritto ad interrompere la gravidanza dopo i novanta giorni ed omessa informazione da parte del medico: quale rapporto?*; Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; App. Milano, 14 giugno 2005, Trib. Roma, 31 maggio 2006, Trib. Roma, 16 novembre 2005, Trib. Roma, 6 giugno 2005, e Trib. Roma, 3 aprile 2005, tutte in *Banca Dati De Jure*, nonché Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2005, in *Giur. mer.*, 2006, p. 1694.

<sup>42</sup> V. F. CAMILLETI, *La violazione da parte del medico*, cit., p. 437.

di una facoltà riconosciuta dalla legge. In questo senso, il danno ingiusto consisterebbe «non solo nella violazione del dovere d'informazione, ma anche nel non aver posto l'attrice nelle condizioni di avvalersi di un diritto in astratto, a prescindere dall'accertabilità concreta delle sue possibilità di esercizio»<sup>43</sup>.

In ordine, poi, alla legittimazione del padre ai fini della domanda risarcitoria, la Suprema Corte<sup>44</sup> riconosce come la facoltà di scelta, esclusivamente femminile, di «esercitare il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza» – senza che il marito possa in alcun modo ingerirsi in tale decisione – rilevi ai soli fini della verifica del nesso eziologico intercorrente tra l'inadempimento contrattuale del medico e i danni che ne derivano (è il medesimo ragionamento valido per l'accertamento del pericolo per la salute femminile: si tratta di distinguere la causalità dal pregiudizio liquidato). Ciò constatato, e una volta appurata l'esistenza di tale rapporto eziologico, spetta al medico il risarcimento di tutti quei danni conseguenza immediata e diretta del suo inadempimento<sup>45</sup>, fra i quali si annovera senz'altro anche il pregiudizio sofferto dal padre, in qualità di soggetto terzo “protetto” dal contratto d'opera professionale esistente fra la gestante e il ginecologo<sup>46</sup>. Detta liquidazione, per-

---

<sup>43</sup> Così Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, cit. Infine, cfr. le interessanti argomentazioni di Trib. Catania, 27 marzo 2006, n. 1037, in *www.altalex.com*, con commento di L. VIOLA, *Danni da nascita indesiderata: i presupposti per il risarcimento*.

<sup>44</sup> Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.

<sup>45</sup> «Non sono danni che derivano dall'inadempimento del medico quelli che il suo adempimento non avrebbe evitato: una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare; una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato; la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano»: Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.

<sup>46</sup> Allo stesso modo, cfr. Cass. civ., Sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Dir. gius.*, 2010, p. 60, Quotidiano del 6 febbraio 2010, con commento di R.F. IANNONE, *Quando la nascita non è un lieto evento anche il padre va risarcito*; in *Resp. civ.*, 2010, p. 582, con nota di R. PARTISANI, *Il danno esistenziale del padre da nascita indesiderata*; in *Contratti*, 2010, p. 662, con commento di V. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*; in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 702, con commento di M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore a nascere sano*; in *Giust. civ.*, 2011, p. 2457, con commento di M. ROSSETTI, *Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata*; in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1131, con nota di F. ZECCHIN, *Diagnosi tardiva e risarcimento del danno*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1027, con nota di M. FORTINO, *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*, e in *www.personaedanno.it*, con commento di E. BUCCI, *Malformazioni del concepito e danno esistenziale*, e di M. CONZUTTI, *Principio di autodeterminazione, diritto di informazione del paziente, danno esistenziale*; App. Perugia, 28 ottobre-15 dicembre 2004, cit., e Trib. Lucca, 19 febbraio 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2603, con commento di A. MASCIA, *Le mancate informazioni del medico ginecologo e il danno esistenziale da wrongful birth*. V. altresì M. CATALIOTTI, *L'estensione della tutela risarcitoria ai prossimi congiunti nella fattispecie della nascita indesiderata ad opera della Corte di cassazione italiana. L'esperienza francese a confronto*, in *Dir. uomo*, 2006, p. 55, e E. PATANIA, *Diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione*

tanto, si giustificerebbe in ragione del «tessuto dei diritti e dei doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione» quanto ai rapporti tra coniugi e agli obblighi dei genitori verso i figli (artt. 29 e 30 Cost.; artt. 143 e 147, 261 e 279 c.c.). In proposito, peraltro, il Tribunale di Bergamo<sup>47</sup> non manca di considerare come «la decisione di procreare sia stata assunta concordemente da entrambi gli attori», i quali avrebbero vissuto la gravidanza e la stessa nascita «come una sola persona». Un legame di tal fatta viene altresì ritenuto comune «nell'ambito di un rapporto di coppia consolidato attraverso il vincolo matrimoniale», quale «concreta esplicazione del disposto di cui agli artt. 143 e 144 c.c., dai quali si evince l'obbligo sostanziale di concordare ogni decisione» (nella specie, quindi, anche scegliere se abortire o meno), «a maggior ragione se determinante per il futuro regime familiare». Di conseguenza, il padre gode del diritto alla riparazione del pregiudizio subito non solo in quanto anch'egli titolare della responsabilità genitoriale nei confronti del figlio (verso il quale assume «analoghi pesi e analoghe fatiche rispetto a quelli della moglie»), ma altresì in ragione del fatto che, laddove il medico avesse correttamente letto le ecografie, pure il marito sarebbe stato fatto partecipe della situazione e qualsivoglia scelta, «dolorosa e terribile», «sarebbe stata presa in pieno e completo accordo fra i componenti della famiglia, dando loro la possibilità di ponderare la decisione alla luce dei gravosi impegni che entrambi avrebbero dovuto assumersi dopo il parto»<sup>48</sup>.

Si tratta, invero, di un orientamento giurisprudenziale volto alla valorizzazione della figura maritale e paterna nell'ambito del nucleo familiare (pur nel completo rispetto della natura unicamente femminile dell'eventuale scelta abortiva), con il conseguente riconoscimento dell'avvenuta lesione anche a danno della sua stessa autodeterminazione circa una «procreazione cosciente e responsabile»<sup>49</sup>.

---

*dei genitori come principali espressioni del diritto della personalità. Risarcimento dei danni conseguenti ad una nascita indesiderata*, in *Dir. form.*, 2004, p. 741. Infine, cfr. G. GLIATTA, *Il danno da procreazione: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento e la natura della responsabilità del medico*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 845.

<sup>47</sup> Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, cit.

<sup>48</sup> Per il risarcimento del danno patrimoniale, cfr. Cass. civ., 20 ottobre 2005, n. 20320, cit., che liquida lire 252.000.000, alla stregua di un criterio puramente equitativo poiché, trattandosi di spese future, «non ne è esattamente dimostrabile l'entità». Inoltre, cfr. App. Perugia, 28 ottobre-15 dicembre 2004, cit., la quale nega la configurabilità di un lucro cessante (dal momento che gli attori «non hanno indicato un qualche specifico pregiudizio da contrazione del reddito suscettibile di essere risarcito»), mentre individua, quale danno emergente, l'importo in danaro necessario al mantenimento della bambina fino al raggiungimento dell'autonomia economica di quest'ultima, in ragione della natura esclusivamente fisica del deficit dal quale la piccola è affetta. *Contra*, Trib. Locri, 6 ottobre 2000, cit., ove si escludono, «in quanto neanche astrattamente risarcibili», i danni patrimoniali inerenti le cure per la bambina (posto che le sue malformazioni non sono riconducibili all'operato del sanitario).

<sup>49</sup> Cfr. G. FERRANDO, *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, in A. D'AN-

#### 4. Le azioni di wrongful life in Italia

In un caso di neonata affetta da anemia mediterranea (e deceduta pochi anni dopo la sua venuta al mondo)<sup>50</sup>, il giudice ambrosiano nega che la grave patologia della piccola sia causalmente connessa all'operato professionale del sanitario, altresì evidenziando come, da un punto di vista rigorosamente eziologico, l'inadempimento non sia stato esente dal produrre una fondamentale conseguenza nella sfera giuridica della bambina: la sua stessa venuta ad esistenza. Tuttavia, si esclude radicalmente che quest'ultima possa costituire, per la neonata, una «fonte di danno risarcibile in un sistema quale quello delineato dalla nostra Carta costituzionale, incentrato sulla tutela primaria della vita e sulla valorizzazione della nascita quale momento che attribuisce alla persona la capacità di essere soggetto giuridico autonomo»<sup>51</sup>. Pertanto, rispetto all'azione risarcitoria promossa dalla minore, si sostiene l'impossibilità di considerare lesiva, nonché produttiva di danni risarcibili, la condotta che ha consentito la sua stessa nascita, evento grazie al quale e a partire dal quale la bambina ha altresì acquistato la capacità giuridica.

Peraltro, è nel 2004 che la Suprema Corte<sup>52</sup> enuncia, per la prima volta

---

GELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., pp. 232-238. Risolve la questione in termini di "danno riflesso" Cass. civ., 1° dicembre 1998, n. 12195, cit. *Contra*, App. Cagliari, 12 novembre 1998, cit., e Cass. civ., 8 luglio 1994, n. 6464, cit.

<sup>50</sup>Trib. Milano, 17 marzo 2004, inedita.

<sup>51</sup>Trib. Milano, 17 marzo 2004, cit.

<sup>52</sup>Cass. civ., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3327, con commento di A. BITETTO, *Il diritto a «nascere sani»*; in *Guida dir.*, 2004, 32, p. 48; in *Danno e responsabilità*, 2005, 379, con nota di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; in *Dir. fam.*, 2006, I, p. 985, con commento di G. PAESANO, *Brevi riflessioni su diagnosi prenatale, aborto eugenetico e diritto a nascere sano*; in *Giust. civ.*, 2005, pp. 136 e 2405, con commenti rispettivamente di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, e di L. FAMULARO, *Il danno ingiusto della nascita*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 433, con nota di E. PALMERINI, *La vita come danno? No..., Sì..., Dipende*; in *Fam. dir.*, 2004, p. 561, con nota di G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; in *Resp. civ.*, 2005, p. 590, con nota di A. RIZZIERI, *La responsabilità del ginecologo per non avere accertato che il nascituro era affetto da patologia invalidante*; in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1349, con commento di M. GORGONI, *La nascita va accettata senza "beneficio d'inventario"?*; in *Dir. gius.*, 2004, 33, p. 8, con nota di M. ROSSETTI, *Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti*, e in *Giur. it.*, 2005, p. 1152, con nota di E. GIOVANARDI, *Brevi note sull'ammissibilità del danno da "vita indesiderata"*. Cfr. anche G. FACCI, *La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 325, e C. VIGNALI, *Inesatta esecuzione di attività di diagnosi e di intervento prenatale: profili di responsabilità*, *ivi*, p. 903. Ugualmente, v. Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Giur. it.*, 2007, p. 1924, con commento di V. LUBELLI, *Brevi note sul diritto a non nascere*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1691, con nota di A. LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *www.personaedanno.it*, con nota di A. TENCATI, *Continuità giurisprudenziale sul "danno da vita disgraziata"*, e in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 62, con

nell'ordinamento italiano, le linee guida e i principi generali in materia di *wrongful life*. In primo luogo, infatti, anche sulla base della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, i giudici di legittimità escludono l'esistenza e/o l'ammissibilità di un aborto eugenetico, per il quale il feto malformato non debba "essere lasciato nascere"<sup>53</sup>. Per contro, le anomalie del bambino rilevano solo laddove e nei limiti in cui possano cagionare un danno alla salute fisica o psichica della gestante e non in sé considerate: al ricorrere delle ipotesi normativamente previste, infatti, e nel bilanciamento tra la salvaguardia della salute della donna e la tutela del concepito, la legge consente alla madre di autodeterminarsi e di richiedere l'interruzione di gravidanza. Nell'ipotesi, poi, di pericolo per la salute derivante dalla gestazione o dalla maternità e conseguente alle malformazioni fetali, nonché di mancata o di scorretta informazione, da parte del medico, circa le reali condizioni del nascituro (con relativo annientamento della facoltà, in capo alla madre, di autodeterminarsi in ordine ad un'eventuale scelta abortiva), la Corte comunque esclude la configurabilità di un diritto "di non nascere". A tale proposito, infatti, si rileva come simile diritto (laddove riconosciuto) sarebbe, in concreto, «adespota», poiché l'art. 1 c.c. attribuisce la capacità giuridica al momento della nascita, mentre i diritti che la legge prevede a favore del concepito sono subordinati alla sua venuta al mondo ed esistono, appunto, a partire da questa<sup>54</sup>. Il diritto di non nasce-

---

commento di M. GORGONI, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*. Infine, cfr. Trib. Pesaro, 26 maggio 2008, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2278, con nota di D. AMOROSO, *Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro*.

<sup>53</sup> Cfr. I. CORPART, *La santé de l'enfant à naître: vers l'enfant parfait?*, in *Méd. droit*, 1995, 15, p. 3.

<sup>54</sup> Peraltro, conferisce soggettività giuridica al nascituro («specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia») Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 1167, con commento di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono*, cit.; *ivi*, 2010, p. 65, con commento di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*; in *Contr. impr.*, 2009, p. 537, con nota di F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 2063, con commento di M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*; in *Resp. civ.*, 2009, p. 714, con nota di L. VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*; *ivi*, 2009, p. 814, con nota di C. SIANO, *Medical malpractice e tutela del nascituro*; in *Corr. giur.*, 2010, p. 365, con nota di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*; in *Il Quotidiano Giuridico*, 12 giugno 2009, con commento di G. SIGILLÒ, *Responsabilità medica. Soggettività giuridica del nascituro e diritto al risarcimento del danno*, e in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con osservazioni di M. DRAGONE, *Diritto a nascere sano e obblighi di informazione*. Cfr. F. GIARDINA, *Soggettività, capacità, identità. Dialogo con Francesco*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 127; P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 247; G. BALLARANI, *La capacità giuridica statica del concepito*, in *Dir. fam.*, 2007, p. 1462; O. RILAMPA, *Il diritto di non nascere e la condizione giuridica del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 71, e F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 533.

re, pertanto, non avrebbe, fino a che il bambino non sia venuto alla luce, un soggetto titolare, mentre scomparirebbe definitivamente con l'avvenuta nascita del concepito. Da un altro punto di vista, inoltre, la Cassazione invita a considerare come oggetto del risarcimento sia sempre il danno conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, il quale costituisce «una perdita ovvero una diminuzione rispetto ad uno stato anteriore», che la riparazione stessa deve reintegrare. Nell'ipotesi di *wrongful life*, invece, l'omessa o errata informazione del medico non ha peggiorato la posizione del concepito rispetto ad una sua condizione precedente l'inadempimento (*differenztheorie*): non si tratta, infatti, di paragonare una vita malata con una, possibile, eventuale, sana, poiché quest'ultima non era annoverata fra le alternative concesse dal destino al nascituro. Ed esattamente questo, come ampiamente si vedrà<sup>55</sup>, rappresenterà il punto cruciale e dirimente ai fini della conclusiva negazione, da parte delle Sezioni Unite e alla vigilia del Natale 2015<sup>56</sup>, del diritto di cittadinanza italiana alle azioni *wrongful life*. Peraltro, è proprio il nostro ordinamento ad impedire che la non nascita (o la morte) del concepito sia considerata preferibile ad un'esistenza handicappata, laddove si «sanziona in modo più severo l'aggressione alla vita (art. 575 cod.pen.) rispetto all'aggressione all'integrità fisica, per quanto gravissima (artt. 582-583 cod.pen.)»<sup>57</sup>. Similmente, secondo il Tri-

<sup>55</sup> Cfr. *infra*, cap. II, par. 7, *Gli italiani non fanno la rivoluzione francese*.

<sup>56</sup> Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Giur. it.*, 2016, p. 1393, con commento di M. RUSSO, *Omessa informativa sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza: spunti in materia di legittimazione e prova*; *ivi*, p. 549, con commento di D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni Unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 450, con nota di F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da nascita indesiderata*; *ivi*, II, p. 461, con commento di C.M. MAZZONI, *Vita e non vita in Cassazione. A proposito di Cass. n. 25767/2015*; in *Foro it.*, 2016, I, c. 506, con nota di M. BONA, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 47, con commento di G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderata: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*; in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 162, con nota di M. GORGONI, *Una sobria decisione 'di sistema' sul danno da nascita indesiderata*; in *Danno e responsabilità*, 2016, p. 356, con commento di S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*; in *Oss. cost.*, 2016, p. 15, con nota di D. MARTIRE, *Il diritto alla "non vita" al vaglio delle Sezioni Unite. A proposito di Cassazione, Sezioni Unite, n. 25767/15*; in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 11, con nota di L. CONTE, «*And makes us rather bear those ills we have?*». *L'inizio della vita e i confini della sofferenza risarcibile*; in *Med. mor.*, 2016, p. 69, con commento di M. CASINI, *Si può considerare la nascita un danno risarcibile?*, e in *Giur. cost.*, 2016, p. 1578, con commento di L. DIOTALLEVI, *La legittimazione del minore disabile ad agire per il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata ed il nesso (inscindibile) tra soggettività e capacità giuridica*.

<sup>57</sup> Cfr. G. ALPA, *L'affaire Perruche*, in A. BRAUN (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, cit., pp. 359 ss. Per un'attenta disamina delle pronunce giurisprudenziali succedutesi in materia di nascita indesiderata, v. R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, cit., ove antesignana spicca la pronuncia del Trib. Roma, 13 dicembre 1994, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Professioni intellettuali*, n. 172: nel caso di specie non viene attribuito alcun ristoro alla bambina, in ragione dell'inesistenza di un diritto "di non nascere" e di un nesso eziologico

bunale di Monza<sup>58</sup>, «il dovere di protezione nei confronti del nascituro at-tiene alla nascita dello stesso e non alla non nascita, se malformato», ov-vero richiede la cura di eventuali patologie e l'eliminazione di possibili ipotesi di danno, non la soppressione del concepito stesso nel caso di *han-dicap* congenito<sup>59</sup>. Di conseguenza, la figlia non può vantare alcuna posi-zione giuridica meritevole di tutela nei confronti del diritto (leso) della madre ad un'interruzione volontaria di gravidanza. Nel bilanciamento deg-li interessi che sta a fondamento della legge n. 194/1978, infatti, il sogget-to titolare del diritto destinato a soccombere (il concepito; la sua stessa vita) «non può invocare tutela risarcitoria nei confronti di alcuno» (il me-dico; la madre), lamentando di aver perso ... la *chance* di essere soppresso a salvaguardia e in favore della salute o della vita della puerpera.

## 5. L'arrêt Perruche e la loi Kouchner

In Francia, il *Conseil d'Etat* s'imbatte per la prima volta nel *bébé préju-dice* (*wrongful pregnancy*) nel 1982<sup>60</sup>: si tratta di una fallita interruzione volontaria della gravidanza; il risarcimento del danno per la nascita di un bambino perfettamente sano viene, però, negato. Nello stesso senso, già il *Conseil constitutionnel*<sup>61</sup> aveva rilevato non tanto la puntuale conformità costituzionale della legge *Veil*<sup>62</sup>, quanto, piuttosto e più semplicemente, la sua *non contrarietà* alla Carta fondamentale francese – al contempo af-fermando come il principio del rispetto della vita umana possa essere vio-lato solo in caso di necessità ed entro limiti predefiniti. Di conseguenza, la possibilità di ricorrere all'aborto non potrebbe considerarsi un diritto sog-

---

tra l'errore diagnostico e la sua, congenita malformazione. Infine, v. F. PARENTE, *Malforma-zioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1021, e R. DE MAT-TEIS, *Wrongful life: problemi e falsi dilemmi*, in A. BRAUN (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, cit., p. 472.

<sup>58</sup> Trib. Monza, 3 marzo 2008, cit.

<sup>59</sup> Cfr. Trib. Milano, 8 aprile 2009, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 1167, con com-mento di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono*, cit., e Trib. Bologna, 2 febbraio 2006, in *www.personaedanno.it*, con commento di R. BORDON, *Responsabilità da diagnosi prenatale*. V. altresì Trib. Lecce, 18 giugno 2008, in *Banca Dati De Jure*.

<sup>60</sup> Cons. État, 2 juillet 1982, in *D.*, 1984, II, pp. 426 ss. Del tutto conforme, cfr. Cass. civ., Ch. I, 25 juin 1991, in *D.*, 1991, II, p. 567, e in *JCP G*, 1992, II, p. 21784.

<sup>61</sup> Cons. constitutionnel, 17 janvier 1975, n. 74-54. Al riguardo, v. il commento di L. FA-VOREU e L. PHILIP, in *Rev. dr. pub.*, 1975, p. 196, secondo il quale tale sentenza constatata co-me la legge rispetti sì la libertà di non abortire, ma non consacrì un diritto all'aborto. Cfr. M. DASSIO, *Il principio di irrisarcibilità della nascita indesiderata nell'ordinamento francese*, in A. D'ANGELO (a cura), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., pp. 99 ss.

<sup>62</sup> *Loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

gettivo della donna, ma sarebbe meramente tollerato nei soli casi in cui rappresenti il *male minore*.

Certo, non si nega che dalla nascita indesiderata, dovuta al negligente comportamento di un terzo, possano derivare alla madre difficoltà anche notevoli (si pensi all'insieme di oneri che, normalmente, comunque conseguono alla nascita di un bambino, seppur sano), ma tale pregiudizio viene considerato, proprio in virtù del valore attribuito all'esistenza umana, giuridicamente irrilevante, così come l'interesse invocato dalla donna ritenuto non meritevole di tutela. Il Consiglio di Stato, però, lascia ugualmente aperto uno spiraglio alla liquidazione del pregiudizio da nascita indesiderata: se in genere, infatti, questa non può costituire un danno risarcibile, lo può diventare, d'altro canto, al ricorrere di «*circonstances ou une situation particulière*». In questo modo, si afferma il principio e, contestualmente, ne si prevede l'eccezione: la quale ultima, priva di un'esatta definizione, è però rimessa al prudente apprezzamento del giudice e ad una valutazione condotta caso per caso.

Ciò che differenzia in maniera essenziale tale decisione, relativa ad una semplice interruzione di gravidanza non riuscita, e il più che noto *affaire Perruche*<sup>63</sup> è la volontà dei genitori: in quest'ultima vicenda giudiziaria, infatti, la venuta al mondo del figlio è senz'alcun dubbio desiderata dalla coppia, nella misura in cui, però, il nascituro sia sano. In particolare, la paziente aveva chiaramente manifestato l'intenzione, laddove fosse risultata positiva al virus della rosolia, di interrompere la gravidanza già iniziata.

La decisione *Perruche* pone un problema essenziale, già sopra accennato, relativo all'esistenza di un reale nesso eziologico tra l'*handicap* e la colpa medica. Detto rapporto causale sarebbe stato sicuramente escluso laddove la *Cour de cassation* avesse sposato la tesi di una mera causalità biologica, secondo la quale le malformazioni, estranee ad una negligenza qualsiasi dei sanitari, sarebbero innate ed irrimediabilmente legate al patrimonio genetico del bambino. Al contrario, i giudici di legittimità adottano una nozione di *causalité contractuelle*, in relazione alla quale la colpa medica è eziologicamente connessa alle anomalie del neonato poiché ha

---

<sup>63</sup> Cass. civ., Ass. plén., 17 novembre 2000, *Époux X c/ Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et a.*, n. 99-13701, in *JCP G*, 2000, p. 2293, con rapporto del *conseiller à la Cour de cassation* P. SARGOS, conclusioni dell'*avocat général* J. SAINTE-ROSE e nota di F. CHABAS, *Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero*. A seguito della nascita di un bambino gravemente malato, il medico e il laboratorio di analisi vengono ritenuti responsabili *in solido* per difetto di cure attente e diligenti e per violazione del dovere d'informazione e di consulenza, nonché condannati al risarcimento non solo del danno subito dalla madre, ma anche del pregiudizio sofferto dal figlio. Per converso, cfr. Cass. civ., Ch. I, 9 mars 2004, n. 01-17.277, in *RJPF*, 2004, 10, p. 22, con commento di F. CHABAS, *Rubéole de la mère et naissance de l'enfant: la Cour de cassation entendra-t-elle maintenir sa jurisprudence?*.

impedito alla paziente «d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance de l'enfant atteint d'un handicap». Infatti, come rileva lo stesso *conseiller rapporteur* Pierre Sargos, un ragionamento che individuasse nella rosolia contratta dalla gestante l'unica ragione dell'*handicap* del figlio condurrebbe altresì a riconoscere nel sangue infetto dei donatori la sola causa dell'eventuale contaminazione dei trasfusi. Senza contare che la vita, in sé considerata, non potrebbe *a priori* sempre esonerare dalla fondamentale obbligazione di riparare le conseguenze della propria, negligente condotta, a meno di non voler addirittura liberare da qualsiasi responsabilità il medico che, pur salvando il proprio paziente, gli abbia altresì per sua colpa cagionato lesioni gravemente invalidanti.

Del resto, se il bambino è *terzo* rispetto al rapporto contrattuale intercorrente fra sua madre e il medico, egli gode senz'altro del diritto d'ottenere la riparazione del pregiudizio da lui stesso subito a causa dell'inadempimento dell'obbligazione. Ciò in ragione del principio di *opposabilité du contrat*, in virtù del quale la vittima può ben invocare l'inadempimento contrattuale a sostegno della propria domanda risarcitoria, pur essendo e rimanendo *terza*<sup>64</sup>. Di conseguenza, la Cassazione risarcisce non l'eventonascita (che, altrimenti, dovrebbe considerarsi quale evento-danno), bensì le *conséquences dommageables* derivanti al bambino (e ai di lui genitori) dalla sua stessa venuta al mondo. Si aggira così il dilemma circa la configurabilità di un diritto di non nascere in capo al figlio, altresì fronteggiando, al contempo, l'impellente esigenza di apprestare sollievo, seppur in termini meramente giuridici e creditorî, alla dolorosa vicenda umana del caso di specie.

I francesi non mancano, infine, di confrontarsi con il principio del rispetto della dignità umana, valore che, curiosamente, entrambi i contendenti – i *perruchistes* e gli *antiperruchistes*<sup>65</sup> – portano a mo' di vessillo. *In primis*, si sottolinea quanto sia difficile accettare un ragionamento che individui nella venuta al mondo di un bambino handicappato il pregiudizio arrecato ai genitori da una determinata, negligente condotta sanitaria, allo stesso tempo negando che il medesimo comportamento colposo possa produrre un danno speculare proprio in capo al soggetto nato malformato. Laddove, poi, i genitori muoiano prima di aver agito in giudizio, si perverrebbe all'assurdo del bambino che reclama *iure hereditario* la riparazione del pregiudizio da costoro subito in ragione del suo *handicap* – danno per il quale, invece, egli nulla può pretendere in nome proprio e senza contare, poi, che quanto versato ai suoi familiari in ragione della sua nascita può non essere necessariamente speso a suo beneficio.

---

<sup>64</sup> *Ex pluribus*, cfr. G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Esi, Napoli, 2004, pp. 139 ss.

<sup>65</sup> Per usare le espressioni coniate da O. CAYLA, I. THOMAS, *Du droit de ne pas naître, A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, Parigi, 2002.

L'*affaire Perruche* – è noto – ha lacerato l'opinione pubblica francese con violente e contrastanti reazioni ed emozioni, ha disorientato i partiti politici e fatto tremare gli stessi poteri dello Stato<sup>66</sup>. Fortissima è stata la pressione esercitata su Governo e Parlamento affinché si pervenisse ad una soluzione legislativa. Un'inerzia in tal senso sarebbe stata forse addirittura suicida, a poche settimane dalle elezioni.

Mai, d'altro canto, la *Cour de cassation* (in Assemblea plenaria, peraltro) si era pronunciata a riguardo della medesima problematica così tante volte, in un lasso di tempo così breve e sempre nel medesimo senso<sup>67</sup>. Se è già piuttosto raro che una legge abbia come unico obiettivo di contrapporsi ad una determinata giurisprudenza allo scopo di porvi termine, ancor più straordinario appare l'intento del legislatore di contraddire un orientamento così fermamente e solennemente posto. Peraltro, la sentenza del 17 novembre 2000 è stata da più parti sottoposta ad analisi surrettizie e persino deformanti: non solo si è detto, infatti, che la *Cour de cassa-*

---

<sup>66</sup> *Ex pluribus*, cfr. M. DEGUERGUE, *Le point de vue du publiciste sur l'arrêt Perruche*, in *Gaz. Pal.*, 2002, pp. 664-668; J. EWING, *The Perruche Case*, in *J.L. Fam. Stud.*, 2002, 4, p. 317; D. SALAS, *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu*, in *D. dossier Justices*, 2001, pp. 14 ss.; B. MARKESINIS, *Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche*, in *RTD civ.*, 2001, p. 77; M. FABRE-MAGNAN, *Avortement et responsabilité médicale*, *ivi*, p. 285; C. PICIOCCHI, *L'arrêt Perruche della Cassazione francese: wrongful life actions e tutela costituzionale dell'esistenza. Un dissidio insanabile?*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2001, pp. 677-685; A. TERRASSON DE FOUGERES, *Périssé le jour qui me vit naître*, in *Revue droit sanit. soc.*, 2001, pp. 1-11; Y. SAINT-JOURS, *Handicap congénital. Erreur de diagnostic prénatal. Risque thérapeutique sous-jacent*, in *D.*, 2001, p. 1263, e F. TERRE, *Le prix de la vie*, in *JCP G*, 2000, p. 2267. Più in generale, infine: F.D. BUSNELLI, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 237; *Id.*, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1, pp. 1-25; S. BANAKAS, *Lo Human Rights del 1998 ed i suoi effetti sul diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 31-40; E. TURILLAZZI, *Dialettica bioetica e concretezza giudiziaria sulla tutela giuridica della vita prenatale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, pp. 739-754, e P.G. MONATERI, *Responsabilità extracontrattuale e fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, pp. 699-753. Per un'analisi comparatistica, cfr. M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Esi, Napoli, 2004, pp. 293 ss., e *Id.*, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 589. Cfr., infine, M.A. LOTH, *Courts in Search of Legitimacy: the Case of Wrongful Life*, in *Ius Gentium*, 2007, 13, p. 73; V. HARRANT, N. VAILLANT, *Compensation and Wrongful Life: A Positive Economic Perspective*, in *J. Legal Econ.*, 2006, 13, p. 1, e J.-L. BAUDOIN, *Wrongful life: un aperçu de droit comparé*, in *Familia*, 2005, p. 1175.

<sup>67</sup> Cass. civ., Ass. plén., 13 juillet 2001, nn. 97-17.359, 97-19.282, 97-19.190, 3 arrêts, in *D.*, 2001, p. 2325, con commento di P. JOURDAIN, *Préjudice de l'enfant né handicapé: l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions*; in *JCP G*, 2001, II, p. 10601, con conclusioni di J. SAINTE-ROSE e nota di F. CHABAS, *L'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap*, e in *Gaz. Pal.*, 2001, 255-256, p. 26, con nota di J. GUIGUE, *Responsabilité d'un médecin en cas de naissance d'un enfant handicapé*; Cass. civ., Ass. plén., 28 novembre 2001, 2 arrêts, in *JCP G*, 2002, II, p. 10018, con conclusioni di J. SAINTE-ROSE e nota di F. CHABAS, *Responsabilité des médecins en cas de naissance d'enfants handicapés: la Cour de cassation confirme sa jurisprudence*; in *Resp. civ. assur.*, 2002, p. 31, e in *D.*, 2001, p. 3587.

tion risarcisce il fatto di essere nato e consacra il diritto di non vivere, ma si è addirittura ipotizzato che detta giurisprudenza possa diventare strumento per quei figli che intendano agire contro le proprie madri, perché colpevoli di averli messi al mondo nonostante la conoscenza delle loro malformazioni.

Infine, *le coup fatal* alla giurisprudenza *Perruche* è stato inferto dagli assicuratori, i quali hanno immediatamente annunciato un vertiginoso aumento dei premi. Lo sciopero dei medici ecografisti ne è stato, poi, l'effetto immediato: infatti, affermando che le ecografie sono in grado di rivelare solo il 60% delle malformazioni, questi hanno attaccato una giurisprudenza che li rendeva responsabili, a loro dire, di ciò che non avrebbero davvero potuto individuare<sup>68</sup>. Per contro, ad essere in discussione non è mai stata la possibilità e/o l'opportunità di delineare qui un'ipotesi di responsabilità *sans faute*: tutti i medici condannati, infatti, avevano sempre tenuto condotte colpose, rilevate dai giudici sulla base delle consulenze tecniche. Altrimenti ragionando, invero, si tratterebbe di esonerare una particolare specializzazione sanitaria dall'operatività del principio della responsabilità per colpa, creando e garantendo una vera e propria condizione di privilegio rispetto agli altri consociati e a diverse categorie. Una diagnosi diligente, del resto, è tutt'uno con la corretta, successiva comunicazione degli esiti di tale attività d'indagine, salvo voler addirittura immaginare il dolo del medico che, riconosciuta un'anomalia fetale, volutamente non la riveli alla gestante, magari proprio per evitare che costei si determini in senso abortivo.

«La loi a donc brisé la jurisprudence *Perruche*»<sup>69</sup>. Questo l'esordio pre-scritto, dunque, da Patrice Jourdain per il suo commento, all'indomani dell'approvazione della tanto attesa legge 4 marzo 2002, n. 2002-303. Del resto, l'art. 1 del breve Titolo primo *Solidarité envers les personnes handicapées*<sup>70</sup> (i cui contenuti risultano ancor più enfatizzati dalla collocazione

---

<sup>68</sup> C. CHARBONNEAU, *Etats généraux des échographes et loi "anti-Perruche"*, in *Petites Affiches*, 2002, 5, p. 4.

<sup>69</sup> P. JOURDAIN, *Loi anti-Perruche: une loi démagogique*, in *D.*, 2002, 11, p. 891. V. anche la tavola rotonda del 29/4/2001, organizzata e presieduta da C. Evin, *Arrêt Perruche: Faut-il légiférer?*, in [www.assemblee-nat.fr/cr-cafc/00-01/c0001031b.asp](http://www.assemblee-nat.fr/cr-cafc/00-01/c0001031b.asp). Di opinione diametralmente opposta: A. SERIAUX, *Jurisprudence Perruche: une proposition de loi ambiguë*, in *D.*, 2002, pp. 579-580, e ID., *Perruche et les autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification*, *ivi*, p. 1996. Cfr., infine: J.-M. DE FORGES, *Handicap congénital: le dispositif «anti-Perruche»*, in *Revue droit sanit. soc.*, 2002, pp. 645-654; F. DREIFUSS-NETTER, *L'amendement "Perruche" ou la Solidarité envers les personnes handicapés*, in *Petites Affiches*, 2002, 122, pp. 101-104; F. BOUCQUILLON, *Fin de la jurisprudence Perruche?*, in *Revue droit sanit. soc.*, 2002, pp. 358-367; C. CHARBONNEAU, *Sénat: auditions autour de l'arrêt Perruche*, in *Petites Affiches*, 2002, 3, pp. 4-5; ID., *Etats généraux des échographes et loi "anti-Perruche"*, *ivi*, 5, pp. 4-5, e C. CHARBONNEAU, F.-J. PANSIER, *Vers une «interruption volontaire de la médecine fœtale»?*, in *Petites Affiches*, 2002, 28, pp. 4-5.

<sup>70</sup> Cfr. Y. LAMBERT-FAIVRE, *La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des ma-*

privilegiata di cui godono) non lascia alcun dubbio in proposito: «Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer».

Infatti, se il primo comma dell'art. 1 non osta alla conservazione della giurisprudenza *Perruche* (dal momento che al bambino può comunque spettare la riparazione del pregiudizio derivante dall'*handicap* di cui soffre), detta disposizione, combinata con il testo del secondo comma, contraddice apertamente e definitivamente la posizione adottata dalla *Cour de cassation*. Invero, non solo i medici nulla risponderanno nei confronti dei vari Nicolas Perruche ma, in larga misura, neppure saranno responsabili verso i malcapitati genitori. In primo luogo, infatti, si esclude la possibilità, per costoro, di ottenere un risarcimento del danno corrispondente ai particolari oneri economici derivanti, nel corso della vita del figlio, dall'*handicap* stesso, limitando così il loro diritto alla riparazione del solo pregiudizio

---

*lades et à la qualité du système de la santé. La solidarité envers les personnes handicapés*, in *D.*, 2002, p. 1217. Tale disposizione è oggi confluita nell'art. L. 114-5 del *Code de l'action sociale et des familles*. V. G. MEMETEAU, *La loi du 4 mars 2002 et ses systèmes normatifs*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2013, 47, p. 85; S. PORCHY-SIMON, *Emergence d'une définition de la faute caractérisés dans le contentieux des préjudices liés à la naissance d'un enfant handicapé*, in *D.*, 2012, 10, p. 681, commento a Cass. civ., Ch. I, 16 janvier 2013, n. 12-14.020; A. ROUYERE, *Dualité des juridictions, dualité des droits?*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2013, NS, p. 39; S. HOCQUET-BERG, *Des parents d'un enfant atteint d'un handicap congénital échappent à la loi "anti-Perruche"*, in *Rev. jur. pers. fam.*, 2013, 2, p. 28, commento a Cass. civ., Ch. I, 31 octobre 2012, n. 11-22.756; Y. GUENZOU, *Les querelles doctrinales*, in *RTD civ.*, 2013, p. 47; G. LE NESTOUR DRELON, *Confirmation de l'application dans le temps de la loi anti-Perruche*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2013, 100, p. 23; P. CHEVALIER, *Les suites tirées par la Cour de cassation de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi dite "Anti-Perruche"*, in *Rev. fr. droit adm.*, 2012, 2, p. 364; B. PARANCE, *Affaire Perruche, dernier acte?*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2012, 91, p. 66; C. RADE, *Portée de l'abrogation par le Conseil constitutionnel du 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n. 2005-102 du 11 février 2005*, in *Resp. civ. assur.*, 2012, 3, p. 26; D. VIGNEAU, *La guerre des "trois" aura bien lieu! A propos de l'application dans le temps du dispositif législatif "anti-Perruche"*, in *D.*, 2012, 5, p. 7498; N. MAZIAU, *Constitutionnalité et conventionnalité au regard des motifs de la décision numéro 2010-2 QPC du Conseil constitutionnel: (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, première chambre civile, le 15 décembre 2011 sur le dispositif de la législation "anti-Perruche")*, *ivi*, p. 297; G. LE NESTOUR DRELON, *Application dans le temps de la loi anti-Perruche: dernier acte?*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2012, 90, p. 21; F. MELLERAY, *Divergence de jurisprudence sur les effets dans le temps d'une déclaration d'inconstitutionnalité formulée dans le cadre d'une QPC*, in *Droit adm.*, 2012, 2, p. 56; P. CHEVALIER, *Application dans le temps de la loi "anti-Perruche"*, in *JCP G*, 2012, 4, p. 138; P. DEUMIER, *L'après-QPC de l'anti-Perruche, épisode 1*, in *RTD civ.*, 2012, p. 71; *Id.*, *L'après-QPC de l'anti-Perruche, épisode 2*, *ivi*, p. 75; P. CHEVALIER, *Application dans le temps de la loi "anti-Perruche"*, in *JCP G*, 2011, 52, p. 2556; C. CASTAING, *Premier bilan de la QPC en matière de santé*, in *Gaz. Pal.*, 2011, 308-309, p. 11; X. MAGNON, *Des suites de la censure de la loi anti-Perruche par le Conseil constitutionnel devant le Conseil d'État*, in *RFD const.*, 2011, 88, p. 869, e B. PACTEAU, *Contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité: la loi anti-Perruche en ligne de mire!*, in *JCP A*, 2011, 29, p. 29.

morale. Inoltre, il comma 3 dell'art. 1 richiede la prova di *une faute caractérisée*, la cui definizione è del tutto affidata al potere discrezionale dei giudici di merito, trattandosi di nozione sconosciuta al diritto della responsabilità civile<sup>71</sup>. Laddove, poi, detta "caratterizzazione" della colpa stesse ad indicare nient'altro che una *faute lourde*, allora la novità di questa legge (che si autodefinisce nune tutelare dei diritti degli utenti del sistema sanitario) rappresenterebbe un passo indietro di almeno dieci anni, se si pensa che il *Conseil d'Etat* ha abbandonato il requisito della particolare gravità della colpa già nel 1992<sup>72</sup>.

Inoltre, si è da più parti dimenticato come la posizione adottata dal legislatore non solo rappresenti una scelta dichiaratamente anti-*Perruche* (e si ricordi che le decisioni della *Cour de cassation* hanno un'importanza relativa all'esercizio della medicina nel solo settore privato), ma come questa contraddica altresì la giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, consolidatasi con la decisione *Centre hospitalier régional de Nice c/ Quarez*<sup>73</sup>. I giudici

---

<sup>71</sup> Cfr. Cons. État, 19 février 2003, *M. et Mme Maurice*, nn. 247908, 249524, in *AJDA*, 28 avril 2003, 854, con nota di M. DEGUERGUE, *Une faute caractérisée ouvre droit à réparation des préjudices propres subis par les parents d'un enfant handicapé*, ove s'individua una *faute caractérisée* nello scambio dei risultati delle analisi eseguite su due pazienti. V. anche Adm. App. Paris, 6 octobre 2008, n. 07PA03630, in *AJDA* 2009, 214, con commento di S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Conseil génétique et responsabilité: l'embarassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage*, e D. BERTHIAU, *La faute dans l'exercice médical depuis la loi du 4 mars 2002*, in *Rev. droit san. soc.*, 2007, p. 772. V. Cass. civ., 16 janvier 2013, cit.: «(...) s'agissant d'une échographie, la faute caractérisée est celle qui, par son intensité et son évidence, dépasse la marge d'erreur habituelle d'appréciation, compte tenu des difficultés inhérentes au diagnostic anténatal (...)». V. anche C. CORGAS-BERNARD, *Pour une non-gradation de la faute de diagnostic prénatal*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2013, 106, p. 17, e P. MISTRETTA, *Responsabilité médicale et faute caractérisée: de l'unité des fautes civiles et pénales*, in *JCP G*, 2013, 14, p. 655. Cfr., infine, Cons. État, 7 avril 2016, n. 376080, in *AJDA*, 2016, p. 1583, con commento di C. LANTERO, *La faute caractérisée au sens du dispositif «anti-Perruche»*: «Considérant qu'il ressort du rapport de l'expert désigné (...) que les médecins (...) avaient mis en oeuvre avec diligence tous les moyens disponibles sans parvenir à identifier une pathologie du foetus; que l'expert indiquait notamment que l'absence de détection, lors des échographies, de la fente labiale et de la malposition des pieds trouvait son origine dans la difficulté particulière de ces examens du fait de l'immobilité du foetus et de l'insuffisance du liquide amniotique et ne résultait pas d'une faute; qu'en jugeant, après avoir rappelé les examens pratiqués, que les médecins avaient satisfait à l'obligation de moyens qui pesait sur eux dans la recherche d'une pathologie, si bien qu'il ne pouvait leur être reproché d'avoir commis sur ce point une faute caractérisée, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas dénaturé les faits qui lui étaient soumis et leur a donné une exacte qualification juridique».

<sup>72</sup> Cons. État, 10 avril 1992, *M. et M.me V.*, in *JCP G*, 1992, II, p. 21881, con nota di Y. MOREAU; in *Resp. civ. assur.*, 1992, 197, e in *D.*, 1993, p. 146, con osservazioni di P. BON e Ph. TERNEYRE.

<sup>73</sup> Cons. État, 14 février 1997, n. 13323, in *Rev. droit san. soc.*, 1998, p. 94, con nota di F. MALLOL, *Responsabilité hospitalière: le juge, le préjudice et le handicap mental*; in *D.*, 1997, p. 322, con osservazioni di J. PENNEAU, S. HENNERON, P. BON e D. DE BÉCHILLION, e in *JCP G*, 1997, p. 192, con nota di J. MOREAU. Cfr. P. PIERRE, *Naissance d'un enfant handicapé et droit à indemnisation*, in *Méd. droit*, 1997, 24, p. 19.

amministrativi, infatti, se negano, da una parte, il risarcimento del pregiudizio a favore del bambino<sup>74</sup>, dall'altra non mancano di liquidare a beneficio dei genitori il danno di natura economica.

Certo, la legge prevede che le ingenti spese che la famiglia dovrà sostenere a causa della nascita del figlio malformato *relèvent de la solidarité nationale*, aggiungendo come ogni persona handicappata abbia il diritto, quale che sia la causa delle proprie malformazioni, «à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale».

La *loi anti-Perruche* non tarda, del resto, nel far sentire i propri effetti: si tratta, *in primis*, di Caroline<sup>75</sup>, affetta da miatrofia spinale infantile, la cui malattia non viene diagnosticata a causa della confusione fra i risultati delle analisi del liquido amniotico di due differenti pazienti. Nel dicembre 2001, in conformità alla giurisprudenza *Quarez*, i giudici amministrativi accordano ai genitori una provvisoria di 152.449 euro, tenendo altresì conto del pregiudizio economico costituito dai particolari oneri derivanti dalle condizioni della neonata. Orbene, nel giugno 2002, il giudice d'appello, di fronte ad un nuovo e differente contesto giuridico, non può che considerare il solo pregiudizio morale e conseguentemente riduce la provvisoria ad un decimo di quella originariamente stabilita. A parere del *Conseil d'Etat*, poi, il regime inaugurato dalla *loi Kouchner* non sarebbe affatto in contraddizione con il dettato del Patto sui diritti civili e politici, né con il § 1 dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo o con l'art. 1 del suo protocollo addizionale<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Le conclusioni del commissario del governo Valérie Pécresse così motivano questa scelta: «Nous ne pensons pas qu'un enfant puisse se plaindre d'être né tel qu'il a été conçu par ses parents (...). Affirmer l'inverse serait juger qu'il existe des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues (...)».

<sup>75</sup> Adm. App. Paris, 13 juin 2002, in *D.*, 2002, p. 2156, con nota di M.-C. DE MONTECLER, *Les premiers effets de la loi anti-Perruche*, e in *Petites Affiches*, 2002, 200, pp. 10-18, *La rigueur du principe d'égalité de traitement devant l'handicap: première application de la loi du 4 mars 2002 après l'arrêt Perruche*.

<sup>76</sup> In particolare, si tratta degli artt. 6, § 1, della Convenzione europea: «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)», 13: «Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente convention ont été violés, a droit à un recours effectif devant une instance nationale (...)», e 14: «La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes les autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toutes les autres situations»; dell'art. 1 del protocollo addizionale: «Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans des conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précitées ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (...)»; degli

Legge demagogica, quindi, scrive ancora Jourdain<sup>77</sup>, destinata *non a piacere*, bensì *a non dispiacere*, che compie un clamoroso passo indietro nel riconoscimento del diritto alla riparazione delle vittime. Si tratta, infine, di un provvedimento della cui costituzionalità si potrebbe ragionevolmente dubitare, dal momento che il *Conseil constitutionnel* attribuisce valore costituzionale al principio della riparazione dei danni risultanti da colpa, nonché promuove l'art. 1382 del *Code civil* quale *exigence constitutionnelle*<sup>78</sup>.

Certo, l'equazione neonato-danno appare, di primo acchito, ripugnante, così come la possibilità, per un bambino gravemente menomato, di ottenere, dal sanitario che ha impedito a sua madre di abortire, il risarcimento dei pregiudizi derivanti dal suo *handicap*<sup>79</sup>. Drammatico, d'altronde, resta l'interrogativo che Sargos pone concludendo il suo *rapport*<sup>80</sup>: se sia segnale di maggiore e veritiero rispetto dell'essere umano e della sua vita accordare o negare una riparazione all'handicappato, permettendogli o meno di vivere, quindi, almeno "materialmente", in condizioni le più

---

artt. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: «Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)», e 26: «Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit, sans discrimination, à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinions politiques ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation». Cfr. Cons. État Ass., 6 décembre 2002, *M. et M.me Draon*, n. 250167, in *AJDA*, 17 février 2003, p. 283, con commento di F. DONNAT, D. CASAS, *Le législateur peut fixer des règles nouvelles aux instances en cours*, e in *JCP G*, 2003, p. 285, con nota di P. MALAURIE, *L'handicap de l'enfant: un droit désemparé. A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002*. V. anche *infra*, sub nota 84. V. M.-E. BOURSIER, *La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi anti-Perruche?*, in *Petites Affiches*, 2002, 108, pp. 4-10, e R. CIPPITANI, *Limitazioni alla responsabilità medica nella diagnosi prenatale tra norme costituzionali e norme sovranazionali*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1327.

<sup>77</sup> P. JOURDAIN, *Loi anti-Perruche: une loi démagogique*, cit., p. 892.

<sup>78</sup> Cons. constitutionnel, 9 novembre 1999, n. 99-419 DC, *relative au pacte civil del solidarité*.

<sup>79</sup> *Ex pluribus*: A. SERIAUX, *Perruche et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification*, cit.; G. VINEY, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, in *JCP G*, 2001, p. 65; Ph. JESTAZ, *Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche)*, in *RTD civ.*, 2001, p. 547; M. GORGONI, *Nascere sani o non nascere affatto: verso un nuovo capitolo della storia della "naissance d'enfants sains non désirés"*, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 475; V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 97; P. KAYSER, *Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?*, in *D.*, 2001, p. 1889, e G. MEMETEAU, *L'action de vie dommageable*, in *JCP G*, 2000, p. 2275. Non da ultimo, v. anche O. CAYLA, Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, cit. Cfr., infine, U. POMARICI, *Su alcune interpretazioni dell'idea di persona. A partire dal caso Perruche*, in *Ars interpretandi*, 2015, p. 165.

<sup>80</sup> *Rapport a Cass. civ.*, Ass. plén., 17 novembre 2000, cit.

conformi possibile a dignità, senza essere abbandonato all'aleatorietà degli aiuti familiari, privati o pubblici.

Dall'altra parte, l'*avocat général* presso la *Cour de cassation* Sainte-Rose<sup>81</sup> sottolinea come *l'action de vie préjudiciable* esprima, innanzitutto, un importante bisogno indennitario, strettamente connesso all'insufficienza delle strutture d'accoglienza e degli aiuti previsti per le persone handicappate e solleva il dubbio quanto all'opportunità di «admettre que les résultats d'une décision de justice importent davantage que les moyens de droit utilisés pour y parvenir», nonché perplessità rispetto al ruolo di un giudice palliatore di «carences de la politique sociale». In definitiva, gli straordinari progressi della medicina prenatale avrebbero donato alla coscienza collettiva un immaginario di vera e propria padronanza della sfera procreativa, sino all'acquisizione dell'idea di un diritto al bambino perfetto. Senza contare che la legge del 17 gennaio 1975 sull'interruzione volontaria della gravidanza è stata votata nell'interesse della madre, forse della società, ma non certo a favore del nascituro, così promuovendo, a dispetto del divieto di pratiche eugenetiche, una sorta di preselezione degli esseri umani.

Peraltro, se per Sainte-Rose il bambino nato handicappato costituisce un cruciale problema di giustizia distributiva, cercare di regolarlo e risolverlo con la sola affermazione della responsabilità sanitaria non può che condurre ad un eccessivo aumento dei premi d'assicurazione, nonché al ritiro delle compagnie da tale segmento del mercato. Inoltre, il rischio dell'*handicap* non è certo creato/aumentato dall'attività dei medici, che neppure ne traggono, invero, un profitto qualsiasi: non vi sarebbe alcuna ragione, di conseguenza, perché essi si assumano, soli, il peso della *solidarietà*. Il successo dell'azione del bambino, così come la riparazione integrale del pregiudizio dei genitori, indurrebbe altresì i medici a disertare il campo della diagnosi prenatale, in tal modo impedendo alle donne, in termini generali, di ricorrere all'aborto e provocando (questo sì) l'aumento del numero dei bambini disabili. Infine, definire l'*handicap* quale diretta conseguenza di una colpa medica che non ha consentito l'interruzione volontaria della gravidanza significa semplicemente sostenere che, in assenza della negligenza del sanitario, non vi sarebbe stata alcuna infermità, poiché il bambino sarebbe stato senz'altro abortito: «c'est bien l'aveu que la suppression du malade était la seule méthode envisageable pour éviter la maladie»<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> J. SAINTE-ROSE, *Droit transitoire et suite de la jurisprudence Perruche*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2006, 18, p. 257.

<sup>82</sup> J. SAINTE-ROSE, *Droit transitoire et suite de la jurisprudence Perruche*, cit., p. 258. Cfr. altresì il *Dossier Perruche* sul sito del Senato francese [http://www.senat.fr/evenement/dossier\\_perruche.html](http://www.senat.fr/evenement/dossier_perruche.html), comprensivo delle audizioni pubbliche della *commission des loi du Sénat* relative alla *jurisprudence «Perruche»*, 18 dicembre 2001.

D'altra parte, perché ricorra un pregiudizio riparabile in applicazione delle regole di responsabilità civile, è necessaria l'individuazione, in capo alla vittima, di un diritto soggettivo colposamente leso o, ancora, di un interesse legittimo giuridicamente protetto. Ora, il bambino non gode di alcun diritto violato dalla colpa medica, poiché egli non dispone, evidentemente, di un diritto inedito di venire al mondo in buona salute (che nessuno, del resto, potrebbe mai garantirgli) né di quello di essere abortito, prerogativa riservata alla madre (sulla quale, per converso, certo non grava il dovere di interrompere la gravidanza). L'assenza di pregiudizio quando si è handicappati consiste nell'essere morti: la morte o l'inesistenza di-viene, così, un valore superiore alla vita.

Le difficoltà giuridiche e le aporie rilevate dalla sentenza *Perruche* mostrano bene come l'esigenza indennitaria non possa essere soddisfatta che al prezzo di un *forçage* degli schemi classici della responsabilità civile, quale vero e proprio sostegno a motivi meramente pietistici o equitativi. È innegabile la natura colposa della condotta sanitaria, così come l'*handicap* costituisce, inequivocabilmente, un pregiudizio. D'altra parte, proprio la negligenza del medico ha permesso al bambino di vivere: l'alternativa, dunque, è fra vita handicappata e non-vita. Certo, accordare un ristoro risarcitorio potrebbe condurre ad una triste conclusione, ovvero che esistono delle vite per le quali sarebbe stato meglio non nascere. Proprio dinanzi ad un simile dilemma interviene, inevitabilmente, la scelta ideologica e politica, la quale prescinde dal mero sillogismo giuridico, ben potendo eventualmente decidere di accordare tutela là dove questa è reclamata a gran voce, in quelle ipotesi, certo eccezionali, di esistenze difficili da vivere, «di sofferenze intollerabili, di destini segnati da un dolore permanente»<sup>83</sup>.

## 6. Sulle "disobbedienti" toghe francesi

Il *dispositif anti-Perruche* si applica anche alle controversie pendenti al momento dell'entrata in vigore della legge<sup>84</sup>. In qualche modo, però, è

---

<sup>83</sup> G. ALPA, *L'affaire Perruche*, in A. BRAUN (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, cit., p. 368. Cfr. poi G. ALPA, *Wrongful life: soluzioni controverse*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 65, e G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., p. 8.

<sup>84</sup> «à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation»: cfr. l'art. 2 della *loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, nonché l'*avis* del Conseil d'Etat Ass., 6 décembre 2002, cit. La  *saisine* del Conseil d'Etat avviene ad opera del Trib.adm. Paris, 3 septembre 2002, n. 990668816, in *Petites Affiches*, 2003, 49, p. 17, con le conclusioni del *commissaire du gouvernement* A. GUEDJ, *Loi anti-Perruche: les questions posées au Conseil d'Etat*. V. altresì C. SIANO, *Diagnosi prenatale e responsabilità del medico. L'esperienza italiana e francese*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 99. In particolare, secondo il *Conseil d'Etat*, il *dispositif anti-Perruche* è dettato da «raisons d'ordre éthique», nonché da esigenze di «bonne organisation du

proprio la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>85</sup> a mostrare la strada ai giudici sediziosi: la retroattività della *loi Kouchner* alle istanze in corso viola, infatti, il primo protocollo addizionale alla Convenzione europea

système de santé» e di «traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées». Da ultimo, cfr. anche Cons. constitutionnel, 11 juin 2010, n. 2010-2 QPC, in *D.*, 2010, p. 1976, con nota di D. VIGNEAU, *La constitutionnalité de la loi "anti-Perruche"*, p. 1980, con commento di V. BERNAUD, L. GAY, *Le Conseil constitutionnel face au contentieux du handicap non décelé au cours de la grossesse*, e p. 2086, con commento di J. SAINTE-ROSE, P. PEDROT, *La validation par le Conseil constitutionnel du dispositif "anti-Perruche" et du régime de responsabilité des professionnels et établissement de santé*; in *Petites Affiches*, 2010, 150, p. 4, con nota di F. HAMON, *Le "droit de ne pas naître" devant le Conseil constitutionnel (A propos de la décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010)*; in *Rev. droit san. soc.*, 2010, HS1, p. 127, con commento di R. PELLET, *La décision QPC du 11 juin 2010 du Conseil constitutionnel et l'assurance des praticiens et établissements de santé*; in *JCP G*, 2010, p. 1294, con nota di D. DEL PRETE, *La QPC, une nouvelle victoire des justiciables devant le Conseil constitutionnel*, decisione per la quale la riforma, pur del tutto legittima da un punto di vista costituzionale, non può applicarsi ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore (7 marzo 2002), pena la sproporzionata lesione di un diritto di credito già maturato. *La saisine del Conseil constitutionnel* avviene ad opera di Cons. État, 14 avril 2010, n. 323830, in *Droit adm.*, 2010, p. 43; in *D.*, 2010, p. 1061, con commento di A. LEVADE, *QPC 1, 2 et 3: le Conseil d'État joue le jeu du renvoi!*; in *JCP G*, 2010, p. 868, con commento di M. BERTRAND, *Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'État. A propos des arrêts rendus par le Conseil d'État les 14 et 16 avril 2010*, e in *Rev. droit adm.*, 2010, p. 696, con commento di C. DE SALINS, *La "loi anti-Perruche"*. V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Préjudice de naissance II – Le retour*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2011, 82, p. 41; B. PARANCE, *Dernier épisode de la saga Perruche*, *ivi*, 80, p. 58; N. NEFUSSY-VENTA, *Les "bébés" des arrêts Perruche et Quarez: une espèce en voie de disparition. A propos du jugement du tribunal administratif de Nantes du 7 avril 2010 et la décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010*, in *Droit fam.*, 2010, 12, p. 19; J.-A. ROBERT, S. MAHE, *Le Conseil constitutionnel face au dispositif "anti-Perruche"*, in *Gaz. Pal.*, 2010, 286-287, p. 12; A. ZOLLINGER, *Question prioritaire de constitutionnalité relative à la loi anti-Perruche: la rétroactivité procédurale anticonstitutionnelle*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2010, 36, p. 291, e V. LARRIBAU-TERNEYRE, *A question prioritaire de constitutionnalité, réponse prioritaire*, in *Droit fam.*, 2010, 7, p. 1. Infine, v. Cass. civ., Ch. I, 15 décembre 2011, n. 10-27473, in *Rev. droit san. soc.*, 2012, p. 366, con commento di D. CRISTOL, *L'application dans le temps du dispositif «anti-Perruche»: les monologues de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat*, e in *Rev. gén. droit méd.*, 2012, p. 297, con annotazioni di P. CHAUSSY. Cfr. altresì Cons. État, Ass., 13 mai 2011, nn. 317808 e 329290, in *Rev. droit san. soc.*, 2011, p. 749, con nota di D. CRISTOL, *L'application dans le temps du dispositif «anti-Perruche»: suite et fin du débat?*, e in *Gaz. Pal.*, 2011, 191, p. 21, con commento di A. BRETONNEAU, *Note sous Conseil d'État, Assemblée, 13 mai 2011, requêtes numéros 316734, 317808 et 329290*.

<sup>85</sup> CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n. 1513/03, e *Maurice c/ France*, n. 11810/03, in *JCP G*, 2006, 16, p. 795, con commento di A. ZOLLINGER, *La France doublement condamnée au titre de la loi anti-Perruche*. Cfr. altresì S. MARGUENAUD, J. RAYNARD, *Premiers prolongements européens de l'affaire Perruche (Cour EDH 2<sup>e</sup> sect. 6 juill. 2004, décis. sur la recevabilité Maurice et autres c/ France)*, in *RTD civ.*, 2004, p. 797, e C. DE MONTECLER, *Enfants handicapés: la France condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *AJDA*, 17 octobre 2005, p. 1924. Le due cause si concludono in via transattiva con la liquidazione, rispettivamente, di 2.672.786,02 euro (*Draon*) e 2.440.279,14 euro (*Maurice*): cfr. CEDH, 21 juin 2006, *Draon c/ France*, n. 1513/03, e *Maurice c/ France*, n. 11810/03, *satisfaction équitable et radiation*. Cfr. F. BELLIVIER, *Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la Convention européenne: sous la technique, l'éthique*, in *RTDH*, 2006, 67, p. 667, e S. MONNIER, *Les rapports antagonistes entre la jurisprudence et la loi dans le domaine de la réparation du préjudice lié à la naissance d'un enfant handicapé*, in *Petites Affiches*, 2006, 55, p. 6.

per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Precedentemente all'emanazione della legge "incriminata", le famiglie ricorrenti erano titolari, appunto, di un'*espérance légitime* nutrita da un orientamento giurisprudenziale consolidato e relativa ad un vero e proprio diritto di credito (quale *valeur patrimoniale*) al risarcimento del danno. In questo senso, il legislatore francese avrebbe oltrepassato «le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde du droit au respect des biens»: non può esservi ragionevole proporzione, invero, laddove radicalmente si escluda il danno patrimoniale. Si giocano così le prime mosse di un braccio di ferro che ancor perdura fra potere giudiziario e legislativo.

Peraltro, la Corte europea interviene riguardo alla responsabilità di due strutture sanitarie pubbliche, materia notoriamente di competenza, in Francia, della giurisdizione amministrativa. E non a caso la legittimazione del figlio non è oggetto di disamina: al momento dell'emanazione della legge, infatti, il *Conseil d'Etat*<sup>86</sup> accorda sì riparazione integrale al pregiudizio sofferto dai genitori, ma nega *tout court* ristoro alle pretese risarcitorie avanzate dall'*enfant non désiré*. In tal senso, non può certo vantarsi la lesione di aspettative, là dove mai è esistito ristoro. I giudici amministrativi, del resto, si pronunciano l'anno successivo<sup>87</sup>: seguono a ruota (e alla lettera) le considerazioni di Strasburgo, riaffermano il principio dell'irretroattività della *loi Kouchner* e sfuggono, così, alla sua ghigliottina. Da sempre più disinvolta in tema di *bébé préjudice*, neppure la *Cour de cassation* si lascia sfuggire la ghiotta occasione<sup>88</sup>. Dinanzi alla giurisdizione or-

---

<sup>86</sup> Il *leading case* è Cons. État, 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c/ Quarez*, cit.

<sup>87</sup> Cons. État, 24 février 2006, *M. et Mme Levenez*, n. 250704, in *AJDA*, 26 juin 2006, p. 1272, con commento di S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Le dispositif anti-Perruche: aller-retour Paris-Strasbourg*. Cfr. altresì M.S. DELIANCOURT, *Un centre hospitalier commet-il une faute en ne décelant pas au cours d'une grossesse une anomalie génétique rare?*, in *Rev. droit san. soc.*, 2007, p. 125, nota a Trib. adm. Clermont-Ferrand, 20 juin 2006, n. 0300595. V. anche Cons. État, 31 mars 2014, n. 345812, in *Rev. droit san. soc.*, 2014, p. 542, con comment di D. CRISTOL, *Dernier état des débats sur la temporalité et les règles de fond du dispositif "anti-Perruche"*; in *Gaz. Pal.*, 2014, 157-158, p. 46, con commento di P. ROBERTIERE, *Le Conseil d'État et la loi dite «anti-Perruche»*; in *JCP G*, 2014, p. 1126, con commento di A. ZOLLINGER, *Rétroactivité de la loi "anti-Perruche": lorsque le Conseil d'État redéfinit la notion de "bien"*; in *JDSAM*, 2014, 3, p. 57, con nota di L. MORLET-HAÏDARA, *Handicap de naissance: "Le point sur l'application du dispositif anti-Perruche par les juridictions civiles et administratives"*, e in *D.*, 2014, p. 1578, con commento di C.-E. BUCHER, *Les suites de l'arrêt Perruche. A propos de l'arrêt Centre hospitalier de Senlis du Conseil d'État du 31 mars 2014*.

<sup>88</sup> Cass. civ., Ch. I, 24 janvier 2006, 3 arrêts, nn. 02-13.775, 02-12.260 e 01-16.684, in *Rev. gén. droit méd.*, 2006, 18, p. 257, con avis dell'avocat général J. SAINTE-ROSE, *Droit transitoire*, cit.; in *JCP G*, 2006, 16, p. 800, con commento di A. GOUTTENOIRE, S. PORCHY-SIMON, *Suite de l'affaire Perruche: condamnation de la rétroactivité du dispositif issu de la loi du 4 mars 2002*; in *Gaz. Pal.*, 2006, 43, p. 8, con commento di J. SAINTE-ROSE, *Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 24 janvier 2006, Monsieur Frank X et autres contre Monsieur Pol Z et*

dinaria, *l'espérance légitime* degli attori non si arresta, però, alla completa riparazione del danno subito dai genitori; l'orientamento vincente *ante Kouchner* è l'ipotesi *Perruche*, ovvero il risarcimento integrale anche al figlio.

Uscito dalla porta, Nicolas rientra dalla finestra; più elegantemente, la giurisprudenza *Perruche*, come la fenice, risorge dalle sue stesse ceneri. Gli ermellini d'oltralpe si fan beffe di una legge che li aveva messi a tacere; un paio d'anni e la rivolta rischia d'estendersi a macchia d'olio. Infatti, se nel 2006 l'*action de vie préjudiciable* (*wrongful life*) è accordata nelle *cause pendenti* al momento dell'emanazione della legge, nel 2008<sup>89</sup> è liquidato risarcimento del danno a tutti i bambini semplicemente *nati prima* dell'intervento legislativo (2002), poco importando la data dell'atto di citazione.

Quanto alla sopra menzionata «solidarietà nazionale», la Corte europea rileva le incertezze applicative e contenutistiche che gravemente inficiano l'utilità della (allora recentissima) legge 11 febbraio 2005<sup>90</sup>, così giustifi-

---

*autres, pourvoi numéro 02-13.775*; e in *RTD civ.*, 2006, p. 263, con nota di J.-P. MARGUENAUD, *Soubresaut national de l'arrêt Perruche*. Similmente, v. Cass. civ., Ch. I, 21 février 2006, n. 03-11917, in *Petites Affiches*, 2006, 150, p. 15, con commento di A.-F. ZATTARA-GROS, *Jeux de droits*.

<sup>89</sup> Cass. civ., Ch. I, 8 juillet 2008, n. 07-12.159, in *JCP G*, 2008, p. 23, con *avis* dell'*avocat général* M. MELLOOTTE e nota di P. SARGOS, *Enfant né handicapé: la loi du 4 mars 2002 est inapplicable à l'action en réparation d'un dommage antérieur à son entrée en vigueur*; in *Rev. droit contr.*, 2009, p. 96, con commento di J.-S. BORGHETTI, *Jurisprudence Perruche: le retour de la revanche*; in *Rev. droit san. soc.*, 2008, p. 975, con nota di P. HENNION-JACQUET, e in *D.*, 2008, p. 2765, con nota di S. PORCHY-SIMON, *Refus d'application du dispositif «anti-Perruche» aux dommages survenus antérieurement à la loi du 4 mars 2002*. Al riguardo, v. S. HOCQUET-BERG, *Le dispositif «anti-Perruche» efficace à l'oeuvre*, in *Resp. civ. assur.*, 2014, 2, p. 5; J. TRAVARD, *La résistance de la Cour de cassation à l'article «anti-Perruche» de la loi du 4 mars 2002*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2014, 50, p. 227, e C. YUEGO, *Le temps de la revanche dans le contentieux du handicap non décelé pendant la grossesse après la loi du 4 mars 2002*, in *Gaz. Pal.*, 2009, p. 59. Similmente, cfr. Cass. civ., Ch. I, 30 octobre 2007, in *Gaz. Pal.*, 2008, p. 304, con *avis* dell'*avocat général* J.-D. SARCELET; *ivi*, p. 975, con nota di B. CERVEAU, *Indemnisation du préjudice d'un enfant né handicapé: conditions d'application de la loi dans le temps*, e in *Rev. contr.*, 2008, 3, p. 909, con commento di A. MARAIS, *Refus d'application des dispositions rétroactives de la loi du 4 mars 2002 aux dommages concernant des enfants handicapés nés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, même si la demande en justice a été introduite postérieurement*, e Cass. civ., Ch. I, 27 novembre 2008, n. 07-15.963, in *JCP G*, 2009, p. 25, con nota di L. MORDEFROY, *Une doute diagnostique crée une obligation de recourir à un tiers compétent*. V., infine, Cass. civ., Ch. I, 14 novembre 2013, n. 12-21.576, in *D.*, 2013, p. 2694, con commento di M. DELOUVEE, *Enfant né handicapé: conventionnalité du dispositif de la loi du 4 mars 2002*, e in *Gaz. Pal.*, 2014, 22-23, p. 23, con nota di N. BLANC, *Conventionnalité de l'article L. 114-5 du CASF: suite et fin de la saga Perruche?*, e Cass. civ., Ch. I, 15 octobre 2009, n. 07-20.129, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2009, 66, p. 23, con commento di J.-P. BUGNICOURT, *Application immédiate du dispositif anti-Perruche: il faut savoir renoncer à renoncer!*, e in *Resp. civ. assur.*, 2009, 12, p. 24, con nota di C. RADE, *Enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse*.

<sup>90</sup> *Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances*, cit., a proposito della quale cfr., da ultimo, E. BOGALSKA-MARTIN, *Politiques et structures médico-sociales*.

cando, fra l'altro, la decisione di "resuscitare" il precedente orientamento giurisprudenziale. Ora, si consideri come già nel 2006 tali perplessità non abbiano più ragion d'essere: i decreti applicativi sono stati emanati, l'erogazione a favore delle persone handicappate di una *prestation de compensation* (integrativa rispetto alla preesistente *allocation d'éducation spéciale*) è garantita ed effettiva. Certo, si è lontani dal *quantum* risarcitorio (un tempo) conseguibile in via giudiziaria; d'altra parte, intento della *loi Kouchner* è proprio quello di frenare riparazioni pantagrueliche. Fatto sta, però, che né la *Cour de cassation* né il *Conseil d'Etat* valutano mai alla luce delle disposizioni del 2005 la "sproporzionata" lesione dell'*espérance légitime*, neppure menzionando il ristoro concretamente apprestato dalla solidarietà nazionale.

Infine, riguardo al pregiudizio subito *par ricochet* dagli eventuali fratelli/sorelle maggiori di Nicolas Perruche, poiché il legislatore non esclude "espressamente" tale liquidazione, può ben esser loro riconosciuto il danno non patrimoniale derivante dal quotidiano assistere alla sofferenza dei due genitori, nonché dal tempo e dalle energie loro sottratti (in termini di cure, in termini di affetto) a séguito della nascita indesiderata<sup>91</sup>. Potrà persino disporsi risarcimento per la separazione dei genitori, avvenuta poco tempo dopo la malaugurata venuta al mondo dello sfortunato fratellino e almeno in parte a questi imputabile<sup>92</sup>. Peraltro, tali considerazioni si sottopongono ad una duplice lettura: da un parte, si ripete il sofisma di riconoscere a taluni un pregiudizio, invece negato a chi per primo e direttamente lo subisce; dall'altra, la riparazione del danno sofferto da soggetti "altri" ben si presta quale strumento di astuta ribellione nelle mani dei *perruchistes*.

D'altro canto, alla disapplicazione del *dispositif anti-Perruche* non consegue una riparazione sistematica ed automatica. *In primis*, già l'orientamento giurisprudenziale che prima del 2002 prosperava e tanto scandalizzava<sup>93</sup> sanciva per gli attori l'onere di provare che la donna, laddove correttamente informata circa le condizioni di salute del feto, avrebbe effettivamente optato per la scelta abortiva, nonché la necessaria dimostrazione della sussistenza delle condizioni normativamente richieste ai fini di un'interruzione volontaria della gravidanza. Inoltre, è lo stesso *Conseil d'Etat*<sup>94</sup> a negare, per una medesima fattispecie, non solo l'applicazione

---

*Précisions en matière de compensation des conséquences du handicap*, in *Gaz. Pal.*, 2008, p. 1481.

<sup>91</sup> Cfr. S. CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*, in *Danno e responsabilità*, 2013, pp. 156 s.

<sup>92</sup> Esattamente in questi termini, cfr. Trib. Reims, 19 juillet 2005, *Juris-Data* n. 281292, in *Droit fam.*, 2005, p. 39, con commento di D. VIGNEAU, *Tout fait de naissance avec handicap, qui cause à autrui un dommage, oblige le médecin par la faute duquel il est arrivé, à le réparer?*.

<sup>93</sup> Cfr. Cass. civ., 13 juillet 2001, cit.

<sup>94</sup> Conseil d'Etat, 24 février 2006, cit.

della legge n. 303/2002, ma anche (infine) la possibile individuazione di una qualsiasi responsabilità in capo ai convenuti, alcuna colpa essendo ravvisabile nell'operato del servizio pubblico ospedaliero.

Peraltro, è evidente come obiettivo principio del legislatore sia l'esatta dissociazione tra i pregiudizi legati alla nascita, liquidabili secondo le regole di *droit commun*, e quelli connessi all'*handicap*, indennizzabili grazie alla solidarietà nazionale. Al riguardo, vero è che l'errore (colposo) del medico cagiona la nascita, non l'*handicap*. Nondimeno, la *Cour de cassation*<sup>95</sup> ritiene che la condotta del radiologo, poiché ha impedito alla paziente di adottare una scelta consapevole, «est en relation directe avec l'intégralité du préjudice en résultant, lequel n'est pas constitué par une perte de chance».

S'è visto come l'astuzia della *perte de chance*<sup>96</sup> supplisca ad un'incertezza quanto al nesso eziologico, ogniqualvolta l'attore sia stato privato della possibilità di beneficiare dell'eventuale esito favorevole di un processo il cui risultato non è completamente determinabile e laddove il naturale svolgimento di tale sequenza causale sia stato impedito od ostacolato dal convenuto stesso. Ora, non è questo il caso: se avesse conosciuto le anomalie fetali la signora avrebbe abortito (la sua intenzione di effettuare, eventualmente, un'interruzione di gravidanza era già stata palesata) e avrebbe potuto abortire (ricorrevano le condizioni normativamente previste). In questo senso, non v'è incertezza; grande indeterminatezza sussiste, per contro, riguardo alla rilevabilità stessa delle malformazioni<sup>97</sup>, anche nell'ipotesi di maggiore accuratezza delle indagini diagnostiche. Potrebbe così ipotizzarsi, allora, una perdita di *chance* al conseguimento di una diagnosi sufficientemente precisa, proprio perché appare impossibile sapere se le ecografie – laddove, in ipotesi, eseguite – avrebbero (o meno) svelato l'*handicap*: la colpa del medico ha interrotto il processo suscettibile (forse) di condurre la madre ad una scelta perfettamente consapevole<sup>98</sup>. Da ultimo, poi, questo tasso d'ineliminabile incertezza è stato addirittura

---

<sup>95</sup> Cass. civ., 8 juillet 2008, cit.

<sup>96</sup> Cfr., da ultima: App. Chambéry, 16 décembre 2008, in *JCP G*, 8 avril 2008, p. 54. A proposito della perdita di *chance* in ambito sanitario, cfr. L. Nocco, *Le concause naturali fra diritto e politica ... del diritto*, e C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, entrambi in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, 2008, rispettivamente I, p. 635, e II, p. 355. Risolve in termini di *perte de chance* anche Trib. Reims, 19 juillet 2005, cit.

<sup>97</sup> Durante la gravidanza, è possibile individuare simili patologie fetali solo nel 30-66% dei casi. Cfr. J. BICHOT, *Le risque responsabilité civile du gynécologue obstétricien: problèmes et solutions*, in *Rev. droit san. soc.*, 2007, p. 96.

<sup>98</sup> D'altronde, ricorre qui anche un problema d'informazione. Trattasi, infatti, di gravidanza gemellare: sin dall'inizio viene diagnosticata l'anencefalia e la non vitalità di uno dei due bambini, mentre non si fornisce alla madre alcuna indicazione circa il rischio (statisticamente importante) che anche l'altro figlio sia affetto da una grave patologia.

messo nero su bianco dallo stesso legislatore, in Francia: così, l'art. L. 2131-1 del *Code de la santé publique*<sup>99</sup>, dopo aver nel dettaglio disciplinato il percorso e le procedure di una diagnosi prenatale, arriva a puntualizzare che, laddove sia eseguita un'ecografia ostetrica, alla paziente viene precisato, in particolare, «que l'absence d'anomalie détectée ne permet pas d'affirmer que le fœtus soit indemne de toute affection et qu'une suspicion d'anomalie peut ne pas être confirmée ultérieurement».

## 7. Gli italiani non fanno la rivoluzione francese

Nel 2012, la Suprema Corte italiana<sup>100</sup> non solo considera l'opzione

<sup>99</sup> Così modificato dalla *loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*.

<sup>100</sup> Cass. civ., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 139, con commento di S. CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*; in *Corr. giur.*, 2013, p. 59, con nota di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 335, con nota di P. FRATI, M. GULINO, S. ZAAMI, E. TURILLAZZI, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*; in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 474, con nota di G. SALITO, P. STANZIONE, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*; in *Giur. it.*, 2013, p. 1052; con commento di L. COPPO, *Doveri informativi e natura dell'obbligo di diagnosi prenatale*; in *Vita not.*, 2013, p. 493, con nota di G.A. PARINI, *"Revirement" della Suprema Corte in materia di mancata diagnosi prenatale della malformazione e pretese risarcitorie del bambino nato malato e dei suoi fratelli*; in *Giur. it.*, 2013, p. 809, con nota di D. CARUSI, *"Revirement" in alto mare: il "danno da procreazione" si "propaga" al procreato?*; *ivi*, p. 813, con commento di G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*; in *Giur. mer.*, 2013, p. 729, con nota di P.A. DE SANTIS, *La tutela giuridica del nascituro ed il diritto a non nascere se non sano*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 198, con commento di E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 148, con nota di M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*; in *Foro it.*, 2013, I, p. 204, con commento di A.L. OLIVA, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: la legittimazione attiva spetta anche a chi nasce con malformazioni*; in *Dir. fam. pers.*, 2013, I, p. 120, con commento di E. GIACOBBE, *"Sul miserabile ruolo del diritto ... non altro. Non oltre". Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa*; in *Contr.*, 2013, p. 563, con commento di N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico*; in *Dir. giust.*, 2012, p. 845, con commento di E. BUSCAGLIA, *Il minore nato con una malformazione congenita è legittimato ad agire iure proprio per il risarcimento del danno*; in *Riv. AIC*, 13 giugno 2014, con commento di M. D'AMICO, *Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di cassazione (n. 16754 del 2012)*; in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1488, con nota di G. BALLARANI, *La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte*; *ivi*, p. 1303, con nota di A. PUTIGNANO, *La responsabilità contrattuale del medico per l'omessa informazione alla gestante e violazione della libertà di autodeterminazione della donna*; in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1022, con commento di M. GERBI, E. MAZZILLI, *Dalla "vis expansiva" dell'azione di "wrongful birth" al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo "stato funzionale di infermità" come lasciapassare per l'esplicito accoglimento dell'azione di "wrongful life"*; in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 492, con nota di A. MASTRORILLI, *"To be or not to be": comparare l'incomparabile*; in *Jus civ.*, 2013, p. 30, con commento di E. VILLA, *Negligenza diagnostica e tutela risarcitoria del nato malformato*; in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 905, con commento di R. LANDI,

abortiva, a fronte della malformazione, «corrispondente a regolarità causale», ma altresì ritiene l'ipotesi di un futuro mutamento di decisione, da parte della gestante e rispetto alle intenzioni originariamente espresse, re-legabile alla dimensione dell'improbabile, ovvero del "giuridicamente irrilevante". Di conseguenza, nell'ipotesi di una chiara manifestazione della volontà d'interrompere la gravidanza, la corte delinea una presunzione che esclude la prova contraria; per il resto, invece, la mera richiesta di accertamento diagnostico configurerebbe una presunzione solo semplice, dinanzi alla quale il convenuto può, contestandola, richiedere la precisa dimostrazione delle determinazioni femminili al ricorrere di una corretta informazione medica. In particolare, tale, mero indizio isolato (né grave né univoco) rispetto alla *disponibilità* ad abortire (qui il problema sta tutto nella volontà) necessiterebbe altresì di essere «processualmente colorato», per il tramite o del vaglio giudiziale, che ritenga tale presunzione semplice sufficiente, nel caso concreto, alla dimostrazione del fatto (scelta abortiva) oppure, in mancanza, grazie ad elementi ulteriori adottati, ad integrazione, da parte attrice – quale parte "vicina", appunto, alla prova di cui si discorre. In particolare, il peso specifico di tale *praesumptio hominis* può strettamente dipendere, per esempio, dalla gravità della malformazione in causa, dai «fatti così come narrati», dalle «circostanze come di volta in volta evidenziate», dalle stesse «qualità personali delle parti agenti e resistenti»<sup>101</sup>, nonché – come statuiranno tre anni dopo le stesse Sezioni Unite<sup>102</sup> – da «pregresse manifestazioni di pensiero (...) sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto». In questo senso, è la gestante ad allegare e dimostrare i presupposti della fattispecie facoltizzante (*onus incumbit ei qui dicit*), senza che alcuna presunzione legale possa anche solo parzialmente esimerla da tale onere; per contro, s'è detto, l'esistenza di una precedente, espressa ed inequivoca sua volontà d'interrompere la gravidanza in caso di malattia del figlio garantisce – questa sì – il delinarsi di una presunzione *iuris et de iure* riguardo all'opzione abortiva e, quindi, alla rilevanza eziologica dell'inadempimento rispetto alla nascita del bambino disabile<sup>103</sup>.

---

*Responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale di una patologia genetica. "Un nouvel arrêt de provocation"?*, e in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 2119, con nota di L. FAMULARO, *La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche*. Cfr. altresì C.A. MUSSI, *Nascita indesiderata per omessa diagnosi di malformazioni del feto e risarcimento del danno "iure proprio" del nascituro*, in *Contr.*, 2014, p. 293; M. GERBI, I. SARDELLA, *Il danno alla persona derivante da attività sanitarie*, in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 1221, e L. VACCA, *L'equivoco "danno da nascita indesiderata": il revirement della Suprema Corte. Responsabilità civile*, in *Banca Dati De Jure, Fonti del Diritto – Agg. Cod. civ. di P. Rescigno*, 2012, p. 200.

<sup>101</sup> Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

<sup>102</sup> Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2015, cit.

<sup>103</sup> Cfr. Cass. civ., 10 novembre 2010, n. 22837, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 468, con nota di E. PALMERINI, *Il "sottosistema" della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale*; in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 408,

La scelta di portare a termine la gravidanza – è noto – appartiene normativamente alla sola potenziale e futura madre: nondimeno, beneficiari dell'obbligo risarcitorio sono tutti i soggetti protetti dal rapporto contrattuale instauratosi fra medico e gestante, nei cui confronti soltanto, però, la prestazione è dovuta. Nel caso di specie, si tratta non solo del padre, ma anche delle sorelle della bambina "indesiderata": queste ultime, in particolare, soffrirebbero di un danno non patrimoniale conseguente ad un' inferiore disponibilità, nei loro confronti, dei genitori, con i quali godono di un rapporto sicuramente improntato ad una minore «serenità e distensione», anche a prescindere dalle esigenze assistenziali e dalle responsabilità inevitabilmente destinate, nel futuro, ad insorgere e configurarsi, quando il padre e la madre non saranno più in grado di occuparsi della figlia più sfortunata. Orbene, se il marito è da tempo "terzo" nei cui confronti si esplicano felicemente gli effetti protettivi di tale contratto<sup>104</sup>, è la prima volta che, in Italia, tale medesima protezione e legittimazione viene estesa agli altri figli, fratelli e sorelle del neonato.

Ecco, due sono le perplessità. La prima: il valore accordato, nel tentativo di esplicitare e predeterminare le regole del gioco probatorio, alla dichiarazione che si vuole abortire, se il bambino non è sano. Certo, l'indagine sul nesso causale è poco meno di un rebus, in questi casi: ciò non toglie, però, che ricavare senz'altro una presunzione assoluta di ricorso all'intervento abortivo da una simile affermazione, esternata quando la gestante ancora nulla sa e niente ha ponderato, appare scelta dinanzi alla quale un'esitazione, quantomeno, è d'obbligo.

---

con nota di P. VALORE, *Diritto all'interruzione di gravidanza: obblighi informativi e responsabilità*, e in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 387, con commento di R. SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*, ove dichiarare che ci si sarebbe avvalsi della facoltà d'interrompere la gravidanza è sufficiente ad affermare, nei termini di un'implicita allegazione, l'ipotetica sussistenza delle condizioni normativamente previste. Peraltro, solo nell'ipotesi in cui il convenuto ciò contesti, negando che la donna avrebbe potuto o voluto abortire, si configura – allora – una specifica esigenza probatoria in ordine a tali fatti (*id est*, la natura della decisione e la possibilità normativa di attuare tale determinazione). In termini difforni, cfr. Cass. civ., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27528, in *Giur. it.*, 2014, p. 1587, con commento di L. COPPO, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale*, e Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1499, con commento di M. DELLA CORTE, *Nascita indesiderata per omessa diagnosi: onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile*; in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 1072, con nota di C. TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di cassazione*; in *Fam. dir.*, 2013, p. 1095, con commento di C. AMATO, *Omessa diagnosi prenatale: regime dell'onere probatorio e rilevanza dell'obbligo informativo*; in *Jus*, 2014, p. 583, con commento di F. ZECCHIN, *Errore diagnostico e "wrongful birth": nuovi principi per la responsabilità medica?*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 653, con nota di R. PUCELLA, *Legittimazione all'interruzione di gravidanza, nascita "indesiderata" e prova del danno (alcune considerazioni in merito a Cass., 22.3.2013, n. 7269)*.

<sup>104</sup> Il quale vanta, a séguito dell'inadempimento del medico, un danno diretto ed immediato, non riflesso (o "di rimbalzo", indiretto e mediato), perché unicamente derivante dal danno biologico subito dalla moglie: cfr. Cass. civ., 1° dicembre 1998, n. 12195, cit.

La seconda perplessità riguarda proprio i fratelli. Diversamente che in Francia<sup>105</sup>, la tutela contrattuale viene elargita a quei soggetti che si trovano in una posizione di prossimità “qualificata” rispetto alla prestazione sanitaria e al comportamento pregiudizievole: in particolare, questi “terzi” sono legati alla parte creditrice e danneggiata da un rapporto di parentela, destinatari altresì degli obblighi di protezione da cui il medico è gravato contestualmente all’esecuzione della prestazione principale (l’assistenza diagnostica circa la salute fetale). Il rischio è quello, *in primis*, di una moltiplicazione senza fine dei danni liquidabili: senza andare troppo lontano, infatti, non si vede perché sotto l’ombrello contrattuale non si possano riparare anche i quattro nonni, destinati – in ipotesi – ad accudire una nipotina disabile, nei pomeriggi lavorativi dei due genitori. Non si vuole qui nemmeno utilizzare, peraltro, l’argomento della dignità umana o della serenità degli equilibri familiari, su cui pure si potrebbe spendere qualche parola<sup>106</sup>. Solo, trattasi di un inadempimento e di un danno estremamente particolari e specifici, ove l’incidenza della colpa medica sul pregiudizio realizzatosi (la nascita di un essere umano affetto da patologie invalidanti) può ricostruirsi solo con grande difficoltà e in maniera sofisticata, per l’impossibilità di determinare sia cosa *davvero* avrebbe deciso la donna sia se la sussistenza dei presupposti di legge sarebbe stata *realmente* riconosciuta. D’altra parte, la condotta colposa del ginecologo ha violato un’autodeterminazione, la cui stessa esplicazione (già naturalmente non prevedibile con esattezza) non sarebbe stata comunque libera, bensì eterodiretta. Pertanto, l’affastellarsi di tutte queste incognite in un’unica fattispecie sarebbe da solo un buon motivo per ritenere che la coperta contrattuale non debba forse essere così lunga, pena un eccesso di zelo risarcitorio da parte giudiziale. A voler ammettere altrimenti, il contratto che obbliga il medico è stato stipulato con l’intero nucleo familiare (e nemmeno per forza nel senso di famiglia *nucleare*) e il suo inadempimento è suscettibile di coinvolgere e sconvolgere l’esistenza di soggetti anche non conviventi con il neonato, al quale, eventualmente, neppure sono legati da vincolo di parentela, bensì da una mera consuetudine di vita e di affetti; la frontiera, allora, sarebbe segnata dal solo art. 1225 c.c. Certo, assicurare esclusivamente alla madre il cappello contrattuale e relegare qualsivoglia altro soggetto nell’angolo dell’aquiliano produce esiti infelici riguardo alle pretese del padre, così condannato ad un fardello probatorio, in punto di causalità, troppo gravoso – e senz’altro privo di facilitazioni d’ordine presuntivo. La sistematica frustrazione delle richieste risarcitorie paterne, sempre considerata la peculiarità della fattispecie, non sarebbe certo accettabile: coerenza vorrebbe, allora, che il trattamento “di favore” accordatogli, al

---

<sup>105</sup> V., per esempio, C. PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, cit.

<sup>106</sup> Cfr. B. EDELMAN, *Qu’est devenu la personne humaine?*, in *Rev. fr. théorie phil. cult. jur.*, 2013, 55, p. 129, e IDEM, *L’arrêt “Perruche”: une liberté pour la mort?*, in *D.*, 2002, 30, p. 2349.

contempo negato agli “altri terzi”, trovi giustificazione sia nel suo coinvolgimento (solitamente) nella scelta “maternità” sia nei doveri di cui l’ordinamento lo grava nei confronti del figlio. In questo senso, il padre sarebbe terzo sì, ma “più qualificato” rispetto ad altri, con l’unico rischio di generalizzare e banalizzare situazioni e relazioni che, molto probabilmente, non meritano tale trattamento: non tutti gli uomini, infatti, partecipano nello stesso modo ad una decisione procreativa e nemmeno tutti si dedicano alla cura della prole con pari assiduità e dedizione.

La – tentata, e poi fallita: è un *arrêt de provocation*, questo, destinato a vivere, come le rose, un giorno solo – “rivoluzione francese” dei giudici di legittimità, però, sta nel risarcimento del bambino venuto al mondo e che al mondo non sarebbe dovuto venire. Peraltro, una delle ultime pagine del *feuilleton Perruche* riguarda una fattispecie sì estranea alla responsabilità sanitaria, ma comunque in grado d’insidiare l’interprete con simili interrogativi giuridici. Il bambino nasce da uno stupro, da un incesto<sup>107</sup>: la madre esercita un’azione civile, in rappresentanza del figlio, per il risarcimento del danno non patrimoniale cagionato dalla conoscenza delle circostanze e modalità del suo concepimento. Ancora una volta, nessuna speranza per il *dispositif anti-Perruche*: la *Cour de cassation* liquida. Eppure, i problemi son gli stessi, né la legge limita la propria applicazione agli illeciti di natura sanitaria: certo, il medico non ha provocato la disabilità, mentre la violenza ha cagionato direttamente il pregiudizio di cui si discorre (il danno morale); per il resto, l’alternativa è la medesima, poiché il figlio incestuoso deve la propria nascita al reato commesso dal padre (altrimenti mai sarebbe stato concepito né avrebbe visto la luce), così come il neonato handicappato è stato messo al mondo grazie ad una negligenza professionale (altrimenti sarebbe stato abortito).

In Italia, la Corte di cassazione non risarcisce la nascita né la vita, bensì la *vita handicappata* e la situazione esistenziale derivantene, «lo stato funzionale di infermità»<sup>108</sup>; allo stesso modo, per i francesi il pregiudizio oggetto di riparazione non è il mero fatto della nascita (pena la scure della *loi Kouchner*), ma la sofferenza psicologica cagionata dalla conoscenza della violenza legata al proprio concepimento, nonché l’irrimediabile perdita del rapporto di filiazione di parte paterna. Similmente, poi, è il *Conseil d’Etat* a liquidare il danno biologico sofferto dal bambino nato a seguito di fallito intervento abortivo, laddove dall’operazione mal riuscita gli siano derivate gravi malformazioni (asportazione di un arto inferiore), ol-

---

<sup>107</sup> Cass.crim., 23 settembre 2010, nn. 09-82438 e 09-84108, in *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 2011, p. 1574, con note di richiami, *L’enfant né d’un viol ... naître ou ne pas naître encore en question*; in *RTD civ.*, 2011, p. 132, con nota di P. JOURDAIN, *La réparation du préjudice moral de l’enfant né d’un viol ou l’esprit de la jurisprudence Perruche*, e in *Petites Affiches*, 2010, 260, p. 9, con commento di A. CAYOL, *Le préjudice résultant d’une naissance à la suite d’un inceste*.

<sup>108</sup> Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

tre che, però, la *chance* stessa di venire al mondo<sup>109</sup>: nessun dubbio quanto all'apporto causale; l'integrità fisica è nuovamente coinvolta e compromessa, a fronte di una condotta, però, senz'altro non dolosa.

Nel caso di Nicolas Perruche, s'è visto come la *Cour de cassation*<sup>110</sup> non dichiara mai di voler risarcire il pregiudizio derivante dalla nascita, bensì quello che dal solo handicap proviene, nonostante la condotta colposa del medico non sia eziologicamente connessa alla malformazione, ma – ancora una volta – alla mera venuta al mondo del piccolo. Per contro, l'azione dello stupratore o del sanitario che sbaglia ad eseguire l'intervento abortivo cagiona sia la nascita sia il danno (diverso dalla nascita); ma il dilemma è il medesimo, poiché la reintegrazione dello *status quo ante* non è immaginabile: l'eliminazione del comportamento riprovevole riporta il neonato nel limbo di chi non esiste. In definitiva: in entrambe le ipotesi, non è possibile dissociare il pregiudizio "diverso dalla nascita" dalla nascita stessa, poiché bisognerebbe non esser nati, per non subire il primo; d'altra parte, se la condotta dello stupratore è indicibilmente più terribile di quella del medico negligente, il pregiudizio cagionato è molto meno grave di un handicap fisico (il quale affligge la quotidianità della vittima in maniera certo più considerevole di una sofferenza solo morale) e il nesso eziologico, in un certo senso, meno ambiguo (benché, anche in questo caso, la donna avrebbe potuto abortire, la sofferenza è stata direttamente provocata dallo stupratore e nulla ha a che fare con i geni del nascituro).

In Francia, è un problema anche di fonti del diritto: di un Parlamento che interviene *ad hoc*, dinanzi ad un orientamento giurisprudenziale che non condivide affatto; della conseguente insubordinazione delle corti, che con eleganti circonvoluzioni disobbediscono al dettato legislativo. In Italia, peraltro, la Cassazione segue e richiama (specie gli *obiter dicta*) di un'altra recente pronuncia di legittimità<sup>111</sup>, con la quale si risarcisce al figlio il danno derivante dall'uccisione del padre, avvenuta nel corso della gestazione: e ciò senza accordare una specifica soggettività giuridica al nascituro già concepito<sup>112</sup>, bensì qualificando quest'ultimo mero oggetto di protezione da parte dell'ordinamento e titolare, dal momento della nascita, di un diritto di credito da lesione del rapporto parentale. In questo senso, si tratta sempre della «propagazione intersoggettiva degli effetti

---

<sup>109</sup> Cons. État, 27 septembre 1989, n. 76105, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>110</sup> Cass. civ., Ass. plén., 17 novembre 2000, cit.

<sup>111</sup> Cass. civ., Sez. III, 3 maggio 2011, n. 9700, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1272, con nota di E. PALMERINI, *Il concepito e il danno non patrimoniale*; in *Corr. giur.*, 2012, p. 384, con commento di M. SUPPA, *Risarcimento del danno anche al concepito nato dopo la morte del padre nell'incidente stradale*; in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 1170, con commento di A. GALATI, *Uccisione del padre e danno al nascituro*, e in *Fam. dir.*, 2011, p. 1103, con nota di P. PISANO, *Lesione del rapporto parentale e tutela aquiliana del concepito successivamente nato*.

<sup>112</sup> In questo senso, invece, v. Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

diacronici dell'illecito»<sup>113</sup>: nel caso di perdita del genitore, la vittima “primaria” è, naturalmente, il padre (e la responsabilità è solo extracontrattuale); in caso di mancata diagnosi prenatale, invece, questa è la madre, ma l'inadempimento può essere fatto valere dal marito come dal figlio disabile, in qualità di soggetti terzi parimenti protetti dal rapporto medico/gestante (e l'ipotesi è di cumulo o concorso di responsabilità)<sup>114</sup>. Così, è solo con l'acquisto della capacità giuridica che il bambino acquista il diritto alla liquidazione del suo pregiudizio alla salute (l'handicap): certo, non sussiste un nesso di causalità biologicamente inteso, ma solo un'eziologia giuridicamente rilevante, ove l'inadempimento ha comunque cagionato una quotidianità afflitta dalla malattia.

D'altra parte, il *revirement* italiano non riesce a demolire in maniera convincente gli argomenti contrari ad una scelta risarcitoria in favore del nuovo nato: il danno quale perdita rispetto ad uno stato anteriore (ed incomparabilità, quindi, fra essere e non essere); la titolarità del diritto di non nascere (o, che è lo stesso, a non nascere handicappato o a non vivere handicappato), il quale apparterebbe ad un “soggetto” solo in caso di sua violazione – quando, in definitiva, non può essere più fatto valere. L'intento, peraltro, è encomiabile, il risultato meritorio: tramutare il dolore in denaro, alleviare una condizione umana di difficoltà gravissima, di perenne sofferenza, affrontare, molto pragmaticamente, la questione dell'*handicap*, laddove quella della nascita non riveste più interesse alcuno. Si tratta, inoltre, di superare l'*absurdum* di liquidare tutti fuorché colui che vive la malformazione in prima persona, anche ai fini della certezza che il risarcimento così apprestato sia utilizzato ad esclusivo beneficio del bambino, senza mediazione di terzi.

*Il fine giustifica i mezzi*; peraltro, è altresì lecito modificare l'angolazione tradizionalmente favorita, scegliere l'obiettivo da conseguire (risarcire) e dismettere alcune delle consuete categorie dogmatiche, evitando forzature dagli esiti insoddisfacenti. La gravità e il pressapochismo della condotta del medico, la serietà delle malformazioni pure possono giustificare un utilizzo “funzionale” del nesso causale, dichiaratamente asservito

<sup>113</sup> Sul punto, anche per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinari, sia qui consentito rinviare a S. CACACE, *Identità e statuto dell'embrione umano: soggetto di diritto/oggetto di tutela?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1735. V. altresì Cass. civ., Sez. III, 21 gennaio 2011, n. 1410, in *Banca Dati De Jure*, che esclude la risarcibilità del danno non patrimoniale in favore di una sorella del defunto, concepita ma non ancora nata al momento del decesso.

<sup>114</sup> Similmente, è altresì terzo protetto dal contratto medico/gestante, nonché titolare del diritto al risarcimento del danno, il nascituro che patisca un pregiudizio alla salute a séguito di errato trattamento sanitario al momento del parto: cfr. Cass. civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, p. 549, con commento di D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*; *ivi*, 1995, p. 317, con commento di A. PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto di nascere sano*, e in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 408, con nota di E. IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*.

ad una scelta di politica del diritto, quale strumento di efficiente allocazione dei danni e dei risarcimenti. In questo senso, la finalità è sanzionatoria/riparatoria: rispetto al passato, il pregiudizio di natura patrimoniale per le spese di un'esistenza da disabile viene liquidato al bambino, non più ai genitori; inoltre, al figlio spetta un danno non patrimoniale contenente sia la sua menomazione psico-fisica sia il disagio e la sofferenza associati ad una vita mutilata. Questa è la prima possibilità: che il giudice decida di gravare il medico e la sua assicurazione di questa responsabilità e di questo prezzo.

La seconda possibilità, infine, è che il legislatore sottragga la riparazione di questi danni alle regole della responsabilità (che a questi danni proprio mal si attagliano), laddove l'esigenza sanzionatoria non sarebbe sufficiente a giustificare la scelta di gravare la classe medica del sostegno economico di persone il cui handicap nemmeno è stato direttamente cagionato da un'attività o da un'omissione sanitaria. In questo senso, il dilemma non è più risarcire i genitori o, direttamente, il bambino; il problema diviene escludere *tout court* dalle aule di tribunale la riparazione di qualsivoglia danno da vita handicappata – salvo, forse, a beneficio di mamma e papà, un pregiudizio non patrimoniale “da impreparazione”, per la mancata, tempestiva informazione circa le condizioni di salute del feto. I francesi si son riempiti la bocca della *solidarité nationale* garantita a favore di tutti i soggetti handicappati e nemmeno hanno *ad hoc* istituito un fondo (quantomeno) d'indennizzo per le fattispecie in queste pagine esaminate. Del resto, i presidi socio-assistenziali operano sempre e comunque, a prescindere dal risarcimento eventualmente ottenuto dinanzi al giudice, in funzione della gravità dell'handicap e del reddito personale del soggetto disabile; in altri termini, rimandare la questione alla *solidarité nationale* graziosamente concessa dal legislatore equivale, né più né meno, ad escludere che la responsabilità civile possa, in tutti questi casi, esplicitare con successo alcuna delle sue tre funzioni. La coperta che ci interessa, allora, non sarà troppo lunga o troppo corta; la coperta, semplicemente, non ci sarà<sup>115</sup>.

D'altra parte, e come già s'era anticipato<sup>116</sup>, se un intervento normativo *ad hoc* del Parlamento italiano sembrava fantascienza pura, quasi parimenti improbabile pareva la definitiva adozione, da parte delle nostri corti, di un orientamento *perruchiste*, laddove l'argomento della dignità della vita umana, anche e seppur handicappata, è strumentalmente utilizzato più per negare il risarcimento, anziché per garantirlo. A tre giorni dal Natale 2015, infatti, le Sezioni Unite<sup>117</sup> finalmente prendono un'inequivoca

---

<sup>115</sup> Auspica un generale intervento pubblico di solidarietà sociale F.D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. "nascita malformata"*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1525-1526.

<sup>116</sup> Sia qui consentito rinviare a S. CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*, cit.

<sup>117</sup> Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

posizione quanto al risarcimento del danno da nascita indesiderata, con lo scioglimento di due annose questioni, già ampiamente vagliate nelle pagine che qui precedono: la dimostrazione del nesso eziologico e la legittimazione ad agire del figlio.

In primo luogo, dal punto di vista probatorio, due appaiono le questioni cruciali: la prima, se sia sufficiente, da parte attorea, la mera allegazione<sup>118</sup> che la gravidanza – laddove il medico fosse stato diligente – sarebbe stata interrotta, coerentemente all'assunto che ritiene il ricorso all'aborto «corrispondente a regolarità causale» a fronte di un feto gravemente malformato; la seconda, attinente alle modalità con cui debba essere allegato o dimostrato o presunto il «grave pericolo per la salute fisica o psichica» della gestante, determinato dalle «rilevanti anomalie del nascituro»<sup>119</sup> ed imprescindibile ai fini di un intervento abortivo successivo ai primi novanta giorni dal concepimento (art. 6 della legge n. 194/1978).

Più nel dettaglio, la semplice allegazione che la donna si sarebbe avvalsa della facoltà concessale – in astratto e a talune condizioni – dall'ordinamento sottintende e dà per scontata la ricorrenza dei presupposti *ex lege* statuiti (*in primis*, il pericolo, di cui sopra, per la sua salute). Per contro, l'impellenza di una prova scaturirebbe solo a séguito della contestazione di controparte, con la conseguente esigenza, allora, di una valutazione specifica e concreta riguardo al rischio per l'integrità psicofisica femminile, condotta – a ritroso – secondo una visuale *ex ante*, connessa all'epoca stessa della gestazione e secondo il noto *più probabile che non*. È, questo, l'orientamento *light*, naturalmente favorevole ai ricorrenti e da costoro richiamato<sup>120</sup>, al quale si contrappone un indirizzo giurisprudenziale *hard*, più recente e già prediletto, s'è visto, nel 2012<sup>121</sup>. Ebbene, le Sezioni Unite

<sup>118</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2015 (ord.), n. 3569, in *Danno e responsabilità*, 2015, p. 695, con commento di C. MADONIA, *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*; in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 815, con nota di M. GERBI, *In tema di danno da nascita indesiderata*; in *Riv. Biodiritto*, 2015, p. 261, con commento di L. CONTE, *Danno da nascita non desiderata e danno da nascita malformata: la parola alle Sezioni Unite*; in *Foro it.*, 2015, I, c. 1575, con nota di M. BONA, *In tema di danni in materia civile*; in *Dir. civ. cont.*, 9 marzo 2015, con commento di G. CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)*, e in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 696, con commento di M. GORGONI, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata: in attesa delle Sezioni Unite*.

<sup>119</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 11 aprile 2017, n. 9251, in *www.altalex.it*, secondo la quale la mancanza di una mano non è malformazione “così rilevante” da mettere in serio pericolo la salute fisica e/o psichica della madre.

<sup>120</sup> In questo senso, cfr. Cass. civ., Sez. III, 13 luglio 2011, n. 15386, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 408, con nota di P. VALORE, *Diritto all'interruzione della gravidanza: obblighi informativi e responsabilità*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1253, con commento di V. CARBONE, *Colpa per assunzione e obbligo di avviso nella responsabilità medico-sanitaria*; Cass. civ., 10 novembre 2010, n. 22837, cit.; Cass. civ., 4 gennaio 2010, n. 13, cit.; Cass. civ., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., e Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.

<sup>121</sup> Cfr. Cass. civ., 30 maggio 2014, n. 12264, in *Danno e responsabilità*, 2014, p. 1146, con commento di C. TRECCANI, *Omessa diagnosi di malformazioni del feto e ripartizione degli one-*

sposano e consacrano quest'ultima linea, negando generalizzazioni ed astrazioni che «mal dissimulerebbero» meccanismi presuntivi *iuris tantum*, al contempo, però, anche accordando cittadinanza ad una prova *semplicemente* presuntiva, «in concreto desumibile dai fatti allegati» – dal noto inferendo l'ignoto, secondo un criterio di regolarità causale. Dalla prova, in altri termini, non ci si esime, a pena di trasformare questo giudizio di responsabilità civile nella «vicenda para-assicurativa *ex post*» già paventata tre anni prima<sup>122</sup>, con il trucco dell'equazione «richiesta di accertamento diagnostico: intenzione di interrompere la gestazione di un bambino disabile» – quale presunzione semplice doppiamente vittoriosa, a fronte dell'impossibilità, per il medico, di provare il fatto negativo dell'assenza di una volontà abortiva.

L'occasione pare mancata, invece, quanto all'esatta definizione della prova del «grave pericolo per la salute fisica o psichica» della donna: la posizione enunciata è meno chiara, sicuramente meno *tranchante*, con una sottile e confusa sovrapposizione fra danno da provare e da risarcire, da una parte, e fatto dannoso da avvalorare ai fini dell'integrazione dei requisiti di legge e dell'affermazione del nesso eziologico, dall'altra. Si è ancora, invero, nel campo del rapporto di causalità, con due, già viste, alternative possibili: il rischio di un pregiudizio biologico può essere valutato, infatti, sia *ex post*, verificandone l'insorgenza e sussistenza in capo alla madre e anteponendo la realtà effettiva a quella solo possibile<sup>123</sup>, sia *ex ante*, secondo un concreto (ma comunque ipotetico) giudizio di prognosi postuma e a prescindere da quanto in séguito strettamente realizzatosi. La terza via – quella di tralasciare un'indagine di tal fatta, perché la colpa del medico ha eliso la possibilità stessa di un'autodeterminazione, non importa in quale direzione – non può qui essere contemplata: le Sezioni Unite sono chiare, la gestante ha l'onere di provare che avrebbe scelto per l'aborto e che l'ordinamento gliel'avrebbe concesso. Orbene, non solo il danno non può presentarsi *in re ipsa* (scrive la Corte, ma ad essere presunto sarebbe qui il nesso eziologico, non ancora il pregiudizio), ma da potenziale deve altresì essersi tramutato in effettivo, «eventualmente verificabile anche mediante consulenza tecnica d'ufficio». A prevalere, di conseguenza, e non senza qualche – non di poco conto, d'altronde – inesattezza argomentativa, è l'orientamento (anche in questo caso, quello *hard* dei

---

*ri probatori*; in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1345, con nota di A. GARIBOTTI, *Dal paternalismo medico al paternalismo giudiziale*, e in *Giur. it.*, 2015, p. 51, con commento di A. VAPINO, *La prova della volontà abortiva ai fini del risarcimento da nascita indesiderata*; Cass. civ., 10 dicembre 2013, n. 27528, cit.; Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269, cit., e Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

<sup>122</sup> Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

<sup>123</sup> *Contra*, Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269, cit. Cfr. altresì C. PETRUZZI, *Danno da nascita indesiderata e omessa diagnosi: prova del nesso causale*, in *Danno e responsabilità*, 2014, p. 1064.

due) che predilige una ponderazione *ex post*, fino addirittura a ventilare che tale pregiudizio alla salute non solo sia imprescindibile ai fini della rilevanza causale dell'inadempimento (quale «causa permissiva» dell'aborto, a consentire il perfezionamento della fattispecie facoltizzante), ma sia anche l'unico pregiudizio risarcibile – per la natura «eccezionale» della normativa in tema d'interruzione volontaria della gravidanza e in deroga al generale principio della riparazione di tutti i danni conseguenza immediata e diretta di qualsivoglia illecito. Si tratta, è vero, di molto meno di un *obiter dictum*; è un'incertezza manifestata del tutto *en passant* (esulando – si giustifica la Corte – dal *thema decidendum* del caso concreto), ma appare comunque estremamente significativo il mero dubbio avanzato quanto alle poste risarcitorie in gioco, laddove di ciò non si discuteva da anni: si pensi anche solo alle possibili ripercussioni sulla riparazione del danno sofferto dal padre/marito. Formulare un'ipotesi di limitazione della responsabilità contrattuale del medico inadempiente è, ancora una volta, *hard*: a sovrapporsi sono i due piani dell'interesse tutelato dalla norma (che anima altresì la *ratio* dell'intervento legislativo e non assurge, invece, a criterio selettivo nel momento compensativo) e quello della liquidazione di tutti i pregiudizi derivanti dalla perdita opportunità di ricorrere alla norma stessa, sulla cui separazione la giurisprudenza pareva, fino al giorno prima, assolutamente pacifica<sup>124</sup>.

L'*impasse* successiva è data da «quale danno» e «a chi»: la Corte impiega, d'altronde, cinque pagine per attestare come il fatto di trovarsi ancora nel grembo materno non costituisca in alcun modo una pregiudiziale al risarcimento del danno. Il problema, infatti, non è la carenza di capacità giuridica né l'esigenza, eventualmente, di confezionare, *ad hoc* per il nascituro, un'attenuata<sup>125</sup> soggettività giuridica: il concepito può anche semplicemente considerarsi «oggetto di diritto»<sup>126</sup> e ciò basterebbe ai fini della riparazione del pregiudizio subito, non compromettendo affatto la tutela che gli spetta, anche (ma non solo) risarcitoria. Semplicemente, esiste una «cesura spazio-temporale» fra il fatto lesivo e la lesione, la quale ultima si configura comunque e sempre subordinatamente all'evento della nascita: il caso è anche quello – s'è visto – del medico responsabile *ex contractu* per il danno negligenzemente cagionato al bambino durante la gravidanza o nel corso del parto ovvero dell'illecito aquiliano che abbia provocato il decesso del padre, anteriormente alla venuta al mondo del figlio<sup>127</sup>. L'ostacolo che non

---

<sup>124</sup> Cfr. anche, in altri termini, F. PIRAINO, «*Nomina sunt consequentia rerum*» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite 22 dicembre 2015 n. 25767, in *Dir. civ. cont.*, 6 gennaio 2016.

<sup>125</sup> V. Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

<sup>126</sup> Così Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. Per ulteriori riflessioni, cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 87 ss.

<sup>127</sup> La giurisprudenza, del resto, è al riguardo quasi maggiorenne: a partire da Cass. pen.,

si può sormontare, dunque, è un altro: la condotta colposa deve aver costretto la vittima ad un *peius* che motiva il fatto stesso del risarcimento del danno, nonché il tentativo di un ripristino, seppur fittizio e in termini esclusivamente monetari, dello *status quo ante*. Ma tant'è: la vita non può rappresentare né un *minus* né un *peius* rispetto alla non-vita – poiché neppure è qui corretto riferirsi all'evento-morte, laddove il bambino, semplicemente, mai sarebbe venuto alla luce. È una vita che non può esistere senza l'handicap: di conseguenza, l'assenza di vita, elidendo la disabilità, diviene assenza di danno; poiché il medico è responsabile della vita, il busillis risiede nella possibilità/opportunità di ritenerlo responsabile delle menomazioni da cui è affetto il neonato – così scindendo un trinomio (che la natura ha voluto) drammaticamente indissolubile: vita/danno/handicap. Riguardo a tale possibilità, la risposta delle Sezioni Unite è, ordunque, negativa, poiché non v'è modo di rinvenire un danno (tantomeno ingiusto): «la non vita non può essere un bene della vita», la quale ultima è «il bene per eccellenza»; si può sì liquidare un pregiudizio a favore di un soggetto ancora non nato (a patto che nasca); non si può, invece, liquidare un danno pari all'aver fatto nascere il soggetto medesimo. Il contratto, certo, consente la protezione di terzi (*in primis*, il figlio, il padre, i fratelli o le sorelle del neonato): la differenza, però, fra il bambino e gli altri familiari coinvolti risiede proprio nell'impossibilità di delineare un danno-conseguenza, benché il piccolo sia senz'altro colui che più è stato “toccato” dalla negligenza sanitaria. Non v'è alcun paradosso, quindi, nell'accordare ad alcuni il risarcimento che proprio al bambino viene negato: il *discrimen* consiste tutto nella configurabilità di un *prima* migliore di un *poi*.

D'altronde, laddove – a sorpresa – si riconosceva<sup>128</sup> la legittimazione attiva del nato malformato, lo si faceva proprio rifiutando di soppesare o confrontare essere e non essere, poiché «ciò che è giuridicamente inqualificato non ha cittadinanza nel mondo del diritto», onde l'impossibilità di affermare una preferenza a favore della non-vita, così *predicando* la propria inesistenza. L'*impasse* del danno-conseguenza è così aggirata; il trinomio, del resto, non va in alcun modo scisso: il medico non è certo responsabile della vita, perché questa non può costituire un pregiudizio, né dell'handicap, perché questo risiede nel patrimonio genetico del feto, mentre è sì responsabile dello «stato funzionale di infermità» e della «condizione evolutiva della vita handicappata», «intese come proiezione dinamica dell'esistenza» quale «sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata». L'affanno è quello di alleviare – per

---

Sez. IV, 13 novembre 2000, n. 11625, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 739, con nota di E. TURILLAZZI, *Dialettica bioetica e concretezza giudiziaria sulla tutela giuridica della vita prenatale*, e in *Giur. it.*, 2002, p. 953, con commento di M. BONA, *Il danno non patrimoniale dei congiunti: edonistico, esistenziale, da lesione del rapporto parentale, alla serenità familiare, alla vita di relazione, biologico, psichico o morale “costituzionalizzato”?*.

<sup>128</sup> Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

via risarcitoria – una condizione di “diversità”; in questo senso, la riprovazione manifestata dalle Sezioni Unite nei confronti di una supposta «deriva eugenica» e della possibilità di marchiare come danno la vita di un bambino disabile non è scevra da una punta di ipocrisia: un’esistenza handicappata è e rimane un danno, infatti, anche se non viene come tale risarcita, a maggior ragione se altri, nella medesima fattispecie, beneficiano di simile liquidazione. Un figlio potrebbe non essere una benedizione, dunque: la stessa *blessing doctrine* ideata dal mondo anglosassone viene adoperata – si vedrà – nell’ipotesi di nascita di un bambino non voluto sì, ma comunque sano, mentre per il figlio malformato tale *compensatio lucri cum damno* – rispetto alle gioie e alle soddisfazioni che dalla progenie sempre derivano – non è neppure contemplata dalle corti di volta in volta interessate.

Il problema, d’altro canto, non è tanto la configurazione di un diritto che faccia da contraltare a quello di perseguire la propria felicità (*id est*, il diritto a non vivere una vita non felice), bensì la trasformazione e trasfigurazione della responsabilità civile e delle sue funzioni in un sistema di assistenza sociale (che già indiscriminatamente opera, comunque, a favore di qualsivoglia disabile, a prescindere dall’eziologia dell’*handicap*), in nome di meccanismi equitativi e di un’immediata e molto pragmatica tutela della dignità umana. In questo senso, una compensazione *a tutti i costi* ben avrebbe potuto coniugarsi con una logica sanzionatoria e di deterrenza (parimenti ricusata), laddove la negligenza sanitaria nell’esecuzione dei controlli necessari al fine d’individuare eventuali anomalie fetali presenterebbe una maggiore carica di pericolosità e un più grave disvalore sociale – nascerà un bambino disabile – rispetto alla condotta colposa che semplicemente non curi la prevenzione (o la diagnosi) di una gravidanza – nascerà, di norma, un bambino sano. Le Sezioni Unite, per contro, decidono (ed è una risposta soprattutto in termini di politica del diritto) che il tribunale non è la sede della solidarietà sociale e che nemmeno è possibile abusare della responsabilità civile e delle sue categorie: è un dogma, quello del danno conseguenza, da cui non può prescindersi – e tanto basta.

V’è una falla, però, un baco del sistema, a svelare un’*arrière-pensée*. Non è proprio concepibile, infatti, risarcire la persona gravemente disabile per il fatto di non essere stata abortita dalla propria madre a causa di un errore professionale (e, si sa, tutti possono sbagliare, tanto più lavorando), poiché non è possibile immaginare uno *status quo ante*; l’alternativa ad una vita assillata da una menomazione di natura fisica, psichica o, semplicemente e *lato sensu*, “morale” è non essere mai esistiti. Si finisce, in questo modo, per esonerare il medico dalla responsabilità per le conseguenze pregiudizievoli della sua negligente condotta, «per il sol fatto» di aver consentito, di aver *arrecato* la vita: d’altro canto, è altresì questo il caso, in qualche modo, del terapeuta che “salvi” il proprio paziente costringendolo, al contempo, a sofferenze che egli avrebbe voluto evitare (e che

avrebbe avuto il diritto di evitare<sup>129</sup>), preferendovi la morte – l'ipotesi, ancora una volta, è quella dell'amputazione dell'arto, necessaria alla sopravvivenza dell'ammalato, ma contraria alla sua volontà. In tutti questi casi, insomma, il pregiudizio c'è, ma non può propriamente considerarsi una conseguenza *in negativo* dell'illecito, se non – e questa potrebbe rivelarsi, infine, la soluzione – pretendendo che la vittima, mentre dimostra il danno subito, dimostri altresì che si tratta *effettivamente*, nella sua quotidiana e personale percezione, di un *danno*: ovvero che avrebbe preferito non esistere – o morire – piuttosto che tollerare quella disabilità o quella sofferenza. Certo, ciò non toglie che uno dei due termini di paragone (il nulla) resta inconoscibile, ma la richiesta di una prova specifica e *reale* potrebbe rappresentare, comunque, l'unico punto d'incontro fra i due opposti orientamenti, certo grazie al ricorso a presunzioni semplici (quali, *in primis*, la gravità dell'handicap, onde vagliare fino a che punto quest'ultimo comprometta qualsivoglia occasione di benessere), ma altresì adducendo la coerenza delle proprie convinzioni religiose, filosofiche ed esistenziali, le trascorse esperienze di vita e la propria, personale ed irrinunciabile, concezione della dignità umana. In questo modo, così come è necessario accertare, prima di rispettarla, l'autenticità della volontà di colui che si oppone, al prezzo della vita stessa, al trattamento salvifico (o alla sua continuazione), così si deve dimostrare, ai fini del risarcimento del danno, che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento del medico o che, effettivamente, lo aveva rifiutato, restando inascoltato: perché quell'esistenza, alla quale i medici l'hanno costretto, rappresenta per lui, appunto, un pregiudizio. Parimenti, dunque, il bambino malformato potrebbe contare su tale *chance probatoria*, certo non di agevole utilizzo, né facilmente vittoriosa, tanto più assoggettata ad una ponderazione giudiziale presumibilmente "oggettiva" (destinata con ogni probabilità ad arrendersi, salvo ipotesi di eccezionale gravità, sul cammino che stima quanto una vita sia "degnamente vissuta") quanto più non sia possibile affidarsi alla sfera valutativa del singolo soggetto interessato – si pensi all'ipotesi, in questi casi non peregrina, del disabile psichico. Come sempre quando non sia possibile un'effettiva reintegrazione dello *status quo ante*, poi, la liquidazione di una somma di danaro avrà il fine e l'effetto di rendere – *ça va sans dire* – il pregiudizio (ovvero la vita menomata) più sopportabile, laddove la solidarietà sociale non riesce a garantire, invece, un'adeguata "copertura finanziaria" dell'handicap. In questo senso, i meccanismi che s'intersecano sono svariati e affatto banali: l'esigenza di una riparazione efficace si coniuga con la «dimension moralisatrice du droit de la responsabilité»<sup>130</sup>, alla quale, in

---

<sup>129</sup> In nome di quella «libertà dell'individuo, che si autolimita nel contratto sociale, ma resta intatta nei confronti di sé stesso, in una dimensione dell'essere che legittima alfine anche il non fare o il rifiutare»: cfr. Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

<sup>130</sup> Cfr. L. MORLET-HAÏDARA, *Handicap de naissance*, cit., p. 60.

presenza di una condotta sicuramente colposa, non pare facile né, forse, conveniente rinunciare, mentre la consistenza dei premi assicurativi potrebbe ben rappresentare un ottimo motivo a sostegno del diniego risarcitorio (*no-compensation*). È sulla base di questi presupposti, d'altronde, che le corti francesi (giurisdizione civile ed amministrativa) s'interrogano e s'affannano a contraddirsi, persino riguardo all'efficacia temporale del *dispositif anti-Perruche*<sup>131</sup>. Difatti, la ragione del dispendio di cotante energie da parte dei cugini d'oltralpe, anche in merito a questioni che all'osservatore straniero potrebbero persino sembrare di lana caprina, risiede, appunto, nella strenua volontà di soccorrere situazioni di disagio estremo e gravissima sofferenza, anche facendo guerra al proprio stesso legislatore, il cui tacco sul capo viene mal tollerato: la medesima pena, per converso, non pervade né le corti né la dottrina italiana, entrambe ben più preoccupate del *significato* simbolico, politico e giuridico di un risarcimento che della sua tangibile utilità ed urgenza.

## 8. Le soluzioni di common law

Per quanto concerne le ipotesi di *wrongful conception*, le corti britanniche non sono estranee, quantomeno sino al 1999, a decisioni favorevoli ad un risarcimento integrale (*full damages*) nei confronti dei genitoriautori<sup>132</sup>. La *House of Lords*, d'altra parte, pone termine ad una situazione di vera incertezza giurisprudenziale<sup>133</sup> in un caso dai lineamenti certo "tradizionali": una coppia, una sterilizzazione, un (quinto) figlio – sano sì, ma indubbiamente *unplanned*<sup>134</sup>. I *Law Lords* consacrano così il diritto

---

<sup>131</sup> Cfr. C. MANAOUIL, *La question prioritaire de constitutionnalité, à propos du dispositif anti-Perruche*, in *Méd. droit*, 2013, p. 112; H. MUSCAT, *Application de la loi dans le temps – Enfants nés handicapés – Régime d'indemnisation pour les naissances antérieures à la loi du 4 mars 2002*, in *JCP A*, 2014, 30, p. 21; M. GIRER, *L'application dans le temps du dispositif de compensation du handicap*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2014, 50, p. 451; A. CAYOL, *De la responsabilité médicale lors de la naissance d'un enfant handicapé*, in *Petites Affiches*, 2014, 81, p. 11, e M. TOUZEIL-DIVINA, *Responsabilité publique des suites de la naissance d'un enfant handicapé*, in *JCP G*, 2014, 15, p. 738.

<sup>132</sup> *Crouchman v. Burke* [1997] 40 BMLR 163; *Allen v. Bloomsbury Health Authority* [1993] 1 All ER 651; *Robinson v. Salford Health Authority* [1992] 3 Med LR 270; *Thake v. Maurice* [1986] QB 644 at 670 (Lord Kerr); *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* [1985] QB 1012; *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority* [1983] 1 WLR 1098.

<sup>133</sup> B. D'USSEUX, *Il danno da mantenimento nella giurisprudenza della House of Lords*, in A. BRAUN (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, cit., pp. 394 ss. Cfr. D. STRETTON, *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Deakin L. Rev.*, 2005, p. 323, e M. HOGG, *Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth*, in *J. of Eur. Tort L.*, 2010, p. 156.

<sup>134</sup> *Mc Farlane and another v. Tayside Health Board* [1999] 3 WLR 1301. Cfr. S. TODD,

della madre d'ottenere la riparazione dei *general damages* per le sofferenze connesse alla gravidanza e al parto, nonché degli *special damages* derivanti dalle spese mediche, dal vestiario e dalla perdita di guadagno conseguenti alla maternità<sup>135</sup>. D'altro canto, invece, si respinge la pretesa della coppia attinente al risarcimento delle somme da versare per la crescita e l'educazione del bambino, coerentemente alla già menzionata *blessing doctrine*<sup>136</sup>, per la quale i vantaggi e gli svantaggi dell'esser madre o padre sono intimamente connessi gli uni agli altri, tanto che sollevare i genitori dagli esborsi finanziari derivanti dalla nascita di un figlio sano (sebbene non voluto) non potrebbe mai costituire un risarcimento "ragionevole" per il torto subito<sup>137</sup>.

---

*Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Sydney L. Rev.*, 2005, 27, p. 525; M. JONES, *Bringing Up Baby*, in *Tort L. Rev.*, 2001, 9, p. 14; T. WEIR, *The Unwanted Child*, in *C.L.J.*, 2000, 59, p. 238, e K. NORRIE, *Failed Sterilisation and Economic Loss: Justice, Law and Policy*, in *Tolley's Journal of Professional Negligence*, 2000, 16, p. 76.

<sup>135</sup> Per quanto concerne la distinzione tra *general* e *special damages*, è noto come i primi attengano agli aspetti non-patrimoniali e non-monetari del pregiudizio sofferto (normalmente riassunti nella dizione «pain, suffering and loss of amenity»), mentre i secondi concernono le perdite più propriamente pecuniarie (e più facilmente determinabili) subite dal danneggiato. In proposito, e altresì a riguardo delle notevoli differenze presentate da queste due tipologie di danno in ambito probatorio, cfr., *ex pluribus*: J.A. PITEL, G.W. NEYERS, E. CHAMBERLAIN (a cura di), *Tort Law: Challenging Orthodoxy*, Hart Publishing, Oxford, 2013; H.J. MICHAUD, *Tort Law: Concepts and Application*, Pearson, Boston, 2013; L. MC GREGOR, *On Damages*, Sweet and Maxwell, Londra, 2012, pp. 1245 ss.; J. COOKE, *Law of Tort*, Pearson Longman, Harlow, 2011; C. ELLIOTT, F. QUINN, *Tort Law*, Longman, Harlow, 2011; K. HORSEY, E. RACKLEY, *Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011; M.A. FRANKLIN, R.R. RABIN, *Tort Law and Alternatives*, Foundation Press, New York, 2011; M.S. SHAPO, *Principles of Tort Law*, West Academic Publishing, St. Paul, Minnesota, 2010; M. LUNNEY, K. OLIPHANT, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2010; V. E. SCHWARTZ, K. KELLY, D.F. PARTLETT, *Prosser, Wade and Schwartz's Torts. Cases and Materials*, Foundation Press/Thomson, New York, 2010, pp. 518 ss.; E. PEEL, J. GOUDKAMP, *Winfield and Jolowicz On Tort*, Sweet and Maxwell, Londra, 2010, pp. 760 ss.; J. STEELE, *Tort Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2007; B. MARKESINIS, S. DEAKIN, *Tort law*, cit., pp. 724 ss.; M.A. JONES, *Textbook on Torts*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 659 ss., e U. MAGNUS (a cura di), *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, Cambridge, 2001, pp. 53 ss.

<sup>136</sup> V. *supra*, sub nota 30.

<sup>137</sup> Cfr. I. KENNEDY, D. GRUBB, *Medical law: Text with materials*, cit., p. 978, i quali distinguono le ipotesi in cui i genitori agiscano in *tort* ovvero in *contract*. A parere degli Autori, infatti, è improbabile che nell'ordinamento inglese possano in futuro prospettarsi azioni di quest'ultimo tipo, visto che, a séguito di due precedenti (*Eyre v. Measday* [1986] 1 All ER 488, e *Thake v. Maurice*, [1984] All ER 513 e [1986] 2 WLR 337), i moduli utilizzati dai medici per ottenere il consenso del paziente all'operazione sono stati completamente riformulati. Questi contengono ora un esplicito riferimento alla possibilità d'insuccesso dell'intervento ed escludono, quindi, che il medico assuma un'obbligazione di garanzia verso il paziente circa la sua completa sterilità. Il problema del risarcimento spettante in ragione della nascita di un *unplanned child* affetto da *handicap* è affrontato, invece, in *Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* [2002] QB 266, dove il danno liquidato alla madre comprende sì «the costs of providing for her child's special needs and care relat-

Nei medesimi anni, peraltro, l'evoluzione giurisprudenziale australiana registra un *trend* diametralmente opposto: *Cattanach v. Melchior*<sup>138</sup>, infatti, predilige la via dell'integrale risarcimento del pregiudizio subito dai genitori, finalmente comprensivo, di conseguenza, del «cost of raising an unplanned child». Ancora una volta, però, la politica vanifica il coraggio dei tribunali, se solo si considera come nel Queensland (stato di provenienza dell'appena menzionata controversia) venga al contempo (molto rapidamente) approvato il *Civil Liability Act* (2003), la cui Section 49A stabilisce che, nel caso di fallimento delle procedure di sterilizzazione, «a court cannot award damages for economic loss arising out of the costs ordinarily associated with rearing or maintaining a child». Nondimeno, laddove il figlio sia “sano”, ancorché non voluto, la tendenza prevalente della giurisprudenza nord-americana, come nel Regno Unito, limita il risarcimento alle spese sostenute durante la gravidanza, il parto ed il puerperio e all'eventuale lucro cessante (per inattività lavorativa), nonché rigetta la richiesta di somme per il mantenimento futuro dell'infante<sup>139</sup>. I

---

ing to his disability», ma non «the basic costs of his maintenance». Cfr. N.M. PRIAULX, *A Letter from the UK: Tort Law and Damages for the Unwanted Child*, in *J. Legal Econ.*, 2008, 14, p. 53; P. CANE, *Another Failed Sterilisation*, in *L.Q.R.*, 2004, 120, p. 189; A. MORRIS, *Another Fine Mess ... The Aftermath of McFarlane and the Decision in Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, in *Tolley's Journal of Professional Negligence*, 2004, 20, p. 2, e O. QUICK, *Damages for Wrongful Conception*, in *Tort L. Rev.*, 2002, 10, p. 5. V. altresì *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2002] 2 WLR 1483.

<sup>138</sup> *Cattanach v. Melchior* (2003) 215 CLR 1. Cfr. P. CANE, *The Doctor, the Stork and the Court: A Modern Morality Play*, in *L.Q.R.*, 2004, 120, p. 23; J. SEYMOUR, *Cattanach v. Melchior: Legal Principles and Public Policy*, in *T.L.J.*, 2003, 11, p. 208; P. DIMOPOULOS, M. BAGARIC, *Why Wrongful Birth Actions are Right*, in *J.L.M.*, 2003, 11, p. 230, e K. WESTON-SCHUEBER, *Victory for Reluctant Parents: Cattanach v Melchior*, in *U.N.S.W.L.J.*, 2003, 26, p. 717.

<sup>139</sup> Cfr. *Ramey v. Fassoulas* (1982) 414 So. 2d 198, 200-01, e (1984) 450 So. 2d 822, 824. Nel caso di specie, la Corte rimarca come il “valore monetario” di un bambino handicappato sia di gran lunga inferiore a quello di un figlio sano. Cfr. altresì *James G. v. Caserta* (1985) 332 S.E.2d 872, 881-82; *Rinard v. Biczak* (1989) 441 N.W.2d at 445, e *Smith v. Cote* (1986) 513 A.2d 341, 350. Le ipotesi di *wrongful pregnancy*, di conseguenza, non meritano la riparazione né delle «special medical and educational expenses up to the age of majority and even beyond» né dell'«emotional distress» né, infine, delle «counseling fees»: v. *Gallagher v. Duke Univ.* (1988) 852 F.2d 773, 779, e P.B. POTTER JR., *Stepping Beyond the Smith Plaintiff's Reliance on Corso: An Alternative Approach to Recovering Emotional-Distress Damages in Wrongful-Birth Cases in New Hampshire*, in *Pierce L. Rev.*, 2009, 7, p. 327. Il primo caso ad occuparsi di danni per *wrongful pregnancy*, peraltro, rigetta l'azione per la fallita sterilizzazione, effettuata in ragione del precario stato di salute della donna, incapace di portare a termine una gravidanza senza un grave pericolo per le sue condizioni fisiche. La Corte sottolinea, infatti, come scopo dell'operazione fosse «to protect the wife from the dangers of childbirth», non «to save the expenses attributable to pregnancy and child rearing». In questo senso, la coppia deve ritenersi fortunata per esser stata benedetta dalla nascita di un altro figlio e qualsiasi risarcimento viene, così, negato: cfr. *Christensen v. Thornby*, cit. Similmente, in *Shaheen v. Knight* (1957) 11 Pa. D. & C 2d 41, i giudici riconoscono come «to allow damages for the normal birth of a normal child is foreign to the universal public sentiment of the people». Ancora, «to pay for the fun, joy and affection which plaintiff will

giudici ritengono, invero, che tali spese siano compensate dalle “gioie” e dalle “soddisfazioni” presenti e future derivanti dalla progenie, così implicitamente osservando, sembra, come tale contentezza sia preclusa ai genitori di figli handicappati, per i quali generalmente si esclude, appunto, tale forma di *compensatio lucri cum damno*<sup>140</sup>.

Peraltro, di gran lunga più esplicite e coerenti appaiono quelle decisioni che, attribuendo alla responsabilità civile un'autentica funzione di ripartizione del rischio, stabiliscono una vera e propria gerarchia di eventi dannosi, nella quale la mancata diagnosi di malformazioni genetiche o fetali occupa un posto di più elevata pericolosità sociale rispetto, invece, alla maggiore “accettabilità” di una condotta colposa fonte della nascita di un figlio non voluto sì, ma comunque sano. Conseguentemente, da un lato si afferma l'interesse pubblico alla diligente effettuazione delle analisi genetiche e l'inopportunità di creare settori di non-responsabilità medica, dall'altro si sottolinea come addebitare al personale o alla struttura sanitaria tutte le conseguenze della nascita di un figlio sano (ma non voluto) costituirebbe un rischio troppo elevato e sproporzionato alla gravità della negligenza, mentre il risarcimento finirebbe per rappresentare (persino) un indebito arricchimento per i genitori<sup>141</sup>.

La liquidazione del danno (in termini di *quantum*) nelle ipotesi di *wrongful pregnancy*, d'altra parte, divide le corti statunitensi, le cui decisioni rientrano, di volta in volta, in uno dei seguenti orientamenti giurisprudenziali:

1) *Limited Damages Allowed*. In *Girdley v. Coats*<sup>142</sup>, i giudici escludono la liquidazione delle spese necessarie a crescere un bambino, ma accordano il risarcimento per «damages for prenatal and postnatal medical expenses», «pain and suffering during pregnancy and delivery», «loss of consortium», «cost of a second (corrective) operation», «her attendant pain and suffering»; «emotional distress»; «loss of wages» e, infine, per «any permanent impairment resulting from the pregnancy, delivery, or corrective operation»<sup>143</sup>. Ciò precipuamente in ragione della natura meramente ipo-

---

have in the rearing and educating of this child» rappresenterebbe certo un'inaccettabile violazione dell'ordine pubblico. V., infine, *Garrison v. Floy* (1985) 486 N.E.2d at 7, e M.A. MORGILL, *Misconceptions of the Law: Providing Full Recovery for the Birth of the Unplanned Child*, in *Utah L. Rev.*, 1996, p. 827.

<sup>140</sup> *Gallagher*, cit., at 776. Cfr. K.C. VIKINGSTAD, *The Use and Abuse of the Tort Benefit Rule in Wrongful Parentage Cases*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 2007, 82, p. 1063, e M.T. MURTAUGH, *Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a "Blessed Event"*, in *Pace L. Rev.*, 2007, 27, p. 241.

<sup>141</sup> *Rieck v. Medical Protective Co.* (1974) 64 Wis. 2d 514, 219 N.W. 2d 242; *White v. United States* (1981) 510 F. Supp. 146, e *Mc Neal v. United States* (1982) 68F 2d 1200.

<sup>142</sup> (1992) 825 S.W.2d 295.

<sup>143</sup> Cfr. *Graves* (1984) 314 S.E.2d at 654; *Bushman v. Burns Clinical Medical Center* (1978)

tetica dei *costs of raising a child*, dal momento che «who can divine, soon after birth, whether the child will be a financial boon or burden to the parents, what level of education will be required or what unique expenses could arise?».

Tale limitazione del risarcimento opera similmente in *Johnson v. University Hospitals*<sup>144</sup>, proprio in ragione, ancora una volta, dell'impossibilità di un'esatta definizione delle spese di mantenimento di un bambino, connessa a «speculative and ethically questionable assessments of such matters as the emotional effect of a birth on siblings as well as parents, and the emotional as well as the pecuniary costs of raising an unplanned and, perhaps, unwanted child in varying family environments»;

2) *Benefits Offset Rule*. Alcune corti, per contro, liquidano in favore dei genitori la totalità dei danni prodotti dalla nascita indesiderata, dai quali vengono detratti, però, i benefici derivanti alla coppia dalla stessa venuta al mondo di un figlio (sano). In *Burke v. Rivo*<sup>145</sup>, si ritiene il medico responsabile per il «cost of the unsuccessful sterilization», «the wife's lost earning capacity», «medical expenses for delivery and postpartum care», «the cost of child care for the mother's other children while she was recovering», «the cost of the subsequent sterilization procedure and attendant expenses», «the husband's loss of consortium», «pain and suffering the mother experienced from the pregnancy, birth, and second operation» ed, infine, di «any emotional distress resulting from the unwanted pregnancy». Adottando il *benefits offset test*, i giudici respingono, peraltro, gli argomenti di parte convenuta a sostegno della liquidazione dei soli *limited damages*. Tale scelta è giustificata dalla (forse poco politicamente corretta) convinzione che non sempre «joy and pride in raising a child» superano la perdita patrimoniale rappresentata dal bambino non voluto, nonché dalla scarsa persuasività della tesi secondo la quale il figlio avrebbe sofferto conseguenze psicologiche negative nell'apprendere, un giorno, non solo di non esser stato desiderato, ma altresì che qualcun altro ha provveduto alle spese del suo mantenimento. Infine, la corte respinge la teoria dell'impossibilità di una determinazione certa dei *postnatal rearing costs*, i quali non

---

268 N.W.2d at 687; *Mears v. Alhadeff* (1982) 451 N.Y.S.2d 133, 134, e *Sala v. Tomlinson* (1979) 422 N.Y.S.2d 506, 509.

<sup>144</sup> (1989) 540 N.E.2d 1370. Cfr. altresì *Smith v. Gore* (1987) 728 S.W.2d 738, dove i *limited damages* includono «medical expenses», «prenatal costs», «postnatal recovery expenses», «pain and suffering for pregnancy, childbirth, and recovery», «loss of consortium», «lost wages» ed «emotional distress». V. C.N. KRAMER, *Survey of Ohio Law: Ohio Supreme Court Decisions: 2006: III. Cases Concerning Tort Law: A. Wrongful Birth Claims: Schirmer v. Mt. Auburn Obstetrics & Gynecology Assocs., Inc.*, in *Ohio N.U.L. Rev.*, 2007, 33, p. 1114, e P.H. MITROVICH, *Ohio Wrongful Pregnancy, Wrongful birth, and Wrongful Life Law Needs to Be Revisited to Obtain a More Equitable Result and Consistency of Law*, in *Ohio N.U.L. Rev.*, 2007, 33, p. 623.

<sup>145</sup> (1990) 551 N.E.2d 1.

vengono ritenuti, fra l'altro, un onere eccessivamente gravoso da sostenere per il medico, dal momento che tale tipologia di pregiudizio rappresenterebbe, infatti, una «reasonably foreseeable consequence» della negligenza sanitaria. Inoltre, si sottolinea come la legge preveda, laddove il figlio venga ucciso o ferito per l'altrui condotta colposa, la riparazione del danno a favore dei genitori: la considerazione dei benefici e dei vantaggi derivanti dalla maternità (o paternità) costituirebbe, dunque, in questo caso, «the other side of the coin».

In *Jones v. Malinowski*<sup>146</sup>, la Corte d'Appello del Maryland sottrae ai «damages for raising the child to the age of majority» (quali *natural, proximate and direct effect* del tort) i vantaggi costituiti «from the child's aid, society and comfort». Così statuendo, non si vuole svilire il valore della vita umana o l'armonia familiare, bensì sollevare i genitori dal “peso” economico loro imposto e che essi lamentano «not because they do not love and want to keep the unplanned child, but because the direct, foreseeable and natural consequences of the physician's negligence has forced upon them burdens which they sought and had a right to avoid by submitting to sterilization»;

3) *Full Damages Allowed*. Solo due giurisdizioni sposano la regola del risarcimento integrale del danno<sup>147</sup>. In *Marciniak v. Lundborg*, la Suprema Corte del Wisconsin statuisce la responsabilità del medico negligente, altresì sottolineando come il principio del bilanciamento costi-benefici possa essere applicato solo laddove il convenuto «has conferred a special benefit to the interest of the plaintiff that is harmed». Invero, i giudici escludono l'operatività di tale compensazione nelle ipotesi di *wrongful pregnancy*, laddove la coppia aveva specificatamente deciso di evitare la nascita di ulteriori figli, nonché di sottrarsi, pertanto, a tale “beneficio”. Di conseguenza, non si può consentire al medico d'imporre questo “vantaggio” né pretendere di bilanciare i non-richiesti *emotional benefits* con i dimostrati *emotional damages*.

Infine, in *Lovelace Medical Center v. Mendez*, si evidenzia l'esigenza di salvaguardare, in capo ai genitori, due tipologie di interessi: il diritto di scegliere le dimensioni della propria famiglia, nonché quello di garantire a quest'ultima una concreta sicurezza finanziaria. Se si accetta, poi, la definizione di *injury* quale «invasion of any legally protected interest of another», il danno sofferto è esattamente individuabile nella lesione dei

---

<sup>146</sup> (1984) 473 A.2d 429.

<sup>147</sup> *Marciniak v. Lundborg* (1990) 450 N.W.2d 243, e *Lovelace Medical Ctr. v. Mendez* (1991) 805 P.2d 603. La teoria della “benedizione” trova una limitata eccezione, d'altra parte, anche nel caso *Custodio v. Bauer* (1967) 59 Cal. Rptr. 463, nel quale una donna partorisce il decimo figlio, nonostante la legatura delle tube cui si era sottoposta. In questo caso, i giudici ammettono che *the birth of a child may be something less than a blessed event*, accordando così il pieno risarcimento dei costi di mantenimento del nuovo nato.

sopra menzionati interessi, in ragione degli «unwanted costs of raising the child throughout his minority»;

4) *No injury*. In *Szekeres v. Robinson*<sup>148</sup>, la Corte si domanda *what is the damage or the wrong to be legally redressed?* e rileva come la nascita di un bimbo sano non possa considerarsi *a compensable wrong* né definirsi *an injury or damage*. D'altra parte, se la *tort liability* è diretta «toward the compensation of individuals for wrongs suffered within the scope of their legally recognized interests and where the law considers that compensation to be properly (and morally) required», la venuta al mondo di un figlio *is a right, not a wrong*, insuscettibile di riparazione. Altrove<sup>149</sup>, sulla medesima linea, la nascita indesiderata viene considerata latrice di benefici insuscettibili di valutazione in denaro contante (il sorriso di un bambino, l'orgoglio di un padre o di una madre), senza contare che, anche a voler adottare un punto di vista di natura economica, la presenza di un erede può ben rappresentare una sicurezza e un punto di riferimento per la vecchiaia dei due genitori.

D'altra parte, però, non si dimentichi come la responsabilità sanitaria risponda pure, nei casi di *wrongful pregnancy*, ad evidenti esigenze di *deterrence*, altresì in ragione dell'(irrinunciabile) interesse a che l'intera società possa valersi dell'idonea esecuzione delle procedure mediche, nonché di una corretta ed esauriente informazione all'indirizzo dei pazienti. Certo, rimane il timore di gravare i singoli professionisti di un onere finanziariamente eccessivo, che potrebbe condurre, come già accennato, ad una minore reperibilità dei differenti metodi di controllo delle nascite<sup>150</sup>.

Le quattro teorie risarcitorie appena esposte caratterizzano altresì, in maniera pressoché identica, gli orientamenti della giurisprudenza statunitense in materia di *wrongful birth*. In particolare, per quanto concerne la regola dei *limited damages*, la riparazione è circoscritta alle «extraordinary expenses resulting from the child's impaired condition»<sup>151</sup>, così escluden-

<sup>148</sup> (1986) 715 P.2d 1076.

<sup>149</sup> *Terrell v. Garcia* (1973) 496 S.W.2d at 128.

<sup>150</sup> M.B. SULLIVAN, *Wrongful Birth and Wrongful Conception: A Parent's Need for a Cause of Action*, in *J.L. & Health*, 2000/2001, 15, p. 105. V. altresì N.M. PRIAULX, *Damages for the Unwanted Child: Time for a Rethink?*, in *MLJ*, 2005, 73, p. 152; I.J. ALVAREZ, *A Critique of the Motivational Analysis in Wrongful Conception Cases*, in *B.C. L. Rev.*, 2000, 41, p. 585; D.E. BATTEN, *Mcallister v. Ha: Wrongful Conception or Misconception?*, in *Wake Forest L. Rev.*, 1999, 34, p. 915; B. SIMMONS, *Zehr v. Haugen and the Oregon Approach to Wrongful Conception: An Occasion for Celebration or Litigation?*, in *Willamette L. Rev.*, 1995, 31, p. 121, e L. PODEWILS, *Traditional Tort Principles and Wrongful Conception Child-Rearing Damages*, in *B.U.L. Rev.*, 1993, 73, p. 407.

<sup>151</sup> *Turpin v. Sortini* (1982) 643 P.2d 954, 965; *Procanik v. Cillo* (1984) 478 A.2d 755, 762, e *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.* (1983) 656 P.2d 483, 496-97. V. anche M. REISMAN, *Harm And The Fluid Nature Of Identity In Wrongful Life Cases Involving Preimplantation Genetic Diagnosis*, in *Cardozo J.L. & Gender*, 2014, 20, p. 405.

do i costi derivanti dal generale mantenimento del figlio non voluto. L'azione di *wrongful birth* viene riconosciuta, peraltro, solo nel 1977<sup>152</sup>, proprio con l'esclusiva riparazione del danno patrimoniale sofferto dai genitori per «the special, extraordinary costs associated with the care, education and habilitation of the children»<sup>153</sup>. Al contempo, però, è altresì negato il risarcimento dell'*emotional distress*, poiché, «notwithstanding the birth of a child afflicted with an abnormality, and certainly dependent upon the extent of the affliction, parents may yet experience a love that even an abnormality cannot fully dampen»<sup>154</sup>.

Dopo il caso *Zepeda*<sup>155</sup>, peraltro, le corti statunitensi registrano un numero estremamente ridotto di controversie che contrappongano figli e genitori<sup>156</sup>, mentre i convenuti tendono ad esser sempre più operatori ed

<sup>152</sup> *Becker v. Schwartz* (1978) 386 N.E. 2d 807, e *Park v. Chessin* (1978) 400 N.Y.S. 2d. Viene però rigettata l'azione per *wrongful life*, in ragione dell'assenza di «cognizable injury and damage».

<sup>153</sup> *Becker*, cit., at 813-14.

<sup>154</sup> *Becker*, cit., at 815. V. K. MAHONEY, *Malpractice Claims Resulting from Negligent Preconception Genetic Testing: Do These Claims Present a Strain of Wrongful Birth or Wrongful Conception, and Does the Categorization Even Matter?*, in *Suffolk U. L. Rev.*, 2006, 39, p. 773; J. FRANTZ, *The Ramifications of Rejecting Wrongful Birth: A Closer Look at Grubbs v. Barbourville Family Health Center*, in *Ky. L.J.*, 2004/2005, 93, p. 507; E. SCHNEIDER, *The Synergy of Equality and Privacy in Women's Rights*, in *U Chi Legal F*, 2002, p. 137; M. CROON, *Taylor v. Kurapati, the Court of Appeals of Michigan's Decision of Refusing to Recognize the Tort of Wrongful Birth*, in *DePaul J. Health Care L.*, 2002, 5, p. 317; J.R. GRANCHI, *The Wrongful Birth Tort: A Policy Analysis and the Right to Sue for an Inconvenient Child*, in *S. Tex. L. Rev.*, 2002, 43, p. 1261; K.D. WILCOXON, *Statutory Remedies for Judicial Torts: The Need for Wrongful Birth Legislation*, in *U. Cin. L. Rev.*, 2001, 69, p. 1023; E. MACDONAGH, *My Body, my Consent: Securing the Constitutional Right to Abortion Funding*, in *Alb. L. Rev.*, 1999, 62, p. 1057; C. DUNNE, C. WARREN, *Lethal Autonomy: The Malfunction of the Informed Consent Mechanism within the Context of Prenatal Diagnosis of Genetic Variants*, in *Issues L. & Med.*, 1998, 14, p. 165; J. GANTZ, *State Statutory Preclusion of Wrongful Birth Relief: A Troubling Re-Writing of a Woman's Right to Choose and The Doctor-Patient Relationship*, in *Va. J. Soc. Pol'y & L.*, 1997, 4, p. 795; S. GOLDBE, *An Equality Approach to Wrongful Birth Statutes*, in *Fordham L. Rev.*, 1996, p. 65; B. KIMBLE, *Wrongful Birth: A Practitioner's Guide to a New Arrival*, in *Ala. Law.*, 1994, 55, p. 84; C. SIMMONS, *Policy Factors in Actions for Wrongful Birth*, in *Mod. Law Rev.*, 1987, p. 269; P. LESLIE, *Parents in Wrongful Birth Action Are Entitled to Recover the Extraordinary Expenses of Raising a Defective Child to Age of Majority but are not Entitled to Recover Ordinary Expenses of Rearing a Normal or Defective Child – Ramey v. Fassoulas*, 414 So. 2d 198 (Fla. 3d Dist. Ct. App. 1982), in *Fla. St. U.L. Rev.*, 1982, 10, p. 312, e C. WOLFSON LEIGHTMAN, *Robak v. United States: A Precedent-Setting Damage Formula for Wrongful Birth*, in *Chi.-Kent. L. Rev.*, 1982, 58, p. 725.

<sup>155</sup> V. *supra*, sub nota 9. Cfr. J.K. MASON, *Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth and Wrongful Terminology*, in *Edinburgh L. Rev.*, 2002, p. 46; B. STEININGER, *Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions*, in *J. of Eur. Tort L.*, 2010, p. 125; L.J. HALE, *The Value of Life and the Cost of Living – Damages for Wrongful Birth*, in *British Act. J.*, 2001, p. 7, e A. RUDA, *"I didn't Ask to Be Born": Wrongful Life from a Comparative Prospective*, in *J. Eur. Tort L.*, 2010, p. 204.

<sup>156</sup> Ad esempio, *Slawek v. Stroh* (1974) 62 Wis. 2d 295, 215 N.W. 2d 9, con fattispecie e

istituzioni sanitarie: il *tort of wrongful life* si inserisce, dunque, all'interno del sistema di responsabilità medica. D'altronde, un'evoluzione in tal senso è senz'altro connessa alla celeberrima decisione della Corte Suprema *Roe v. Wade*, che riconosce la legittimità costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza, laddove l'autodeterminazione procreativa viene diretta espressione del diritto alla *privacy* di ciascuna donna<sup>157</sup>.

D'altra parte, nel primo caso avente ad oggetto la nascita di un bambino con gravi malformazioni (ai centri dell'udito, della vista, della parola) a séguito della mancata comunicazione, da parte dei medici, delle conseguenze della rosolia durante la gravidanza<sup>158</sup>, i giudici rigettano la do-

---

risultato identico al caso di Zepeda. V. L. FRIEDMAN, *Common Law Decision-Making, Constitutional Shadows, and the Value of Consistency: The Jurisprudence of William F. Batchelder*, in *U.N.H. L. Rev.*, 2014, 12, p. 1.

<sup>157</sup> *Roe v. Wade* (1973) 410 US 113, caso deciso unitamente a *Doe v. Bolton* (1973) 410 US 179. V. L.M. KOHM, *The Controversy Continues: Session 5: Roe's Effects on Family Law*, in *Wash & Lee L. Rev.*, 2014, 71, p. 1339; N.M. BLOCK, *Wrongful Birth: The Avoidance of Consequences Doctrine in Mitigation of Damages*, in *Ford. L. Rev.*, 1985, p. 1107; H. TEFF, *The Action for «Wrongful Life» in England and the United States*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1985, p. 440; J. O'NEILL, *Damages and the Unwanted Child*, in *Auckland U. L. Rev.*, 1984-1987, p. 180; C. SMEARMAN, *Drawing the Line: The Legal, Ethical and Public Policy Implications of Refusal Clauses for Pharmacists*, in *Ariz. L. Rev.*, 2006, p. 469; R. COOK, *Human Rights and Reproductive Self-Determination*, in *Am. U. L. Rev.*, 1995, p. 975; R. WYSER-PRATTE, *Protection of RU-486 as Contraception, Emergency Contraception and as an Abortifacient Under the Law of Contraception*, in *Or. L. Rev.*, 2000, p. 1121. Cfr. altresì M.A. FAILINGER, *An Offer She Can't Refuse: When Fundamental Rights and Conditions on Government Benefits Collide*, in *Vill. L. Rev.*, 1986, p. 833; L.F. GOLDSTEIN, *A Critique of the Abortion Funding Decisions: On Private Rights in the Public Sector*, in *Hast. Const. L. Q.*, 1981, p. 313; D.J. HORAN, T.J. MARZEN, *The Supreme Court on Abortion Funding: The Second Time Around*, in *St. Louis U. L. J.*, 1981, p. 411; R. RUBIN, *The Resurrection of the Right-Privilege Distinction? A Critical Look at Maher v. Roe and Bordenkircher v. Hayes*, in *Hast. Const. L. Q.*, 1980, p. 165; P.B. LINTON, *The Legal Status of Abortion in the States if Roe v. Wade is Overruled*, in *Issues L. & Med.*, 2007, p. 3; R. BECK, *Self-Conscious Dicta: The Origins of Roe v. Wade's Trimester Framework*, in *Am. J. Legal Hist.*, 2011, p. 505; L.K. MANS, *Liability for the Death of a Fetus: Fetal Rights or Women's Rights?*, in *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y*, 2004, p. 295; B.C. CALHOUN, *Cost Consequences of Induced Abortion as an Attributable Risk for Preterm Birth and Impact on Informed Consent*, in *J. Reprod. Med.*, 2007, p. 929, e R. FALLON, *Childress Lecture: if Roe new Overruled: Abortion and the Constitution in a Post-Roe World*, in *St. Louis L. J.*, 2007, p. 611.

<sup>158</sup> *Gleitman v. Cosgrove*, (1967) 49 N.J. 22, 227 A.2d 689, ove, del resto, viene respinta sia l'azione di *wrongful life* sia quella di *wrongful birth*, in ragione, fra l'altro, del «countervailing public policy supporting the preciousness of human life», nonché dell'impossibilità d'individuare e quantificare il danno subito dai genitori rispetto all'«intangibile, unmeasurable, and complex human benefits of motherhood and fatherhood». V. C. SHACHAR, *Recent Development in Health Law: Assigning and Empowering Moral Decision Making: Acuna v. Turkish and Wrongful Birth and Wrongful Life Jurisprudence in New Jersey*, in *J.L. Med. & Ethics*, 2008, 36, p. 193; A. BELSKI, *Injury as a Matter of Law: Is this the Answer to the Wrongful Life Dilemma?*, in *U. Balt. L. Rev.*, 1993, 22, p. 185; J. HARRIS, *The Wrong of Wrongful Life*, in *Journ. Law and Soc.*, 1990, p. 90; E. HAAVI MORREIM, *The Concept of Harm Reconceived: A Different Look at Wrongful Life*, in *Law and Philosophy*, 1988, p. 3; N.S. JECKER, *The Ascription of Rights in Wrongful Life Suits*, in *Law and Philosophy*, 1987, p. 149, e J.A. ROBERTSON, *Wrongful Life*, in *Mod. Law Rev.*, 1982, p. 697.

manda sulla base di tre, ormai "classiche", obiezioni: 1. l'intrinseca contraddittorietà di una pretesa al cui fondamento è posta una richiesta del soggetto di non esistere; 2. la mancanza di un nesso causale fra la condotta dei medici e la condizione del minore, peraltro incurabile; 3. l'inadeguatezza del sistema della responsabilità civile nel risolvere con lo strumento risarcitorio situazioni nelle quali il confronto non è fra lo stato del soggetto prima e dopo l'evento dannoso, ma fra il nulla della non-esistenza e la vita stessa, seppur handicappata<sup>159</sup>.

Le medesime regole di responsabilità civile motivano il rigetto della domanda del minore nel caso *Stewart v. Long Island College Hospital*<sup>160</sup>, ove si osserva come il più grave degli illeciti contro la persona umana sia la soppressione della sua stessa vita e come l'intero sistema giuridico, di conseguenza, ruoti attorno a tale, essenziale principio. Ciò premesso, appare, dunque, inaccettabile la tesi secondo la quale la non-esistenza possa essere preferita all'esistenza, quali che siano le sue condizioni: è evidente, infatti, come si dovrebbe, altrimenti, logicamente pervenire all'approvazione di pratiche quali l'eutanasia attiva – laddove la morte, allora, non sarebbe un danno, bensì lo sarebbe continuare a vivere (o ad agonizzare).

In *Curlender v. Bio-Sciences Laboratories*<sup>161</sup>, la Corte d'Appello californiana risarcisce per la prima volta il *tort* per *wrongful life*, con la conseguente liquidazione, a favore del bambino, dei danni «for the pain and suffering to be endured during the limited life span available to such a child and any special pecuniary loss resulting from the impaired condition».

La riparazione dei *general damages* viene *ovverruled*, però, solo due anni più tardi, quando la Suprema Corte della California, in *Turpin v. Sortini*<sup>162</sup>, limita il pregiudizio risarcito alle «extraordinary expenses occa-

<sup>159</sup> D'altra parte, la motivazione fondamentale alla base del rigetto dell'azione di *wrongful life* è la convinzione secondo la quale il bambino, laddove avesse ipoteticamente egli stesso potuto scegliere, avrebbe comunque optato per la vita: «It is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened. If Jeffrey could have been asked as to whether his life should be snuffed out before his full term of gestation could run its course, our felt intuition of humane nature tells us he would almost surely choose life with defects as against no life at all».

<sup>160</sup> *Stewart v. Long Island College Hospital*, (1968) 35 A.D. 2d 531, 313 N.Y.S. 2 d 502.

<sup>161</sup> *Curlender*, (1980)165 Cal. Rptr. 477: «the reality of the "wrongful life" concept is that such a plaintiff both *exists* and *suffers*, due the negligence of others. It is neither necessary nor just to retreat into meditation on the mysteries of life. We need not be concerned with the fact that had defendants not been negligent, the plaintiff might not have come into existence at all. The certainty of genetic impairment is no longer a mystery. In addition, a reverent appreciation of life compels recognition that the plaintiff, however impaired she may be, has come into existence as a living person with certain rights».

<sup>162</sup> *Turpin v. Sortini*, cit. Al fine, poi, di evitare deleterie duplicazioni risarcitorie, il figlio non riscuoterà alcun risarcimento per queste spese straordinarie nel periodo di tempo nel quale i genitori saranno destinatari di tali somme, erogate a medesimo titolo.

sioned by the child's handicapped life» (*special damages*). Infatti, riconoscere il diritto del bambino alla liquidazione dei «general damages for being born would present insurmountable problems for jurors who would struggle to determine the value of life and the morality of abortion, and who may be unable to dissociate their finding of injury and damage from the value and quality of their own lives. These difficulties would likely cause wild swings in general damages awards, and are more than the justice system can digest»<sup>163</sup>.

Attualmente, peraltro, solo le corti di tre stati nord-americani<sup>164</sup> riconoscono un'azione per *wrongful life*, mentre dieci stati hanno addirittura avvertito l'esigenza di codificare – così come il legislatore francese – il rigetto di siffatta pretesa<sup>165</sup>. Tale, pressoché unanime, diniego è sempre motivato, in sostanza, alla stregua della decisione *Gleitman*<sup>166</sup>, ovvero in ragione degli obiettivi e della *policy* intrinsecamente caratterizzanti la *tort law*, nonché a motivo dell'impossibilità di ipotizzare un risarcimento volto al ripristino di uno *status quo ante*, anteriore all'evento dannoso. In definitiva, se i giudici non incontrano particolari difficoltà nella definizione dei primi tre elementi la cui sussistenza condiziona una *negligence cause of action*, a comportare maggiori problemi è l'individuazione dei *damages*. Più chiaramente, se l'*informed consent* è il *duty* gravante sul medico con-

<sup>163</sup> *Procanik v. Cillo*, cit. In questo modo, la Corte attribuisce ai genitori il risarcimento dei *general* e *special damages*, al bambino la riparazione delle spese straordinarie associate al suo stesso *handicap*. V. altresì B. KENNEDY, *The Trend toward Judicial Recognition of Wrongful Life: A Dissenting View*, in *U.C.L.A. L. Rev.*, 1983, 31, 473, pp. 489-491. Similmente, cfr. *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, cit.

<sup>164</sup> Indiana, Colorado e New York: v. D. POLLARD, *Wrongful Analysis in Wrongful Life Jurisprudence*, in *Ala. L. Rev.*, 2004, 55, p. 327, e P. DIMOPOULOS, M. BAGARIC, *The Moral Status of Wrongful Life Claims*, in *CLWR*, 2003, 32.1, p. 35. Cfr., inoltre: *Elliott v. Brown* (1978) 361 So. 2d 546, 548; *Blake v. Cruz* (1984) 698 P.2d 315, 322; *Azzolino v. Dingfelder* (1985) 337 S.E.2d 528, 533. V. R. PERRY, *It's a Wonderful Life*, in *Cornell L. Rev.*, 2008, 93, p. 329, e M. MCENTIRE, *Compensating Post-Conception Prenatal Medical Malpractice While Respecting Life: A Recommendation to North Carolina Legislators*, in *Campbell L. Rev.*, 2007, 29, p. 761.

<sup>165</sup> V. D. POLLARD, *Wrongful Analysis in Wrongful Life Jurisprudence*, cit., pp. 340 ss. Esemplicamente, lo *Utah Wrongful Life Act* (uno dei primi atti normativi in proposito emanati) statuisce che: «a cause of shall not arise, and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted» (sezione 78-11-24). Cfr. G. ROPER, *International Law and Religion Symposium: An Open Question in Utah's Open Courts Jurisprudence: The Utah Wrongful Life Act and Wood v. University of Utah Medical Center*, in *B.Y.U.L. Rev.*, 2004, p. 893; R. WICKS, *Recent Developments in Utah Law: The Constitutionality of the Utah Wrongful Life Act*, in *Utah L. Rev.*, 2004, p. 267, e J.C. VILLAFUERTE, *Recent Development in Health Law: Select Recent Court Decision: Wrongful Birth: Utah Statute Banning Wrongful Birth Claims Does Not Violate Due Process or Equal Protection*, in *Am. J. L. and Med.*, 2003, 29, p. 141. Infine, v. V. MONTANI, *Nascite indesiderate tra danno e santità della vita*, in *Biodiritto*, 2013, p. 127, e I. GIESEN, *The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases*, in *Utrecht Law Rev.*, 2012, p. 35.

<sup>166</sup> Ancora, si rinvia a D. POLLARD, *Wrongful Analysis in Wrongful Life Jurisprudence*, cit.

venuto, *the breach* è la dimostrazione secondo la quale il professionista è venuto meno al *care* che, in simili circostanze, qualsiasi altro ragionevole suo collega avrebbe prestato. Per quanto concerne, invece, *the causation*, si noti come questa si scomponga in *cause in fact* e *proximate cause*: la prima è determinata dal convincimento che la madre, laddove avesse potuto scegliere, avrebbe abortito o rinunciato al concepimento; la seconda dalla limitazione della responsabilità del danneggiante per quella tipologia di pregiudizi cagionati «for harms in fact caused by his negligence to person reasonably foreseeably harmed by the negligence and to harms of a type that are reasonably foreseeable»<sup>167</sup>.

Per contro, a riguardo dei *damages*, e nonostante l'evidenza delle ingenti spese mediche e/o dei costi per educare e allevare un figlio, nonché del *pain and suffering* derivante dalla nascita indesiderata, le corti negano, per lo più, la responsabilità, a motivo dell'assenza di una «legally cognizable injury». Semanticamente, ciò viene giustificato, di volta in volta, dall'impossibilità di definire la condizione in cui si sarebbe trovato l'attore in assenza del *tort*, dall'impossibilità di paragonare una non-esistenza con un'esistenza “malformata”, nonché dal problema di quantificare concretamente i danni risarcibili o, ancora, dall'assenza di qualsivoglia pregiudizio, poiché qualsiasi vita sarebbe preferibile alla non-vita.

In conclusione, la negligenza realmente imputabile al professionista nelle azioni di *wrongful life* è, probabilmente, il mancato (o non pieno) utilizzo delle risorse nei termini della tecnologia medica disponibile per la prevenzione delle potenziali offese alla società e alle vittime dirette. Così, il riconoscimento dell'azione per *wrongful life* «wuold promote societal interests in genetic counseling and prenatal testing»<sup>168</sup>. Ciò senza dimenticare, peraltro, le tradizionali, note funzioni della responsabilità civile, certo care alla dottrina nord-americana: «the “prophylactic” factor of preventing future harm – that is, punishment and deterrence – has always been an important reason for imposing tort liability. Tort liability has its origins in criminal law, so there is a punitive element to tort liability. These factors – punishment and deterrence – are obviously more important in situations in which the defendant has the clear ability to prevent the harm, so imposing liability will effectively and efficiently result in deterrence and therefore less future harm. This factor alone – discouraging medical practitioners from carelessness in genetic testing and disclosure – warrants imposition of liability in wrongful life cases»<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> D.B. DOBBS, *The Law of Torts*, West Academic, St. Paul, 2000, p. 444.

<sup>168</sup> *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, cit. V. M.D. GINSBERG, *Informed Consent and the Differential Diagnosis: How the Law Can Overestimate Patient Autonomy and Compromise Health Care*, in *Wayne L. Rev.*, 2015, 60, p. 349.

<sup>169</sup> AA.VV., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, West Group, St. Paul, 1984, pp. 25-26. Infine, *ex pluribus*: D. FOX, C. GRIFFIN, *Disability-Selective Abortion and the Americans with*

Certo, contrariamente a quanto osservato per il sistema francese, l'assistenza del bambino disabile non compete qui, in termini monetari, al *welfare state*, bensì rischia di essere affidata al mero strumento giudiziario<sup>170</sup>. In questo senso, l'operatore sanitario potrebbe rivelarsi il soggetto più idoneo a sopportare i costi di un'azione di *wrongful life*: sia per la presenza, all'interno del mercato assicurativo americano, di prodotti idonei alla copertura del professionista<sup>171</sup> (assenti, invece, per potenziali con-

---

*Disabilities Act*, in *Utah L. Rev.*, 2009, p. 845; M. DIEHR, *The State of Affairs Regarding Counseling for Expectant Parents of a Child with a Disability: Do Acog's New Practice Guidelines Signify the Arrival of a Brave New World?*, in *St. Louis L.J.*, 2009, 53, p. 1287; D.P. DIXON, *Informed Consent or Institutionalized Eugenics? How the Medical Profession Encourages Abortion of Fetuses with Down Syndrome*, in *Issues L. & Med.*, 2008, 24, p. 3; K. COSTELLO, *The Limitations of Wrongful Life Claims and Genetic Diagnosis*, in *Los Angeles Lawyer*, 2007, 30, p. 14; M. SHETH, *Better Off Unborn? An Analysis of Wrongful Birth and Wrongful Life Claims Under the Americans with Disabilities Act*, in *Tenn. L. Rev.*, 2006, 73, p. 641; W.F. HENSEL, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, in *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, 2005, 40, p. 141; C. INTROMASSO, *Reproductive Self-Determination in the Third Circuit: The Statutory Proscription of Wrongful Birth and Wrongful Life Claims as an Unconstitutional Violation of Planned Parenthood v. Casey's Undue Burden Standard*, in *Women's Rights L. Rep.*, 2003, 24, p. 101; J. SKOLNIK, *Compensating A California Wrongful Life Plaintiff For General Damages And Damages For Lost Earning Capacit.*, in *Loy. L.A. L. Rev.*, 2003, 36, p. 1677; M. STRASSER, V. YES, *There Can Be Wrongful Life: On Consistency, Public Policy, and the Birth-Related Torts*, in *Geo. J. Gender & L.*, 2003, 4, p. 821; T.A. BURNS, *When Life is an Injury: An Economic Approach To Wrongful Life Lawsuits*, in *Duke L.J.*, 2003, 52, p. 807; K.E. RHINEHAR, *The Debate Over Wrongful Birth and Wrongful Life*, in *Law & Psychol. Rev.*, 2002, 26, p. 141; T.B. KENNEDY, *The Cost of Living: Maryland's Refusal to Recognize the Wrongful Life Cause of Action Short-Changes Plaintiffs*, in *U. Balt. L. Rev.*, 2002, 32, p. 97; M.E. BRANDON, *Family at the Birth of American Constitutional Order*, in *Tex. L. Rev.*, 1999, 77, p. 1195; M. STRASSER, *Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One?*, in *Mo. L. Rev.*, 1999, 64, p. 29; M.E. PELLEGRINO, *The Protection of Prenatal Life: Tort Claims of Wrongful Birth or Wrongful Life and Equal Protection Under Pennsylvania's Constitution*, in *Temp. L. Rev.*, 1999, 72, p. 715; P.G. PETERS, *The Illusion of Autonomy at the End of Life: Unconsented Life Support and the Wrongful Life Analogy*, in *UCLA L. Rev.*, 1998, 45, p. 673; J.F. KOWITZ, *Not your Garden Variety Tort Reform: Statutes Barring Claims for Wrongful Life and Wrongful Birth are Unconstitutional under the Purpose Prong of Planned Parenthood v. Casey*, in *Brooklyn L. Rev.*, 1995, 61, p. 235; A. JACKSON, *Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, 1995, 17, p. 535; M.B. KELLY, *The Rightful Position in "Wrongful Life" Actions*, in *Hastings L.J.*, 1991, 42, p. 505; M.A. BERENSON, *The Wrongful Life Claim – The Legal Dilemma Of Existence Versus Nonexistence: "To Be Or Not To Be"*, in *Tul. L. Rev.*, 1990, 64, p. 895; T.J. DAWE, *Wrongful Life: Time for a "Day in Court"*, in *Ohio St. L.J.*, 1990, 51, p. 473, e T. KEASLER FOUTZ, *"Wrongful Life": The Right not to be Born*, in *Tul. L. Rev.*, 1980, 54, p. 480.

<sup>170</sup> P.G. PETERS JR., *Rethinking Wrongful Life: Bridging the Boundary Between Tort and Family Law*, in *Tul. L. Rev.*, 1992, p. 397.

<sup>171</sup> T.A. BURNS, *When Life is an Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits*, cit., secondo cui, inoltre: «Doctors already obtain liability insurance for the rest of their medical practice, so this would only marginally increase the cost of the services they provide, whereas it would be very time consuming and expensive in terms of transaction costs for parents to purchase insurance that would provide for their child's expenses and their

traenti genitori) sia per il prezzo della relativa assicurazione, che risulterebbe comunque più contenuto se sopportato dal medico, il quale è già naturalmente chiamato a rispondere di rischi simili e il quale si trova altresì nella migliore posizione per calcolare questo «potential social cost, because only doctors have access to the necessary information (and technical ability to understand this information) to determine whether a child will be retarded or deformed»<sup>172</sup>.

---

heartbreak if their child were born deformed or retarded. Because doctors incur fewer transaction costs in obtaining liability insurance, they can more cheaply diffuse the social costs of children with birth defects».

<sup>172</sup>T.A. BURNS, *When Life is an Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits*, cit. V. anche W.R. SCHUSTER, *Rights Gone Wrong: A Case Against Wrongful Life*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 2016, 57, p. 2330.



## CAPITOLO III

# AUTODETERMINARSI ALLA FINE

SOMMARIO: 1. Prognosi grave ed informazione. – 2. I familiari del paziente. – 3. Il fiduciario. – 4. L'amministrazione di sostegno. – 5. Il paziente minorenne. – 6. Il paziente minorenne all'estero. – 7. Le direttive anticipate di trattamento. – 8. Il consenso presunto. – 9. Il dissenso del paziente. – 10. Il rifiuto dell'emotrasfusione. – 11. Il danno della vita salvata. – 12. Il rifiuto delle cure in Francia. – 13. Il rifiuto delle cure in *common law*. – 14. Il caso del paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile. – 15. La fatica del legislatore italiano. – 16. Rifiuto di cure, trattamenti sanitari e accanimento terapeutico. – 17. Rifiuto di cure e amministrazione di sostegno.

### 1. *Prognosi grave ed informazione*

L'art. 33 del Codice deontologico prevede – s'è visto<sup>1</sup> – la necessità e opportunità di modalità soggettivate di comunicazione<sup>2</sup>, che tengano conto, in particolare, della «sensibilità» e della «reattività emotiva» del paziente, in special modo laddove si tratti di prognosi grave o infausta e, comunque, «senza escludere elementi di speranza». Quest'ultima precisazione, d'altro canto, già rivela un primo problema: la possibilità, nella specie, di esonerare il medico da un'informazione esaustiva o veritiera circa la natura e le conseguenze della patologia da cui l'ammalato è affetto<sup>3</sup>. Infatti, nel momento stesso in cui si ritiene di dover specificare che la

---

<sup>1</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § VI, *L'informazione*.

<sup>2</sup> Cfr. T. FEOLA, P. ANTIGNANI, C. DURANTE, M. SPALLETTA, *Consenso informato. Facoltà di curare e pazienti con incerte capacità a consentire*, Minerva medica, Torino, 2001, p. 10.

<sup>3</sup> Sul punto, così K. JASPERS, *Il medico nell'età della tecnica*, R. Cortina, Milano, 1991: «Quando le cose si fanno serie, quando la vita appare minacciata o, sulla base di quanto è umanamente prevedibile, già pregiudicata, il malato non vuole affatto sapere. Se dice il contrario è perché desidera essere tranquillizzato e non la verità. Poiché spesso l'uomo, da malato, non è razionale ma irrazionale ed antirazionale, la relazione medica deve necessariamente trasformarsi». Ancora, cfr. V. CHIODI, *Il consenso del paziente nella teoria medico-legale*, in AA.VV. *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 133, secondo il quale esistono «persone di animo forte, le quali si sdegnerebbero di essere ingannate, e pazienti deboli, come tanti di noi purtroppo, i quali hanno bisogno di essere affettuosamente ingan-

speranza – di guarire o di non morire – non va esclusa, è perché tale speranza non ha sostanzialmente più ragione, in realtà, di essere nutrita. Se nel capitolo precedente si è trattato, quindi, della tutela che l'ordinamento appresta in caso di violazione dell'autodeterminazione in merito ad una vita che ha inizio, in questo l'obiettivo è comprendere, invece, i termini delle garanzie offerte rispetto ad un'autonomia che si esplica e realizza in un momento in cui la vita sta volgendo al termine.

Peraltro, se una *rétenction thérapeutique de l'information*<sup>4</sup> può giustificarsi con la volontà di non aggravare ulteriormente le condizioni di salute di soggetti particolarmente ansiosi o psichicamente deboli, è comunque necessario evitare la creazione di un comodo alibi per il medico che non abbia adempiuto alla sua obbligazione d'informare, nonché rammentare come l'ossequio alla dignità umana comporti – quale principio generale – altresì il rispetto del diritto alla verità su ciò che concerne la propria esistenza ed esistenza stessa, la propria vita e la propria morte<sup>5</sup>. In questo senso, se pare comprensibile la volontà, più o meno esplicita (e allora il problema si porrà anche in termini di cognizione e valutazione, da parte del medico, dei reali desideri del paziente<sup>6</sup>), di non conoscere l'evoluzione mortale della propria patologia, s'impone pur sempre la necessità di un bilanciamento con l'opportunità e l'esigenza, per converso, di comunicare all'ammalato quantomeno la natura del trattamento cui si dovrà sottoporre. Si tratterebbe, altrimenti, di escludere dalla decisione il diretto interessato proprio quando le sue condizioni siano più difficili e delicate o laddove s'imponga l'adozione di decisioni cruciali, anche in termini di qualità della vita residua: senza informazione, infatti, non può esistere consenso.

---

nati», e «il medico più bravo è quello che riesce a far sopportare al malato l'operazione più difficile, facendogli credere che si tratta di curare una malattia di nessun conto». Infine, v. L. ORSI, F. DE BIASI, A. SEMPREGONI, L. BUSATTA, D. MAZZON, *La comunicazione della cattiva notizia in ambito sanitario: da sconosciuta a perno della relazione di cura*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, p. 191, e G. NERI, G. GRONCHI, *Sul dovere di informazione al malato terminale*, in *Zacchia*, 2006, p. 25.

<sup>4</sup>V. G. MEMETEAU, *Traité de la responsabilité médicale*, les Etudes hospitalières, Bordeaux, 1996, p. 111; D. THOUVENIN, *Le secret médical et l'information du malade*, Presses Universitaires de Lyon, Lione, 1982, p. 58, e P. ARIES, *L'homme devant la mort*, Le Seuil, Parigi, 1977.

<sup>5</sup>P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit., pp. 5-6: «il centro del dovere di correttezza è la lealtà: la lealtà esige la trasparenza della condotta, la collaborazione dell'una parte con l'altra, la "protezione" degli interessi dell'altra parte e naturalmente l'informazione. Nell'orizzonte della correttezza trova un fondamento giuridico il dovere di "sostegno" da parte del medico, come un aspetto della collaborazione reciproca: intendo quel comportamento per cui il medico coopera alla ricerca della verità da parte del malato, cioè alla ricerca di una via per accettare la verità (...)».

<sup>6</sup>Ai sensi dell'art. 33 dell'attuale Codice deontologico, peraltro, «il medico rispetta la necessaria riservatezza dell'informazione e la volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione, riportandola nella documentazione sanitaria».

È il paziente a dover scegliere, se ancora capace, quando cominciare, per esempio, la sedazione terminale, precludendosi ogni ulteriore contatto con il mondo esterno; sono momenti, quelli in cui ci si approssima alla morte, che rivestono un'importanza fondamentale e nei quali lo stesso livello di sofferenza che si decide di poter ancora sopportare è condizionato dalla precedente esperienza di vita e dal sistema valoriale cui si vuole prestare ossequio, nonché dalle aspettative nutrite in termini di ultime relazioni con le persone care<sup>7</sup>.

Nell'ottica di una *déontologie de la vérité*<sup>8</sup>, quindi, l'assunto generale del diritto del malato alla verità dev'essere solo eccezionalmente temperato da ragionevoli limiti di tatto e di prudenza, alla ricerca di un complesso equilibrio fra un commiserevole atteggiamento paternalista e una brutale sincerità<sup>9</sup>. Si tratta, in definitiva, di precisare se, quando e *quanto* il medico debba dire la verità e, non da ultimo, di stabilire altresì l'identità dei destinatari di tale informazione, anche a prescindere da quelle situazioni-limite in cui il medico diligente tace perché la conoscenza della realtà è, per quell'ammalato, obiettivamente pericolosa, addirittura suscettibile di aggravare le sue condizioni di salute o di affrettarne la morte stessa – senza contare, infine, i rischi di suicidio derivanti da un'eventuale, sconsigliata rivelazione<sup>10</sup>.

D'altra parte, il caso del paziente che esplicitamente richieda di non essere informato è raro: di conseguenza, s'è già detto come la difficoltà ri-

---

<sup>7</sup> Cfr. N. BERLINGER, B. JENNINGS, S. WOLF, *The Hastings Center Guidelines for Decisions on Life-Sustaining Treatment and Care Near the End of Life*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

<sup>8</sup> J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Parigi, 1996, 18. Cfr. altresì ID., *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ, Parigi, 1973.

<sup>9</sup> Per un approfondito studio interdisciplinare circa le componenti psicologiche, mediche, deontologiche e familiari del consenso informato: AA.VV., *La verità per il malato. Aspetti giuridici, etici e medici del consenso informato*, Atti del convegno promosso dalla Fondazione IEO in collaborazione con il Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale e l'Associazione di studi giuridici e costituzionali «Emilio Alessandrini», Milano, 12 giugno 1995, in *Giust. e Cost.*, 1996, pp. 3-86. Cfr. Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, pp. 163 ss., con nota di G. IADECOLA, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, e in *Giur. mer.*, 1991, p. 1119, con nota di P. GIAMMARRIA, *Brevi note in tema di consenso del paziente ed autodeterminazione del chirurgo nel trattamento medico chirurgico*: «doveva essere lasciato alla libera scelta della paziente se trascorrere i non moltissimi giorni di una vita ormai non lontana dalla fine in maniera fisicamente e psicologicamente dignitosa ovvero subire il trauma di un intervento chirurgico cruento e devastante, con scarsissime probabilità di riuscita *quoad vitam*, con degenza ospedaliera lunghissima, dolorose medicazioni, sconvolgimento delle funzioni naturali, con applicazione di un ano artificiale, in una condizione quindi fisicamente dolorosa e psicologicamente umiliante».

<sup>10</sup> Cfr. F. CALAMO SPECCHIA, *Comunicazione profonda in sanità. Senso, verità, desiderio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011, pp. 156 ss., e F. PERSANO, *La sedazione palliativa tra etica e diritto: la situazione italiana*, in *Med. mor.*, 2013, p.179.

corrente, per il medico, consista proprio nel rispettare la volontà effettiva, reale, ma – in ipotesi – non *manifesta* dell'interessato. Per dire di non voler sapere, poi, il malato già dovrebbe, in qualche modo, sapere; in tutti gli altri casi, il professionista che decida di ottemperare alla volontà “vera” del paziente si trova inevitabilmente esposto al pericolo di distorcerla, nel tentativo d'interpretarla. Peraltro, all'interno del *processo* informativo, costituisce una scelta del paziente, seppur non esplicita, decidere di quanto approfondire l'informazione, nonché manifestare la propria, concreta volontà chiedendo o non chiedendo ulteriormente (altresì sotto l'azione, in gran parte inconscia, dei propri meccanismi di difesa<sup>11</sup>). Al fine di contenere eventuali tentazioni paternalistiche, inoltre, il dilemma circa l'an dell'informazione dovrebbe porsi, al limite, con riferimento pressoché esclusivo alle situazioni di prognosi sfavorevole, con certezza virtuale nel breve/medio periodo, non in quei casi di mero rischio (perlomeno non elevatissimo), caratterizzati sia da una probabilità concreta di guarigione sia dalla possibilità, invece, di morire<sup>12</sup>. Ciò anche in considerazione del fatto che onorare il principio dell'autonomia del paziente quanto all'informazione che egli desidera ricevere (il malato non vuole sapere) equivale, d'altro canto, a non rispettare la medesima sua autodeterminazione sul terreno della decisione clinica (non più *condivisa*<sup>13</sup>). Si tratta, ad ogni modo, di

---

<sup>11</sup> A tal proposito, v. P. CASALI, L. LICITRA, A. SANTORO, *Metodologia clinica in oncologia*, Esi, Napoli, 1991. Per quanto riguarda, poi, le menzogne in materia di diagnosi, espressione del *potere* del medico di scegliere *per* il paziente: cfr. S.J. REISER, *Words as Scapels: Transmitting Evidence in the Clinical Dialogue*, in *Ann. Intern. Med.*, 1980, 92, pp. 837-842.

<sup>12</sup> Del resto, l'informazione del paziente neoplastico è da sempre considerata un problema *a parte*, in ragione della particolare percezione culturale e sociale che si ha del cancro – il quale, indipendentemente dalla prognosi effettiva nella specifica situazione clinica, diviene sempre sinonimo di condanna a morte: cfr. A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato*, cit., pp. 49-50.

<sup>13</sup> Ai sensi dell'art. 20 del Codice deontologico (*Relazione di cura*), infatti, «La relazione tra medico e paziente è costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità». Cfr. anche il documento *Informazioni e consenso progressivo in cure palliative: un processo evolutivo condiviso*, *Raccomandazioni della Società italiana cure palliative*, ottobre 2015, consultabile sul sito della stessa SICP: «L'obiettivo centrale della informazione e della comunicazione è la condivisione delle scelte terapeutiche assistenziali che in ogni momento caratterizzano il percorso di cura in tutte le sue fasi (...). La condivisione delle scelte con il malato è di grande rilevanza anche nelle decisioni che riguardano il fine vita (...). È fondamentale che, di norma, tali decisioni non siano prese dai curanti “in urgenza” ma vengano valutate e condivise con il malato, se possibile, oppure con la famiglia il prima possibile, per avere già una indicazione documentata della volontà del malato e della condivisione dei parenti al momento della decisione effettiva». Cfr., inoltre, l'art. 26 (*Cartella clinica*) del Codice deontologico, secondo il quale «il medico (...) registra il decorso clinico assistenziale nel suo contestuale manifestarsi o nell'eventuale pianificazione anticipata delle cure nel caso di paziente con malattia progressiva, garantendo la tracciabilità della sua redazione. Il medico registra nella cartella clinica i modi e i tempi dell'informazione e i termini del consenso o dissenso della persona assistita o del suo rappresentante legale (...)». Cfr. anche F. NICOLI, *Per un'etica del prendersi cura nel tempo tecnologico*, in *Mondo digitale*, settembre

un'informazione e di un consenso spesso *progressivi*, a fronte dell'estrema fragilità emotiva del paziente terminale, che può non comprendere immediatamente la prima comunicazione, a causa dell'impatto fortissimo che la connota, specie laddove non gli sia stata da subito rivelata la verità. Bisogna che vi sia chiarezza, per esempio, riguardo all'utilità attesa dal paziente rispetto ai trattamenti che gli vengono proposti o che egli stesso richiede, per evitare un inutile dispendio di sofferenza, ma anche, molto pragmaticamente, di risorse economiche del Servizio Sanitario Nazionale (*overtreatment*). È un'autonomia debolissima, quella di questi soggetti, a fronte della quale appare insensato – chiosa la stessa Società italiana cure palliative – «imporre *ex abrupto* e *ab initio* un *gold standard* di consenso informato, tradizionalmente ideato e modellato su condizioni di non terminalità»<sup>14</sup>. In questo senso, un consenso «progressivo» si costruisce all'interno di un rapporto malati-curanti fondato sulla condivisione delle responsabilità e, se la malattia lo rende possibile, sulla collaborazione tra soggetti con pari dignità.

Il problema, del resto, potrebbe sempre più spostarsi dall'*an* e dal *quantum* al *quomodo* della comunicazione professionista-paziente, nel tentativo di tradurre la prognosi medica in un'informazione comprensibile sul piano esistenziale ed umano, nonché di elaborare nuove modalità di coinvolgimento del malato nella decisione clinica, affinché quest'ultima sia davvero espressione della sua volontà effettiva. In questo senso, infatti, è stato altresì sottolineato<sup>15</sup> come lo stesso consenso al trattamento sanitario – così come il suo rifiuto – dipenda, più di quanto non si sia disposti ad ammettere, dall'utilizzo, da parte del medico, di specifiche tecniche di comunicazione, nonché dal modo in cui egli suole trasferire l'informazione ovvero impostare, infine, le sue stesse risposte.

D'altra parte, la stessa prognosi costituisce, semplicemente, un mero

---

2016, p. 1; P. BORSELLINO, *Consenso informato: perché e come attuarlo nelle cure palliative*, in *Riv. it. cure pall.*, 2012, 3, p. 35; A. TURRIZIANI, *Relazione di cura e autonomia relazionale. Come rispondere al dolore totale e alla sofferenza: il modello proposto dalle cure palliative*, in *Riv. Bio-diritto*, 2016, p. 229; A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del «fine vita»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1139, e F. ALCARO, *La relazione di cura come rapporto giuridico. I dilemmi di fine vita*, *ivi*, p. 1189.

<sup>14</sup> SICP, *Informazioni e consenso progressivo in cure palliative: un processo evolutivo condiviso*, *cit.*, p. 25. V. R. GIL, *Comment informer les patients atteints de troubles cognitifs?*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2016, 59, p. 37, e C. LEUZZI-LOUCHART, D. MATHIEU, *Consentement aux soins en situation de réanimation. Liberté ultime ou illusion?*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2015, 57, p. 65.

<sup>15</sup> V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, *cit.*, p. 1031. V. anche F. BUZZI, *Formulazione e comunicazione della diagnosi: aspetti medico-legali e risvolti deontologico-relazionali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 1, p. 31; F. CARPENEDO, *Non di sole medicine ma di ogni parola (detta o non detta) tra medico e paziente: migliorare la comunicazione al paziente per favorire l'alleanza terapeutica*, Milano, 2011, e A. DE SANTI, P.L. MOROSINI, S. NOVIELLO (a cura di), *La comunicazione con il paziente oncologico: valutazione e interventi*, Erickson, Gardolo (TN), 2009.

tentativo del medico (sprovvisto, pertanto, dei caratteri della definitiva certezza e precisione) di prevedere, su basi razionali, il futuro del paziente: uno sforzo non solo e non tanto funzionale ad un'adeguata informazione, ma soprattutto necessario al fine di una corretta decisione terapeutica, ovvero per individuare l'opzione connessa alla maggiore probabilità di una prognosi favorevole<sup>16</sup>.

Si tratta, invero, di problematiche strettamente connesse a temi di più ampio respiro, quali l'approccio socio-culturale nei confronti dell'evento-morte proprio di una determinata area geografica, l'importanza, per una certa popolazione, del fenomeno religioso o della dimensione familiare, nonché il grado di individualismo caratterizzante alcune nazioni più di altre. In proposito, è senz'altro possibile individuare un differente orientamento a proposito dell'"informazione attorno alla morte", che connota, a partire dagli anni Sessanta, Nord America e Nord Europa. Ciò in ragione, fra l'altro, di una maggiore interdisciplinarietà della medicina (che richiede il coinvolgimento nella cura del paziente di una gran quantità di persone) e del minore sostegno di una famiglia sempre più assente e poco numerosa, nonché della crescente responsabilizzazione del malato e dell'aumento delle controversie legali in ambito medico. Tale concezione della salute quale "bene di consumo" fatica ad affermarsi, al contrario, nei paesi dell'Europa meridionale, dove ancora è forte, invece, la tentazione di *non-informare* in merito a prognosi e diagnosi<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato*, cit., pp. 37 ss.

<sup>17</sup> V. J.C. HOLLAND, N. GEARY, A. MARCHINI, S. TROSS, *An International Survey of Physician Attitudes and Practice in Regard to Revealing the Diagnosis of Cancer*, in *Cancer Invest.*, 1987, 5, pp. 151-154, dove si espongono i risultati di uno studio indicativo dei differenti orientamenti culturali/nazionali: per esempio, la maggioranza degli oncologi (più dell'80%) informa i propri pazienti in Austria, Danimarca, Finlandia, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Svezia, Svizzera e Stati Uniti; al contrario di quanto avviene in Africa, Giappone, Iran, Italia, Panama, Portogallo, Spagna e Ungheria (meno del 40%). Cfr. A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato*, cit., pp. 51 ss., e R. SCHAEERER, *Parler de la mort avec le malade*, atti del terzo congresso internazionale di etica medica, Parigi, 9-10 marzo 1991, Conseil National de l'Ordre, Parigi, 1992, pp. 192 ss. V. G. CALOIRO, *La comunicazione medico-paziente: percorsi etico-filosofici e psico-pedagogici*, Cittadella, Assisi, 2012; A. LUCCHINI (a cura di), *Il linguaggio della salute: come migliorare la comunicazione con il paziente*, Palestra della Scrittura, Milano, 2012; V. OLIVIERI (a cura di), *La verità sostenibile nella relazione operatore sanitario-paziente*, Cortina, Verona, 2011; C. PENSIERI, *La comunicazione medico-paziente: programmazione neuro linguistica & sanità, teorie e tecniche di comunicazione interpersonale*, NLP International, 2009; A.M. DE SANTI, I. SIMEONI, *Il medico, il paziente e i familiari: guida alla comunicazione efficace*, SeEd, Torino, 2009; F. BENEDETTO, *Qualità percepita: un importante strumento per valorizzare la comunicazione medico-paziente*, Pioda Imaging, Roma, 2009; AA.VV. *Parole che curano: la comunicazione fra medico e paziente*, Ufficio Qualità Ure Urp/ASO S. Croce Carle, Cuneo, 2007; A. ROBERTI, C. BELOTTI, L. CATERINO, *Comunicazione medico-paziente: la comunicazione come strumento di lavoro del medico*, Alessio Roberti, Urgnano (BG), 2006; U. COMITE, *La comunicazione sanitaria: i rapporti tra personale, paziente e struttura organizzativa*, Centro Editoriale e Librario, Arcavacata di Rende (CS), 2004; G. D'ANDRIA, *La parola responsabile: la comunicazione e il paziente geriatrico*, Bari, 2004; P. TA-

## 2. I familiari del paziente

I codici di deontologia medica<sup>18</sup> del 1978 e del 1989 rispecchiano una concezione del paziente quale individuo stretto all'interno di una cerchia familiare che lo protegge e che, da un punto di vista decisionale, può anche a lui sostituirsi nei momenti più drammatici dell'esistenza, quando il pericolo della malattia e della morte è più vicino. Pertanto, entrambe le versioni prevedono la possibilità o l'opportunità che una prognosi grave o infausta sia celata al malato, mentre il medico non può «tenere nascosta» detta verità alla «famiglia» (1978, art. 30), ovvero tale verità «dev'essere comunque comunicata ai congiunti» (1989, art. 39). Tali doveri del professionista nei confronti dei familiari sembrano, però, decisamente attenuarsi nel testo del 1995, ove «l'informazione ai congiunti è ammessa solo se il paziente la consente e fatto salvo quanto previsto all'art. 9 allorché sia in grave pericolo la salute o la vita di terzi» (art. 30, *Informazione ai congiunti*)<sup>19</sup>.

D'altra parte, è solo con la versione del 1998 che in Italia scompare qualsiasi riferimento alla famiglia o ai congiunti del malato (così privati, da interlocutori privilegiati del medico quali erano, di una qualsiasi legittimazione nella gestione delle informazioni e delle decisioni<sup>20</sup>), con il definitivo riconoscimento, quale regola generale, del segreto professionale sussistente fra medico e paziente. Ai sensi dell'art. 31 (*Informazione a terzi*), infatti, «l'informazione a terzi è ammessa solo con il consenso esplicitamente espresso dal paziente, fatto salvo quanto previsto all'art. 9 allorché sia in grave pericolo la salute o la vita di altri. In caso di paziente ricoverato il medico deve raccogliere gli eventuali nominativi delle persone preliminarmente indicate dallo stesso a ricevere la comunicazione dei dati sensibili» – testo ripreso pressoché letteralmente dall'art. 34 dei successivi

---

TE, *Comunicazione medico-paziente*, Momento medico, Salerno, 2003; J. DUXBURY, *Il paziente difficile: modalità di comunicazione*, McGraw-Hill, Milano, 2001, e D.M. TORALDO, *Il trattamento del cancro polmonare: evidenze scientifiche e valori bioetici in conflitto nelle scelte terapeutiche*, in *Med. mor.*, 2001, p. 741.

<sup>18</sup> Si rammenti altresì l'art. 52 del Codice di deontologia medica del 1954 (codice Frugoni), laddove «una prognosi grave può essere tenuta nascosta al malato, ma non alla famiglia che, in caso di pericolo di vita, deve essere tempestivamente avvertita, anche ai fini dell'eventuale assistenza religiosa».

<sup>19</sup> Cfr. V. FINESCHI (a cura di), *Il codice di deontologia medica*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 173 ss. D'altra parte, ai sensi del d.p.c.m. 19 maggio 1995, *Schema generale di riferimento della «carta dei servizi pubblici sanitari»*, «ove il sanitario raggiunga il motivato convincimento dell'inopportunità di un'informazione diretta, la stessa dovrà essere fornita, salvo espresso diniego del paziente, ai familiari o a coloro che esercitano potestà tutoria».

<sup>20</sup> S. SPINSANTI, *Chi decide in medicina? Dal consenso informato alla decisione consensuale*, Zadig, Roma, 2002, pp. 98-105. V. altresì S. SPINSANTI, V. PAPPALÈPORE, *Dall'educazione sanitaria al consenso informato. Il medico e il paziente, una relazione complessa*, Mediamix, Milano, 1995.

codici del 2006 e 2014<sup>21</sup>. Tuttavia, a proposito del valore del consenso/dis-senso (eventualmente conseguente all'informazione ricevuta) di tali soggetti "altri" (*terzi*) rispetto al paziente, nessuna direttiva esplicita soccorre il terapeuta<sup>22</sup>.

D'altro canto, l'automatica attribuzione ai familiari di un ruolo vicario nella prestazione del consenso al trattamento sanitario significherebbe – in ogni caso – presumere in maniera pressoché assoluta che il congiunto persegua sempre e comunque il bene del soggetto interessato (quando è di scuola, invece, l'esempio degli eredi squattrinati del vecchio parente ricco, che si ostina a non morire<sup>23</sup>). Inoltre, è opportuno considerare l'eventualità d'inimicizia o discordia fra i diversi parenti, nonché l'impossibilità, per il sanitario, di scegliere arbitrariamente a quale familiare prestare ascolto ai fini delle soluzioni terapeutiche da adottare. Di conseguenza, salvi i casi di rappresentanza legale (ovvero laddove si tratti di paziente minorenne, interdetto, inabilitato o sottoposto ad amministrazione di sostegno) ed eccezion fatta per le caute disposizioni appena ricordate, i parenti potrebbero eventualmente conservare un ruolo di qualche momento nella sola ricostruzione ed interpretazione, laddove necessario e come si avrà modo di approfondire nel prosieguo<sup>24</sup>, della volontà dell'ammalato incapace, il quale altresì non abbia previamente provveduto alla stesura di specifiche direttive anticipate<sup>25</sup>. Al riguardo, peraltro, l'art. 38 del Codice deontologico (*Dichiarazioni anticipate di trattamento*) prevede che il sanitario «tenga conto» di quanto precedentemente manifestato dal paziente

<sup>21</sup> Cfr. altresì il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, specie sub Titolo V, *Trattamento di dati personali in ambito sanitario*.

<sup>22</sup> V. E. CALÒ, *Il consenso del terzo al trattamento medico*, cit., p. 861, dove l'Autore si interroga circa il valore della comunicazione d'informazioni a terzi sprovvisti di poteri decisionali. Si conclude nel senso di una facoltà d'opposizione a trattamenti sanitari discutibili, dal momento che, laddove si negasse ai terzi alcun ruolo, anche indiretto, l'obbligo d'informazione rimarrebbe di assai ardua decifrazione.

<sup>23</sup> F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, pp. 13-15. V. altresì P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit., pp. 272 ss.

<sup>24</sup> Cfr. *infra*, cap. III, § 14, *Il caso del paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile*.

<sup>25</sup> V. M. POLVANI, *Il consenso informato all'atto medico: profili di rilevanza penale*, in *Giust. pen.*, 1993, pp. 734-736, ove si ricorda l'irrilevanza della volontà eventualmente espressa dai parenti, in quanto non autorizzati ad interferire con il diritto alla salute del proprio congiunto. Al contrario, nel caso in cui si facessero essi portatori, *de relato*, di una volontà precedentemente espressa dall'infermo, sorge il problema di valutare l'autenticità di detta testimonianza. Infine, cfr. F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, cit., pp. 13-15. D'altro canto, il coniuge non separato o il convivente *more uxorio*, i figli maggiori di età, i genitori e il rappresentante legale possono presentare opposizione scritta al prelievo di organi e di tessuti dal familiare di cui sia stata accertata la morte (laddove il diretto interessato non abbia in vita espresso, al riguardo, la propria volontà): cfr. l'art. 23 della legge 1° aprile 1999, n. 91, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*.

capace, «in forma scritta, sottoscritta e datata», nonché successivamente ad «un'informazione medica di cui resta traccia documentale», laddove questi non sia più in grado di esprimere la propria volontà<sup>26</sup>. D'altra parte, l'omissione intenzionale di qualsivoglia riferimento o menzione alla cerchia dei familiari<sup>27</sup> dell'ammalato impedisce di considerare quale prerogativa esclusiva dei congiunti l'eventuale coinvolgimento di terzi nelle relazioni con il personale sanitario. In definitiva, è il titolare del diritto alla salute e all'integrità psico-fisica il solo individuo abilitato all'adozione di scelte o risoluzioni in ordine ai trattamenti sanitari da effettuarsi; per il resto, laddove siano menzionati soggetti estranei al rapporto medico-malato, è concesso ampio spazio agli amici, al convivente, ai colleghi di lavoro e a tutti coloro che possano vantare un rapporto d'affezione con il paziente – ferma sempre restando l'esigenza di rispetto del segreto professionale, anche penalmente tutelato.

Qualora, poi, si tratti di procedere con urgenza ad un trattamento sanitario ed il paziente versi in condizioni d'incapacità d'intendere e di volere, spetterà al medico l'adozione di qualsiasi decisione operativa, in ragione della posizione di garanzia rivestita nei confronti del proprio assistito<sup>28</sup>. Per contro, laddove il professionista aderisse alle sollecitazioni dei familiari, in qualche modo compromettendo la salute del malato, risponderebbe penalmente delle conseguenze pregiudizievoli della propria condotta, poiché egli avrebbe assecondato la volontà di soggetti privi, secondo l'ordinamento, della titolarità del diritto di eseguire scelte o di interferire in ordine al bene della salute del loro congiunto<sup>29</sup>.

In questo modo, nell'ipotesi in cui il trattamento non possa essere rinviato senza esporre l'individuo incapace di consentire al pericolo di morte o di danno grave alla sua persona, l'intervento trova la propria giustificazione nello stato di necessità determinatosi, non certo nel consenso di

---

<sup>26</sup> Al contrario, secondo il testo del 1998: «Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso» (art. 34, *Autonomia del cittadino*). Per contro, si noti come nel 2006 il *grave pericolo di vita* non sia più una condizione imposta affinché il medico debba «tener conto» della volontà precedentemente espressa dal malato.

<sup>27</sup> Coerentemente, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del disegno di legge n. 2801, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, nella «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico» «sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo». Cfr. *infra*, cap. III, § 7, *Le direttive anticipate di trattamento*.

<sup>28</sup> Art. 36 del Codice deontologico (*Assistenza di urgenza e di emergenza*): «Il medico assicura l'assistenza indispensabile, in condizioni d'urgenza e di emergenza, nel rispetto delle volontà se espresse o tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento se manifestate».

<sup>29</sup> Cfr. G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., p. 70.

qualche parente, la cui volontà non è in alcun modo giuridicamente atta a scriminare la condotta del professionista<sup>30</sup>.

Peraltro, è inutile nascondere come, nella quotidianità della pratica operativa, il consenso e il parere dei familiari vengano di frequente richiesti non solo nei casi di incapacità naturale del paziente, ma anche laddove questi sia perfettamente cosciente e completamente autonomo – l'essere e il dover essere sono qui, più che altrove, completamente scollati. In questo modo, i parenti divengono sovente i destinatari di un'informazione più dettagliata e schietta di quella riservata allo stesso ammalato, così assumendo, all'interno di una sorta di «dinamica di gruppo»<sup>31</sup>, il ruolo effettivo di intermediari e mediatori fra il personale sanitario ed il paziente. Laddove, poi, si tratti di una patologia a prognosi grave o infausta, sono spesso proprio i congiunti ad imporre al medico di celare la verità all'interessato, nell'estremo tentativo di proteggerlo dalla conoscenza, ritenuta non tollerabile, di un quadro clinico doloroso<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr. Trib. Milano, 4 dicembre 1997, in *Danno e responsabilità*, 1998, p. 1030, con commento di F. CAGGIA, *Autodeterminazione del paziente e irrilevanza del consenso dei familiari*; in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 1129, con nota di A. FIORI, *Per un riequilibrio tra dovere di globale beneficalità nella prassi medica ed esigenze del diritto in tema di consenso informato*; in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1623, con nota di B. MAGLIONA, *Libertà di autodeterminazione e consenso informato all'atto medico: un'importante sentenza del Tribunale di Milano*, e *ivi*, 1999, p. 487, con commento di M. GORGONI, *La «stagione» del consenso e dell'informazione*, cit. *Contra*, Cass. civ., Sez. III, 8 novembre 1994, n. 9261, inedita, trascritta da A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, cit., pp. 149-150, e da G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., p. 383: «in tema di risarcimento del danno a seguito di trattamento sanitario che abbia causato la morte del paziente, il consenso ad un determinato intervento chirurgico prestato da un parente, allorché il diretto interessato non sia stato in grado di prestarlo personalmente, costituisce non già l'esercizio di un diritto o di un potere proprio del congiunto, quanto una facoltà che si esercita in nome e per conto dell'interessato stesso, inabilitato a farlo, con la conseguenza che l'esecuzione dell'intervento senza tale consenso lede pur sempre un diritto del soggetto che vi è sottoposto e non un diritto proprio di chi è chiamato a prestare, in sua vece, il consenso stesso». Così, per Trib. Messina, 11 luglio 1995, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 302, con commento di A. FIORI, G. IADECOLA, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto «diritto di morire», criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, e in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 202, con nota di A. SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari?*, non è condivisibile «l'assunto secondo cui il trattamento medico-chirurgico possa prescindere dal consenso del paziente o, in caso di incapacità a consentire di questi, dei suoi familiari, specie nei casi in cui esso si presenti come ad elevato rischio e dal verosimile esito infausto».

<sup>31</sup> Privata di fondamenti giuridici e probabilmente in netto contrasto con il Codice deontologico: v. A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, cit., p. 148.

<sup>32</sup> Per un'efficace analisi delle dinamiche familiari in caso di diagnosi di particolare gravità e della cosiddetta «congiura del silenzio», v. A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato*, cit., pp. 68 ss. Cfr., inoltre, AA.VV., *La verità per il malato. Aspetti giuridici, etici e medici del consenso informato*, cit., pp. 3 ss.; J. PRADEL, *La condition civile du malade*, LGDJ, Parigi, 1963, pp. 28 ss.; R. CECCHI, G. DI VELLA, A. SANNELLA, S. VALENTE, G. BOCCARDELLI, E. LONGO, *Opzioni e propensioni di un campione di medici «intensivisti» riguardo al consenso dei malati terminali circa l'attuazione e la sospensione delle cure in casi eticamente problema-*

D'altra parte, è la stessa malattia ad indurre un frequente processo di autentica «infantilizzazione» del paziente. Costituisce esperienza comune, infatti, come le dinamiche familiari possano cambiare radicalmente in ragione della patologia sviluppata da un congiunto, anche laddove si tratti di un banale stato influenzale. In particolare, sono i parenti a discutere con i medici il piano di cura e ad insistere perché vengano assunte le medicine prescritte, a dire all'ammalato cosa fare (e cosa non fare), nonché a prendere decisioni per il suo bene. Tale atteggiamento, se la patologia è di breve durata e priva di particolari complicazioni, consente semplicemente al paziente di essere sollevato dalle quotidiane responsabilità e di ricevere attenzioni e affetto in misura superiore all'usuale. Per converso, laddove la malattia sia cronica, grave o pericolosa, si assiste ad un vero e proprio progressivo indebolimento dell'autodeterminazione individuale, con la trasformazione dell'interessato in un «bambino» accudito dai familiari/«genitori», nell'ambito di un completo stravolgimento dei rapporti preesistenti.

Pertanto, generalmente non è il malato a decidere se sapere (o meno) la verità (e «quanta» conoscerne), bensì altre persone: per esempio, si ritiene più giusto informare un imprenditore responsabile di un'azienda e della gestione di grandi quantità di denaro, piuttosto che un anziano pensionato poco istruito<sup>33</sup>, oppure spiegare la diagnosi e le cure a colui che goda di elevate possibilità di guarigione, e non, invece, a chi sia affetto da una patologia con prognosi (a breve tempo) infausta. Raramente, comunque, viene interpellata la volontà del paziente, al riguardo; pertanto, ciò che orienta il medico (oltre alle pressioni della cerchia familiare del paziente) sono l'età, il ruolo economico-sociale, le possibilità cognitive, la gravità della patologia, il tipo di trattamento e la capacità di affrontare emotivamente l'informazione.

Certo, appare palesemente insensato escludere che il coniuge o il figlio di un ammalato possa prendersi cura del proprio caro (tanto più se incapace), scegliere in quale struttura sanitaria questi debba essere assistito o, ancora, decidere di rivolgersi ad altro medico. Così, in linea di principio, sembra del tutto irrealistico che un professionista deliberi circa la vita, la morte, la salute del paziente senza interpellarne la cerchia familiare – a prescindere, quindi, dall'opinione di chi, in generale, è maggiormente partecipe della sfera di valori e di affetti del malato<sup>34</sup>.

---

ti (il questionario *Ethicatt*), in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 273, e A.E. COLONNELLI, F. DELLA CROCE, A. GENTILOMO, *Verso un modello sostenibile di consenso informato: l'esperienza dell'ospedale Maggiore di Milano*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 582.

<sup>33</sup> Cfr. F. PARENTE, *Diritti della persona anziana, tutela della salute e autonomia della volontà*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 463.

<sup>34</sup> Cfr. E. CALÒ, *Il consenso del terzo al trattamento medico*, cit., p. 870, ove si ipotizza, conformemente al principio di solidarietà familiare vigente nel nostro sistema (art. 29

Si tratta, quindi, di un quadro ricco di elementi contraddittori, privo di sufficienti riferimenti normativi e bisognoso di una continua conciliazione con la quotidiana realtà operativa. In breve, l'assenza, in capo ai familiari del malato, di una posizione giuridicamente riconosciuta deve confrontarsi, specialmente nell'ipotesi di prognosi grave o infausta, con la natura per lo più indispensabile, per il paziente, del ruolo dei propri parenti nel fronteggiare l'evento-malattia e la prospettiva di un possibile decorso mortale. Perciò, un'informazione dettagliata circa l'irreversibilità di una determinata patologia o riguardo alle scarsissime *chances* di sopravvivenza esistenti salvaguarda sì il diritto di autodeterminazione del soggetto, il quale è così posto nelle condizioni, per esempio, di vivere gli ultimi momenti della sua esistenza come meglio crede o di procedere alla redazione degli atti giuridici che egli ritenga opportuni (si pensi alle disposizioni testamentarie o al riconoscimento di un figlio naturale), ma necessita pur sempre di un giusto temperamento, dettato dalle già menzionate esigenze di ragionevolezza e di sensibilità<sup>35</sup>.

### 3. Il fiduciario

Il *Code de déontologie* francese riserva tuttora ai congiunti (letteralmente, le persone *vicine*: potrebbe non trattarsi necessariamente di familiari) del paziente un ruolo espresso nella relazione instaurata fra quest'ultimo e il personale sanitario. In particolare, l'art. 35 prevede che il medico d'oltralpe «tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension»<sup>36</sup>. Tuttavia, «dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience», l'ammalato può essere tenuto all'oscuro di una diagnosi o di una prognosi grave<sup>37</sup>, ec-

---

Cost.), una responsabilità civile del medico che, senza specifiche e valide ragioni, ometta d'interpellare (oppure ignori) i congiunti dell'incapace naturale.

<sup>35</sup> P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 125-127, che ricorda come la comunicazione della verità possa ingenerare, nel malato, reazioni di abbattimento, quando non di disperazione, sovente accompagnate da fenomeni depressivi o, in qualche caso, da aspirazioni suicide. Al riguardo, giustifica una «limitazione» dell'informazione in ragione di un «estado de necesidad terapéutica» l'art. 5, comma 4, della legge spagnola n. 41/2002. In merito, però, la proposta di legge (Camera dei deputati, XIV legislatura) n. 433, *Disposizioni di legge in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, presentata il 4 giugno 2001, così disponeva (art. 1): «Salvo il caso in cui la persona rifiuti esplicitamente le informazioni (...), l'obbligo del medico di informare sussiste anche quando particolari condizioni consigliano l'adozione di cautele nella comunicazione». Cfr. J. KATZ, *The Silent World of Doctor and Patient*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2002.

<sup>36</sup> Art. R. 4127-35 del *Code de la santé publique*.

<sup>37</sup> A proposito di un *droit au mensonge* affidato ad una sorta di "clausola di coscienza"

cezion fatta per le malattie che esponano i terzi ad un rischio di contagio. Qualora, poi, si tratti di prognosi infausta, questa dev'esser rivelata con circospezione, «*mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite*»<sup>38</sup>. Inoltre, a proposito della prestazione di un *consentement éclairé*, viene sì ribadita la completa tutela dell'autodeterminazione del paziente, ma, nel caso di sua incapacità naturale, «*le médecin ne peut intervenir sans que la personne de confiance, à défaut, la famille ou un de ses proches ait été prévenu et informé, sauf urgence ou impossibilité*» (art. R. 4127-36 del *Code de la santé publique*)<sup>39</sup>.

In particolare, poi, è l'art. L. 1111-6 della legge n. 303 del 4 marzo 2002, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, a prevedere la facoltà, per gli individui maggiorenni, di designare per iscritto *une personne de confiance* (nella specie, «*un parent, un proche ou le médecin traitant*») <sup>40</sup>, da consultarsi qualora il paziente non sia in grado né di esprimere la propria volontà né di ricevere le informazioni a tal fine indispensabili <sup>41</sup>. Laddove l'ammalato lo desideri, poi, la *personne de confiance*

---

del medico, cfr. App. Versailles, 10 juin 1999, riportata da J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, cit., p. 16, ove il necessario *adattamento* dell'informazione alla personalità dell'ammalato non può in nessuna maniera autorizzare il professionista a fornire un'informazione tronca e deformata, tacendo un rischio grave e privando consapevolmente il soggetto della possibilità di prestare un consenso illuminato o, al contrario, di rifiutare l'intervento stesso.

<sup>38</sup> V. L. KORNPROBST, *La responsabilité médicale. Origines, fondement et limites*, Baillière, Parigi, 1947, pp. 128 ss., ove ancora ci si domanda se una donna possa davvero sottoporsi ad un'operazione senza il consenso del proprio marito.

<sup>39</sup> Cfr. S. PORCHY-SIMON, *Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, in *Resp. civ. assur.*, 2002, 440-30, pp. 2 ss. V. Cass. civ., 6 décembre 2007, cit., che esclude un obbligo d'informazione (e il conseguente risarcimento del danno in caso di sua violazione) del medico nei confronti dei parenti laddove il paziente sia cosciente e capace. V. anche il quarto comma dell'art. L. 1111-4 del *Code de la santé publique*: «*lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté*».

<sup>40</sup> D'altra parte, già nel 1998 il *Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé* presenta un documento, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche* (12 giugno, n. 58), con il quale avanza la possibilità di designare un rappresentante, pur senza chiarire se la volontà del fiduciario debba essere vincolante o meno. Cfr. D. BERTHIAU, *La personne de confiance: la dérive d'une institution conçue pour de bonnes raisons. Tentative d'explication d'un insuccès*, in *Méd. droit*, 2008, p. 38; A. BENSAMOUN, *La personne de confiance. Réflexions sur une institution émergente en matière familiale et médicale*, in *Rev. rech. jur.*, 2007, p. 1669; P. LOKIEC, *La personne de confiance*, in *Rev. droit san. soc.*, 2006, 5, p. 865, e A. SOULARD, *Le pouvoir des proches à l'avènement de la mort (avancée ou recul de l'autonomie de la volonté du mourant et du défunt?)*, in *Méd. droit*, 2004, p. 81. Infine, v. A. GABRIEL, *La personne de confiance dans la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*, DEA de droit privé, 2002/2003, in [www.themis.u-3mrs.fr/Anaïs/memoire.doc](http://www.themis.u-3mrs.fr/Anaïs/memoire.doc).

<sup>41</sup> Cfr. L. CIMAR, *Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie*, in *Méd. droit*, 2012, 115, p. 99; E. MALLET, *Mandat à la personne et personne de confiance*, in

potrà accompagnarlo «dans ses démarches», nonché assisterlo nelle cure sanitarie alle quali egli venga sottoposto, anche al fine di sostenerlo nelle decisioni da adottare. Al momento del ricovero in ospedale, infine, è sempre richiesto all'ammalato di nominare, per la sola durata della degenza (salvo contraria previsione e indicazione del paziente), tale *fiduciario*. D'altra parte, nell'ipotesi di paziente sottoposto a tutela legale<sup>42</sup>, questi «peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de tutelle, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer». Si tratta, in definitiva, dell'indicazione di una persona che rivesta un duplice, fondamentale ruolo: da una parte, di assistenza del malato cosciente, dall'altra, e soprattutto, di rappresentanza del paziente incapace di esprimere il proprio volere. In questo modo, non solo si offre l'opportunità d'individuare un proprio rappresentante, ma si presuppone altresì che l'assistito renda costui anticipatamente edotto circa la natura delle scelte più consona al proprio sistema di valori. È il caso, per esempio, di una decisione in merito all'esecuzione (o meno) di un intervento sì salva-vita, ma contrario al credo religioso del paziente, oppure riguardo ad un ipotetico accanimento terapeutico o all'opportunità, ancora, di comunicare allo stesso malato la verità attorno ad una prognosi infausta<sup>43</sup>. In questo modo, si eviterebbe qualsivoglia arbitrio del personale

---

*Droit fam.*, 2011, 12, p. 39; M. PALPACUER, *La personne de confiance dans la loi du 22 avril 2005: vers un consentement substitué?*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2011, 83, p. 87, e M. FLOCH, J.-M. BOLES, *Effectivité de la personne de confiance et des directives anticipées: évaluation de procédures institutionnelles au CHRU de Brest*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2011, 39, p. 7.

<sup>42</sup> D'altra parte, v. la *loi n. 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, che istituisce un *mandat de protection future* utile, eventualmente, per l'adozione di decisioni a carattere sia sanitario sia patrimoniale. Cfr. D. BERTHIAU, *La réforme de la protection juridique de la personne majeure et ses incidence dans le droit de la santé (loi du 5 mars 2007)*, in *Méd. droit*, 2007, p. 105, e MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Le mandat de protection future*, in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr). Le analogie con l'amministrazione di sostegno italiana sono numerose: l'interessato designa un soggetto per la cura della propria persona e/o patrimonio, per il tempo in cui non potrà più provvedervi autonomamente, altresì individuando e delimitando i poteri del mandatario. In particolare, per quanto concerne la cura del *mandante*, potrà trattarsi di figura sovrapponibile a quella del tutore o, alternativamente, alla stessa *personne de confiance* (con i poteri a tali soggetti attribuiti dal *Code de la santé publique*), in relazione alla specifica volontà al riguardo espressa dall'interessato: v. il *décret n. 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé*, pubblicato nel *JO* del 2 dicembre 2007, nonché G. CALVET, H. FABRE, *Protection de la personne vulnérable: le recours aux mandats pour soi et pour autrui*, in *JCP N*, 2012, 17, p. 33; F. ARHAB-GIRARDIN, *La décision médicale du majeur protégé: une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, in *Rev. droit san. soc.*, 2009, 5, p. 875, e C. LEQUILLERIER, *Le mandat de protection future et la personne de confiance: vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale?*, in *Gaz. Pal.*, 2007, 157, p. 32.

<sup>43</sup> Cfr. altresì gli artt. L. 1110-4 («en cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret

sanitario, non solo a proposito delle scelte terapeutiche più drammatiche, ma anche sulla convenienza d'informare o meno i familiari del paziente e sull'acquiescenza da prestare alla loro volontà. *Le silence charitable* viene così circoscritto alle ipotesi in cui sia stato lo stesso diretto interessato a dettare disposizioni in tal senso, altresì indicando il soggetto delegato a raccogliere tali informazioni o, addirittura, incaricato di valutare se rendere o meno a lui nota la verità.

Trattasi, tuttavia, di legge segnata da svariate imprecisioni ed ambiguità, in particolare per ciò che concerne gli esatti poteri della *personne de confiance*, la vincolatività del suo parere nei confronti del medico, nonché l'esistenza di una reale posizione di rappresentanza del soggetto autore della designazione. Il dettato della norma, infatti, dispone che la *personne de confiance* debba essere, semplicemente, «consultata»<sup>44</sup>, come se la sua opinione non fosse altro che uno dei molteplici elementi a disposizione del sanitario per l'adozione della decisione finale – di cui questi sarebbe sempre, comunque, ultimo responsabile. Per converso, la lettura dei lavori preparatori<sup>45</sup> indurrebbe a ritenere che le intenzioni del legislatore fossero nel senso di sostituire completamente, con tale figura, l'ammalato incosciente – nell'esercizio del suo diritto ad essere informato e ad acconsentire. Oggetto di ulteriori dubbi e di notevoli difficoltà pratiche rimane, poi, il contenuto stesso del mandato conferito alla *personne de confiance*, nonché il potere discrezionale a questa, in ipotesi, conferito riguardo a quanto non specificatamente previsto e disposto dall'ammalato – il quale, al momento della nomina, non potrà certo immaginare ed anticipare né tutte le decisioni terapeutiche né qualsiasi situazione clinicamente configurabile. D'altro canto, «elle rend compte de la volonté de la personne» e «son témoignage prévaut sur tout autre témoignage»<sup>46</sup>: è eliminata la possibilità

---

médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance (...) reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part. Seul un médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations», L. 1111-12 e L. 1110-5-3 del *Code de la santé publique*.

<sup>44</sup> Più chiaramente, cfr. il punto quarto della *Charte de la personne hospitalisée* (circolare del 2 marzo 2006): «Pour le cas où le patient se trouverait dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, l'avis de la personne de confiance doit être recueilli, mais ne s'impose pas au médecin».

<sup>45</sup> Questa considerazione è di S. PORCHY-SIMON, *L'information des usagers du système de santé et l'expression de leur volonté*, in *Le nouveau droit des malades. Droits des malades et indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques. Loi du 4 mars 2002*, Actes de la journée d'étude des Éditions du Juris-Classeur, Litec, Parigi, 2002, p. 68. Cfr. pure C. TAGLIONE, *La personne de confiance: facteur de progrès ou source de difficultés à venir? Réflexions autour d'un dispositif juridique incertain*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2005, 17, p. 397; F. MELIN, *La personne de confiance de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique*, in G. FAURE (a cura di), *La loi du 4 mars 2002: continuité ou nouveauté en droit médical?*, PUF, Parigi, 2003, pp. 111 ss.; C. ESPER, *La personne de confiance: obligation légale, morale, juridique?*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2003, 11, p. 81, e ID., *La personne de confiance*, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 1723.

<sup>46</sup> Art. L1111-6 del *Code de la santé publique*, così come modificato dalla *loi n° 2016-87*

stessa di spiacevoli contrasti fra il mandatario e il resto della famiglia o dell'*entourage* del paziente.

In Québec<sup>47</sup>, similmente, il fiduciario è designato al fine di provvedere alla protezione della persona del mandante e/o all'amministrazione dei suoi beni, nell'eventualità e per il momento in cui il soggetto autore della nomina divenga incapace di autodeterminarsi<sup>48</sup>. Come in Italia per l'amministrazione di sostegno, il mandato comincia a produrre i suoi effetti dall'avvenuta incapacità del soggetto e una volta ottenuta, previa domanda del mandatario, l'omologazione giudiziaria. L'esercizio del potere delegato, infine, è informato al criterio del *meilleur intérêt du patient*, vincolo generalmente imposto a chi sia chiamato a prendere decisioni per altri (art. 19.3 del *Code civil* del Québec). Peraltro, laddove manchino beni da amministrare, il mandatario potrebbe non vedere alcuna necessità di avviare la procedura di omologazione, la quale (volta a stabilire la validità del mandato e l'incapacità del mandante) comporta certo un rilevante dispendio di tempo e di danaro.

In Spagna, invece, la legge 14 novembre 2002, n. 41<sup>49</sup>, *básica regulado-*

---

*du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.*

<sup>47</sup> S. LESAGE-JARJOURA, P. PHILIPS-NOOTENS, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 2001, pp. 187 ss. Cfr. altresì K. CRANLEY GLASS, *Elderly Persons and Decision-Making in a Medical Context: Challenging Canadian Law*, Montréal, 1992, tesi inedita; G. MEMETEAU, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*, LGDJ, Montréal, 1990, pp. 93 ss.; AA.VV., *Les mandats en cas d'inaptitude: une panacée?*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 2001; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit., pp. 488 ss.; E. CALÒ, *Il mandato in previsione dell'incapacità*, in AA.VV., *Il testamento di vita e il ritorno delle autonomie*, Ipsoa, Milano, 2005, pp. 75 ss.; IDEM, *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 76 ss.; L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Ipsoa, Milano, 2000, p. 31; E. CALÒ, L. IAPICHINO, *La disciplina del Québec sul mandato in previsione della propria incapacità*, in *Dir. fam.*, 1999, p. 969; E. CALÒ, *Mandat en prévision de l'inaptitude: un message dal Québec*, in *Famiglia*, 2002, p. 53, e P. DUCHAINE, *Réflexion sur le «Living Will» de common law dans le contexte du droit civil québécois*, in *Rev. Notariat*, 2000, p. 417. Cfr., infine, il modello di *living will* elaborato da P. SINGER, *Living Will*, University of Toronto Joint Centre for Bioethics, Toronto, 1994.

<sup>48</sup> Cfr. l'art. 19.2 della *loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54: «Lorsque l'inaptitude d'un majeur à consentir aux soins exigés par son état de santé est constatée, le consentement est donné par le mandataire qu'il a désigné alors qu'il était apte, par le tuteur ou le curateur. S'il n'est pas ainsi représenté, le consentement est donné par le conjoint, ou à défaut de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, par un proche parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier».

<sup>49</sup> Cfr. altresì la *ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad*, in BOE n. 252, 21 ottobre 2005, e il *Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal*. Cfr., inoltre, la *ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad* (art. 10, comma 1): «Todos tienen los siguientes

ra de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, disciplina le instrucciones previas (art. 11) nel segno di una valorizzazione delle decisioni e delle convinzioni individuali riguardo alla qualità della vita e alle modalità della propria morte – fatta eccezione per le pratiche c.d. eutanasiche<sup>50</sup>. In questo modo, si prevede che l'individuo, in vista di una sua futura ed eventuale condizione d'incapacità naturale, non solo possa pronunciarsi sulle cure necessarie alla propria salute o circa il destino, una volta sopravvenuta la morte, del proprio corpo o dei propri organi<sup>51</sup>, ma abbia altresì la facoltà di designare per iscritto un rappresentante che funga da interlocutore diretto con il medico o con l'équipe sanitaria, al fine di garantire il compimento di detta volontà. D'altra parte, allo scopo di garantire su tutto il territorio nazionale il rispetto di tali direttive anticipate, viene istituito, presso il *Ministerio de Sanidad y Consumo*, un *Registro nacional de instrucciones previas*.

Peraltro, l'art. 9 (comma 3) della legge prevede la prestazione del con-

---

derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social (...).

<sup>50</sup> Cfr. E.M. MARTÍN AZCANO, *Consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento in Spagna*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); F. REY MARTÍNEZ, *¿Qué significa en el ordenamiento español el derecho a «vivir con dignidad el proceso de la muerte»?*, in *Derecho PUCP*, 2012, 69, p. 133; F. MONTALVO, *Dilemas bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 121; M. MARTÍNEZ-LEÓN, A. CUADRADO HERNÁNDEZ, J. RABADÁN JIMÉNEZ, C. MARTÍNEZ-LEÓN, D. QUEIPO BURÓN, *Cuestiones éticas del documento de instrucciones previas («Living Will») en los profesionales sanitarios*, in *Cuad.Bioét.*, 2011, 75, p. 425; M. CORNET, *Disposiciones para la propia incapacidad o testamento vital*, in *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo XI. Año académico 2007-2008*, Córdoba, 2011, p. 81; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Best interest vs. Substituted judgment. Criterios para el consentimiento informado prestado por representante*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2011, LXIV, p. 31; P. AGULLES SIMÓ, *Revisando el llamado «Testamento Vital»*, in *Cuad.Bioét.*, 2010, 72, p. 169; A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Madrid, 2010, p. 223; A.I. BERROCAL LANZAROT, J.C. ABELLAN SALORT, *Autonomía, libertad y testamentos vitales*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 79; A. PANIZA FULLANA, *Derecho a la información: la autonomía del paciente; el consentimiento informado; la documentación clínica: las voluntades anticipadas*, in *Cuadernos Prácticos Bolonia, III, La persona y sus derechos*, 2009, p. 49; S. VÁZQUEZ BARROS, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant, Barcelona, 2009; E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Ipsoa, Milano, 2008; F. ZAPPALÀ, *Advance directives: Declaraciones anticipadas de tratamiento médico o mal denominado testamento biológico*, in *Crit.Jur.*, 2008, 8-1, p. 244; M. GARRIDO MELERO, *«Last will» y «Living will»*, in *La Notaria*, 2008, 55-56, p. 19; E. SEIJAS VILLADONGOS, *Los derechos del paciente*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 27, e NAVARRO MICHEL, *El documento de voluntades anticipadas*, in *La Notaria*, 2003, 2, p. 19.

<sup>51</sup> Ma anche – eventualmente – riguardo al rito funerario: v. S. PRIEUR, *L'organisation des funérailles de l'individu décédé: quelle «personne de confiance» pour y pourvoi en l'absence de volonté exprimée?*, in *Petites Affiches*, 2009, 192, p. 6, commento a Cass. civ., Ch. I, 27 mai 2009, n. 09-66.589.

senso per rappresentanza «cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Questa norma, del resto, pone problemi già considerati: l'individuazione delle persone che debbano prestare detto consenso (soprattutto laddove ci si riferisca a «legami di fatto»), la soluzione di eventuali contrasti in seno ai congiunti, nonché l'accertamento che le decisioni dei parenti siano realmente volte al conseguimento del *best interest* dell'infermo. D'altro canto, la prevista facoltà di nominare, in ambito sanitario, un rappresentante per il momento in cui verrà meno la capacità di autodeterminarsi riveste, in Spagna, un'importanza inferiore – comunque, dagli effetti non così dirompenti – rispetto a quanto avviene in altri ordinamenti. Il medico spagnolo, infatti, laddove si tratti di intervenire su un paziente in stato d'incoscienza, può agevolmente rivolgersi ai congiunti dell'ammalato stesso, anche laddove non sia stato nominato un vero e proprio rappresentante: precisamente, e ai sensi dell'art. 9, il consenso di costoro si sostituisce *in toto* (altresì vincolando il personale sanitario) a quello del soggetto, anche solo temporaneamente incapace di valersi di tale diritto. Peraltro (art. 9, comma 6), «en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho (...), la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial (...), para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».

In Francia, in Spagna e in Québec, dunque, ai familiari del paziente è riconosciuta, in subordine alla nomina di un rappresentante *ad hoc*, una certa dignità decisionale o, quantomeno, il diritto ad essere informati in alcuni frangenti e snodi cruciali del percorso terapeutico che impegna il paziente. In qualche modo, s'è visto, ne esce persino ridimensionato, così, il ruolo stesso del fiduciario (non è strettamente necessario che questi sia nominato, perché i familiari vengano coinvolti: egli è soltanto munito di un'investitura più ampia e pregnante), mentre, come si vedrà<sup>52</sup>, il compito capitale della famiglia – in particolare in Francia – è quello di ausilio, per il medico, nel ricostruire la volontà del soggetto incosciente che non si sia previamente espresso per iscritto, al riguardo. Si tratta della composizione, di cui sopra, fra *essere* e *dover essere*: la necessità di tutelare la riserva-

---

<sup>52</sup> Cfr. *infra*, cap. III, § 16, *Rifiuto di cure, trattamenti sanitari e accanimento terapeutico*.

tezza dell'ammalato e l'indipendenza delle sue scelte trova, in questo modo, una possibilità di conciliazione rispetto all'esigenza, comunque, di riconoscere e rispettare i legami familiari ed affettivi del medesimo paziente, in particolar modo laddove questi versi in un'incapacità di autodeterminarsi o qualora le sue condizioni di salute siano delicate, critiche o, infine, addirittura terminali.

#### 4. *L'amministrazione di sostegno*

Con il Codice deontologico del 1998, la possibilità di nominare un mandatario responsabile delle scelte in ordine alla tutela della salute del mandante altro non era se non l'ultima, razionale conseguenza di quanto lasciato intendere dalle poche righe di cui agli artt. 30 (rispetto della documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto tale informazione), 31 (al momento del ricovero, indicazione, da parte del paziente, delle persone atte a ricevere la comunicazione dei dati sensibili) e 34 (obbligo, in capo al medico, di tener conto di quanto precedentemente manifestato dal malato al momento incapace). Inoltre, la previsione di un fiduciario avrebbe significato, finalmente, "istituzionalizzare" il ruolo dei familiari, dal momento che proprio fra costoro (era lecito immaginare) sarebbe stato scelto, nella maggior parte dei casi, il soggetto mandatario. A questo proposito, lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica, nel documento *Dichiarazioni anticipate di trattamento* (18 dicembre 2003), sottolinea come la figura del fiduciario appaia assai vicina al ruolo che spesso già svolgono o che dovrebbero svolgere i familiari, con la differenza essenziale, rispetto a costoro, «di possedere – in virtù dell'esplicito mandato contenuto nelle dichiarazioni anticipate – un pieno e compiuto diritto-dovere ad essere punto di riferimento del medico nelle sue pratiche terapeutiche a carico del paziente»<sup>53</sup>. Peraltro, a parere del CNB, la nomina di tale fiduciario costituirebbe una valida strategia al fine di risolvere due capitali problematiche insite nella redazione di un testamento biologico: 1) la difficoltà, per il paziente, di definire in maniera corretta, precisa e dettagliata le situazioni cliniche in riferimento alle quali intenda fornire le dichiarazioni; 2) il pericolo che la decisione terapeutica del medico divenga «una fredda e formale adesione integrale alla lettera di quanto espresso»<sup>54</sup> nel *living will*. In quest'ipotesi, infatti, «si verreb-

---

<sup>53</sup> Anche per le citazioni che immediatamente seguono, v. il parere del CNB, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, pp. 7-8-9.

<sup>54</sup> Cfr. anche M. BARNI, nell'ambito del suo intervento *L'analisi del laico*, in occasione del convegno *Il testamento biologico ... dalla libertà di cura ... alla libertà di «non cura»*, Brescia, 28 febbraio 2007, il quale sottolinea il pericolo, derivante dall'introduzione delle direttive

be a determinare un automatismo che, anche in quanto non dialogico, finirebbe per indebolire, se non vanificare, il valore non solo etico, ma anche medico-terapeutico, della prassi medica e per potenziarne il carattere burocratico»<sup>55</sup>. Tuttavia, pur attribuendo alle valutazioni del fiduciario (in merito al trattamento da riservare al paziente divenuto incapace d'intendere e di volere) un'indubbia valenza etica – «per il fatto stesso che a lui e a lui soltanto l'autore delle dichiarazioni anticipate ha affidato questo delicatissimo compito» – si ritiene inopportuno accordare a detta volontà una forza giuridica vincolante. Nello specifico, il parere di questo *rappresentante* godrebbe esclusivamente di particolare autorevolezza, più che di «un'autorità giuridicamente sanzionata»<sup>56</sup>, mentre le sue mansioni si riassumerebbero «nell'individuazione, in costante dialogo e confronto con i medici curanti, del miglior interesse del paziente», a partire dalle indicazioni da costui lasciate.

Il 9 gennaio 2004 entra in vigore, però, la legge<sup>57</sup> introduttiva di un

---

anticipate, di una mortificazione e soppressione del rapporto dialogico medico-paziente. Le dichiarazioni anticipate del malato, d'altro canto, soccorrono il personale sanitario solo nel momento in cui nessun dialogo sia più prospettabile, proprio in ragione dell'intervenuta incapacità dell'interessato.

<sup>55</sup> Al riguardo, v. altresì le considerazioni di P. DUBOLINO, *Fondamento e riflessi penalistici del diritto al rifiuto di trattamenti sanitari di sopravvivenza*, in *Riv. pen.*, 2009, p. 391.

<sup>56</sup> *Contra*, la proposta di legge *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari* (4 giugno 2001, n. 433) opta per la vincolatività del volere della *personne de confiance*, laddove prevede (art. 3, comma 2) che «ogni persona capace può indicare una persona di fiducia, la quale (...) diviene titolare in sua vece dei diritti e della facoltà di cui agli artt. 1 e 2 (...)». Nello specifico, si tratta del diritto di essere informato (art. 1) e di prestare o negare il proprio consenso ai trattamenti sanitari (art. 2). Detta, medesima previsione è contenuta nei disegni di legge (Senato della Repubblica, XIV legislatura) n. 2279 (23 maggio 2003), n. 2220 (18 aprile 2003) e n. 1437 (23 maggio 2002), nonché, soprattutto, all'interno del già menzionato disegno di legge n. 2801, attualmente in discussione al Senato, ai sensi del quale il «fiduciario» «fa le veci» del paziente e lo «rappresenta» «nell'relazioni con il medico e con le strutture sanitarie» (comma 2 dell'art. 4). Cfr. *supra*, cap. I, *sub* nota 154. Infine, circa l'inadeguatezza dell'istituto del mandato ai fini della manifestazione del consenso, da parte del mandatario, ad un trattamento sanitario, cfr. L. BRUSCUGLIA, *Sul consenso informato ed anticipato: osservazioni di un civilista*, in F. DI PILLA (a cura di), *Consenso informato e diritto alla salute*, Atti del Congresso di Perugia, 26 novembre 1999, Esi, Napoli, 2001, pp. 42 ss.

<sup>57</sup> Legge n. 6 del 9 gennaio 2004, in *G.U.* 19 gennaio 2004, n. 14, *Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*. Cfr. T. BANDINI, A. ZACHEO, *Amministrazione di sostegno: un nuovo impegno per la medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 3; E. MONTERRAT-PAPPALETTERE, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 27, e G. CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 481. Infine, per l'interessante casistica, v. A. APRILE, P. BENCIOLINI, *Il ruolo della medicina legale clinica nell'amministrazione di sostegno: prime esperienze casistiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 89. V. anche AA.VV., *Tutela ed am-*

nuovo istituto di protezione civilistica degli infermi, denominato «amministrazione di sostegno». Lo stesso legislatore individua la finalità precipua di detto provvedimento nella tutela, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, delle persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente (art. 1).

Conseguentemente, il nuovo art. 404 (*Amministrazione di sostegno*) del libro primo del codice civile (titolo XII) così dispone: «La persona che, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio». Ai sensi dell'art. 408 c.c. (*Scelta dell'amministratore di sostegno*), inoltre, tale amministratore può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. Laddove, invece, sia il giudice tutelare<sup>58</sup> a provvedere a tale nomina, egli preferirà, «ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata». Infine, è l'art. 410 c.c. a ricordare come, nello svolgimento dei suoi compiti, l'amministratore debba prima di tutto «tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario».

La non completa adeguatezza di interdizione ed inabilitazione risiede nella severità e gravità delle conseguenze che tradizionalmente questi due istituti importano sul piano giuridico, spesso quali inutili e mortificanti privazioni dell'individuo, nonché nel criterio della sola incapacità d'intendere e volere, che per suscitare un intervento giurisdizionale di tutela deve rappresentarsi come abituale infermità di mente, tale da impedire ad un soggetto di provvedere ai propri interessi<sup>59</sup>. Pertanto, tali misure potebbe-

---

*ministrazione di sostegno*, Cedam, Assago, 2012; A. TURCO, *L'amministrazione di sostegno: novella e sistema*, Esi, Napoli, 2010; E. MELONI, M. PUSCEDDU, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2010; R. MASONI (a cura di), *Amministrazione di sostegno: orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2009; P. CENDON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno: motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Utet, Torino, 2009; AA.VV., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Giappichelli, Torino, 2008; G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2008, e F. FORTINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, Linea Professionale, Torino, 2007.

<sup>58</sup> Cfr. L. NARDI, *Il giudice tutelare*, in *Iustitia*, 2008, p. 309.

<sup>59</sup> L'interdizione, infatti, determina sempre un'incapacitazione della persona a 360 gradi, anche laddove le difficoltà di orientamento, per l'interessato, siano in realtà circoscritte al solo ambito medico-chirurgico. Di conseguenza, delle due l'una: o l'interdizione non può

ro non trovare applicazione per individui affetti da patologie psichiche non suscettibili di procurare un'incapacità vera e propria – o perché non continue nel tempo (si pensi alla schizofrenia o ai disturbi della personalità), o perché riguardanti il sistema neuro-vegetativo (per esempio: depressione, ansia, attacchi di panico) o, ad ogni modo, perché non annoverabili fra le malattie mentali (insufficienze e ritardi cognitivi, cerebrolesione, autismo, sindrome di Down) – né per quei pazienti affetti unicamente da menomazioni fisiche, seppur gravemente impeditive. In definitiva, mentre l'interdizione attiene ai soli infermi di mente (come se nessun altro «soggetto debole» esistesse), l'amministrazione di sostegno accorda tutela a chiunque si trovi in difficoltà nell'esercizio dei propri diritti. Di conseguenza, possibili destinatari divengono non solo i disturbati psichici, ma altresì gli anziani della quarta età, gli handicappati sensoriali, gli alcolisti, i tossicodipendenti, i soggetti colpiti da ictus e, primi fra tutti (almeno ai fini di chi scrive), i malati e i morenti<sup>60</sup>.

---

essere tecnicamente pronunciata, in assenza dei presupposti giuridico-psichiatrici ex art. 414 c.c., oppure (qualora, seppur con qualche forzatura, s'intenda comunque pervenire ad una pronuncia di tal fatta, anche al solo fine d'individuare un rappresentante, di fronte al medico, del paziente in difficoltà) il rischio è di privare il malato della capacità legale in ordine alla totalità dei rapporti giuridici, compresi quelli di natura patrimoniale, per i quali il soggetto potrebbe anche, ipoteticamente, essere in grado di gestirsi autonomamente. Al riguardo, cfr. le sentenze menzionate in *Giur. mer.*, 2005, p. 241. Per la natura "residuale" ed "eccezionale" dell'interdizione rispetto all'amministrazione di sostegno, v., da ultime, Cass. civ., Sez. I, 1° marzo 2010, n. 4866, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, n. 3, e Cass. civ., Sez. I, 22 aprile 2009, n. 9628, in *Giust. civ.*, 2010, p. 395; in *Fam. dir.*, 2010, p. 15, con nota di M. GOZZI, *La Cassazione sul discrimine fra amministrazione di sostegno e interdizione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 966, con commento di M.N. BUGETTI, *L'attitudine dell'amministrazione di sostegno a realizzare l'adeguata protezione degli interessi patrimoniali del beneficiario*, e in *Giur. it.*, 2010, p. 316, con commento di G. RISPOLI, *Amministrazione di sostegno o interdizione? Una scelta difficile*. Cfr. altresì E. VULLO, *Un parziale «revirement» della Suprema Corte sui criteri di scelta tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 345; R. MASONI, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 399; C. PIRRO, *Amministrazione di sostegno: una tutela in punta di piedi*, in *Giur. it.*, 2016, p. 59; M. MASSARO, *Dieci anni di applicazione dell'amministrazione di sostegno; certezze e questioni aperte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 405; C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 330; M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale. Profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 587; A. VENCIARUTTI, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione. Un primo confronto dopo l'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2004*, n. 6, in *Vita not.*, 2005, p. 522; *Id.*, 2016, p. 522; *Id.*, *Poteri dell'amministratore di sostegno e situazione del beneficiario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 9; S. PATTI, *Una nuova misura di protezione della persona*, in *Famiglia*, 2005, p. 221; L. BRUSCUGLIA, *L'amministrazione di sostegno*, in M. GORGONI (a cura di), *I modelli familiari tra diritti e servizi*, Jovene, Napoli, 2005, e G. BONILINI, *La designazione dell'amministratore di sostegno (prima e seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2004, pp. 1051 e 1209.

<sup>60</sup> A tal proposito, v. G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2004, pp. 41 ss. Per l'applicazione dell'amministrazione di sostegno a soggetto in stato vegetativo permanente, cfr. Trib. Bologna, 18 luglio-18 settembre 2006, n. 2134; Trib. Mo-

D'altra parte, se il legislatore sembra aver perso un'importante opportunità, accordando un'esplicita previsione ad un'assistenza meramente economica ed omettendo qualsiasi preciso riferimento a decisioni concernenti eventuali trattamenti sanitari, la giurisprudenza<sup>61</sup> ha prontamente colto, invece, le potenzialità inespresse del nuovo istituto: «la legge (...) sull'amministrazione di sostegno (...) esprime il principio per cui il "sostegno" normativo della "cura" della persona (...) non si limita alla sfera economico-patrimoniale (...). Ne consegue che, quando l'interessato non sia in grado di manifestare un dissenso fondato su una valutazione critica della situazione patologica e delle conseguenze che gliene deriverebbero se non vi provvedesse, l'amministratore di sostegno può essere autorizzato ad esprimere, in nome e per conto del beneficiario, il consenso informato ai trattamenti terapeutici proposti dai medici (...)»<sup>62</sup>. In tal senso, e nei limiti consentiti dal decreto di nomina, l'amministratore deve ritenersi investito di «una rappresentanza *ex lege* con copertura costituzionale», poiché, coerentemente ad un principio solidaristico, la "cura" dell'incapace è anche interesse pubblico (siccome collettivo)<sup>63</sup>.

A questo proposito, d'altra parte, è bene evidenziare che, laddove il beneficiario opponga ad una particolare terapia una volontà contraria, ma scevra da impossibilità o inadeguatezza di comprensione, tale trattamento sanitario, pur se opportuno ed adeguato, non potrà mai esser effettuato, conformemente all'ormai noto principio di libertà *ex art. 32 Cost.* Al ricorrere di siffatta ipotesi, però, potrà esser tentata, da parte dell'amministratore di sostegno e dello stesso giudice tutelare, una corretta opera d'infor-

---

dena, 30 marzo 2006 (decr.), e Trib. Reggio Emilia, 4 novembre 2005 (decr.), tutte decisioni inedite.

<sup>61</sup> Già il Codice deontologico del 2006, d'altra parte, menziona espressamente l'amministratore di sostegno: «il medico, nel caso in cui sia stato nominato dal giudice tutelare un amministratore di sostegno, deve debitamente informarlo e tenere nel massimo conto le sue istanze» (art. 37, comma 2). Cfr. altresì M. PICCINI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto «incapace»: dalla sostituzione al sostegno*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., pp. 361 ss.

<sup>62</sup> Trib. Modena, 15 settembre 2004 (decr.), in *Fam. dir.*, 2005, 1, p. 85, con nota di F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*. Per un utile commento alla giurisprudenza susseguitasi in materia, v. G. TOSCANO, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, cit., pp. 101 ss.

<sup>63</sup> Trib. Cosenza, 24 ottobre 2004, decreto inedito. Cfr. altresì Trib. Roma, 22 dicembre 2004, in *Giur. mer.*, 2005, 2344, e Trib. Modena, 28 giugno 2004 (decr.), in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 185, con commento di M. BARNI, *L'amministratore di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente*, e in *Dir. gius.*, 2004, 30, p. 75. Infine, v. altresì i decreti di Trib. Modena, 20 marzo 2008, in [www.dirittoelege.it](http://www.dirittoelege.it), con nota di S. CERA, *Consenso ai trattamenti sanitari del beneficiario: i poteri dell'amministratore di sostegno*, e Trib. Modena, 19 marzo 2008, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con commento di R. ROSSI, *Un operatore sociale solerte e la messa in opera dell'Ads*. Cfr. P. CENDON, R. ROSSI, *A che cosa e a chi serve l'amministrazione di sostegno*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 22 settembre 2008, e ID., *Cosa, quando, come comunicare nell'amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam.*, 2007, p. 922.

mazione e convincimento, al fine d'indurre l'interessato a superare eventuali ingiustificate paure od esitazioni. Per contro, si deve senz'altro escludere che il provvedimento del giudice tutelare o la decisione dell'amministratore di sostegno possano travalicare una permanente espressione di dissenso<sup>64</sup>. Diversa, invece, è l'ipotesi in cui il paziente non sia in grado di esprimere alcuna volontà o quest'ultima sia condizionata da una patologia che impedisca una corretta rappresentazione dell'intervento terapeutico e delle conseguenze della sua realizzazione o omissione, laddove potrà ben valorizzarsi, allora, il ruolo dell'amministratore, il quale ricorrerà al giudice tutelare per l'adozione dei provvedimenti opportuni<sup>65</sup>.

D'altra parte, appare curioso considerare come, all'interno dell'ordinamento italiano, il legislatore abbia ad oggi previsto (benché non, propriamente, disciplinato) la figura del rappresentante per le decisioni *sulla salute* nel solo caso della convivenza di fatto (inspiegabilmente pretermettendo, fra l'altro, la fattispecie dell'unione civile, pure contenuta nella medesima normativa): «ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie»<sup>66</sup>.

Di conseguenza, benché i familiari – il coniuge, *in primis* – del paziente siano privi di una veste giuridica che li autorizzi all'esercizio di una qualche *rappresentanza sanitaria* e sebbene la normativa in materia di amministrazione di sostegno non abbia in alcun modo previsto l'applicazione dell'istituenda forma di tutela all'ambito terapeutico, ecco che il legislatore, sulla scorta di tutti gli affanni giurisprudenziali degli ultimi dodici anni, opera un vero e proprio *salto logico*, regolando il particolare e tacendo riguardo al generale – evidentemente delegandolo ed affidandolo, anzi, ad altra fonte del diritto. La disorganicità di un simile intervento

---

<sup>64</sup> G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., pp. 172 ss.

<sup>65</sup> Cfr. Trib. Varese, 25 settembre 2012: «(...) nell'interdizione e nell'amministrazione di sostegno (quivi salvo diverse disposizioni espresse del decreto), il rappresentante può prestare il consenso al trattamento sanitario senza necessità di autorizzazione del Giudice Tutelare, ma semplicemente informandolo in ordine a quanto costituisce oggetto di intervento, allegando le motivate ragioni dell'intervento, a firma del medico procedente, da cui si possa apprezzare l'interesse del soggetto debole alla cura (interesse che sussiste sempre dove il trattamento è funzionale al benessere psico-fisico del paziente). Sarà invece necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare dove la libertà di cura vorrebbe essere esercitata nella sua forma negativa e, cioè, come rifiuto del trattamento sanitario: quivi sarà indefettibile l'intermediazione dell'Autorità Giudiziaria per accertare la volontà – espressa o ricostruibile *ex post* – del paziente incapace».

<sup>66</sup> Legge 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, comma 40 dell'art. 1. Cfr. F.G. PIZZETTI, *Disegno di legge Cirinnà e testamento biologico*, in *Federalismi.it*, 2016, 9, p. 13, e E. CALÒ, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016, p. 596.

non fa che acuire, peraltro, l'incertezza degli strumenti giuridici e le aporie interpretative nella loro applicazione: la sensazione, d'altra parte, è quella di un legislatore molto poco consapevole, che dà per pacifica un'evoluzione giurisprudenziale, la quale, invece, non senza molte perplessità e difficoltà ha dovuto sostituirsi, volente o nolente, ad una smaccata inerzia parlamentare.

In particolare, l'istituto dell'amministrazione di sostegno viene immediatamente utilizzato dalla giurisprudenza – all'indomani dell'emanazione della legge – per la prestazione del consenso ai trattamenti sanitari su pazienti psichiatrici e per l'adozione delle conseguenti, "normali" decisioni terapeutiche che li riguardano<sup>67</sup>, per poi essere altresì applicato, nei mesi e negli anni successivi, ai soggetti semplicemente incapaci di autodeterminarsi, anche solo a causa di un mero stato d'incoscienza temporanea. Come si vedrà nel prosieguo<sup>68</sup>, dubbi ancora permangono, invece, riguardo ai poteri di tale amministratore ai fini dell'attuazione delle eventuali, particolari direttive anticipate (espressione di valori, ideologie, e/o specifiche convinzioni) precedentemente manifestate dall'assistito e incorporate, solitamente, nel medesimo decreto di nomina – in particolare laddove si tratti dell'espressione di una volontà *estrema*, di un rifiuto *limite* da opporre a determinati trattamenti proposti al beneficiario<sup>69</sup>.

## 5. Il paziente minorenni

Se la prestazione di un consenso informato al trattamento medico è, per il paziente, suprema espressione e modalità d'esercizio della propria

---

<sup>67</sup> Cfr. Trib. Roma, 19 febbraio 2005, decreto consultabile al sito <http://www.filodiritto.com>, secondo cui l'amministratore di sostegno di persona con grave ritardo mentale può consentire ai soli accertamenti medici di *routine*, mentre per la realizzazione di interventi chirurgici deve richiedersi l'autorizzazione del giudice tutelare. Cfr. M. NARDELLI, *L'amministratore di sostegno tra incerti conflitti e possibili soluzioni*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 44; F. GABRIELLI, P. CARDINALE, *L'amministrazione di sostegno nella realtà ospedaliera: teoria e pratica*, Giappichelli, Torino, 2008, e U. FORNARI (a cura di), *Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2001.

<sup>68</sup> Per le diverse posizioni giurisprudenziali e dottrinali, cfr. ampiamente *infra*, cap. III, § 17, *Rifiuto di cure e amministrazione di sostegno*.

<sup>69</sup> V. P. FIMIANI, *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in G. SALITO, P. MATERA (a cura di), *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, Cedam, Assago 2013, p. 481; M. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 547; IDEM, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 424; B. SALVATORE, *Principio di autodeterminazione e decisioni di fine vita*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 107; D. CARUSI, *Consenso a cure palliative e ruolo dell'amministratore di sostegno. Quanto c'è bisogno di una legge sul «testamento biologico»?*, in *Giur. it.*, 2013, p. 347, e G. SAVORANI, *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 665.

individuale autodeterminazione in ambito sanitario, la cura del minore d'età solleva, peraltro, problematiche peculiari:

– l'opportunità stessa di circoscrivere, comprimere o radicalmente escludere la manifestazione di tale autodeterminazione in presenza d'incapacità d'agire;

– l'individuazione del destinatario dell'informazione, nonché del soggetto titolato a manifestare una volontà (positiva o negativa) all'esecuzione dell'atto medico;

– il *quantum* dell'informazione da rivolgere all'infradiciotenne, eventualmente proporzionale alla sua stessa maturità e capacità di comprensione;

– la definizione ed anche limitazione dei poteri/doveri del rappresentante legale, compatibilmente con i diritti fondamentali a quest'ultimo facenti capo<sup>70</sup>.

D'altronde, è noto come, nell'ipotesi di paziente minorenni – ma anche interdetto<sup>71</sup> o inabilitato – il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, costituisca diritto esercitato dal rappresentante legale. Ciò ai sensi dell'art. 37 (*Consenso o dissenso del legale rappresentante*) del Codice deontologico, il quale altresì dispone che: «il medico, in caso di paziente minore o incapace, acquisisce dal rappresentante legale il consenso o il dissenso informato alle procedure diagnostiche e/o agli interventi terapeutici. Il medico segnala all'Autorità competente l'opposizione da parte del minore informato e consapevole o di chi ne esercita la potestà genitoriale a un trattamento ritenuto necessario e, in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili». D'altra parte, il professionista garantisce al minore, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale, un'informazione utile alla comprensione delle sue condizioni di salute e degli interventi diagnostico-terapeutici programmati (art. 33), certamente tenendo in adeguata considerazione le opinioni espresse dal paziente infradiciotenne quanto alle scelte che lo riguardano (art. 35). Il sanitario, inoltre, coopera con il rappresentante legale nel perseguimento del migliore interesse del minore e, in caso di contrasto, «si avvale del dirimente giudizio previsto dall'ordinamento», eccezion fatta per l'intervento tempestivo comunque dovuto a fronte di un'urgenza o emergenza (art.

---

<sup>70</sup> Cfr. S. CACACE, *Autodeterminazione dei minori e trattamenti sanitari. Il caso del rifiuto alle cure per motivi religiosi*, in D. AMRAM, A. D'ANGELO, (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, p. 359. V. L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., p. 417.

<sup>71</sup> V. A. COSTANZO, *Il consenso dell'interdetto agli atti sanitari tra volontà residua e volontà presunta: funzione del tutore e ruolo del giudice tutelare*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 10, p. 714, commento a Trib. Reggio Emilia, 29 giugno 2011.

38). Infine, la Convenzione di Oviedo (art. 6, *Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso*) altresì dispone che «col crescere dell'età e del grado di maturità del minore, il parere di questi viene ad essere preso in considerazione come un elemento sempre più determinante».

L'ordinamento italiano, d'altronde, è tuttora privo di un'indicazione legislativa che precisi l'età necessaria e sufficiente ai fini di un valido consenso ai trattamenti sanitari<sup>72</sup>. Semplicemente, l'art. 315-bis (*Diritti e doveri del figlio*) del Codice civile prevede che il bambino di dodici anni, «e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». Semplificando, quindi, è al riguardo possibile percorrere tre diversi sentieri, ovvero:

a) applicare le regole ordinarie in materia di capacità d'agire, in considerazione della natura negoziale del consenso quale manifestazione di volontà diretta a produrre particolari conseguenze giuridiche<sup>73</sup>;

b) definire il consenso quale mero atto giuridico, per il quale diviene sufficiente il compimento dei quattordici anni, conformemente alla disciplina penalistica dell'imputabilità;

c) applicare il criterio della capacità naturale, con il concreto accertamento della capacità d'intendere e di volere in capo al soggetto che abbia almeno quattordici anni (e ciò sempre nell'ottica del consenso quale mero atto giuridico)<sup>74</sup>.

V'è poi chi propone<sup>75</sup>, per gli atti di disposizione del proprio corpo, soluzioni differenziate a seconda dei valori sui quali si vada di volta in volta ad incidere. Per esempio, mentre sembrerebbe opportuno conservare il limite della maggiore età nell'ipotesi in cui una diminuzione permanente dell'integrità fisica non sia volta a soddisfare un interesse personale del minore, bensì suoi interessi meramente patrimoniali ovvero interessi di terzi (donazione di rene da persona vivente), parrebbe sufficiente, invece, la semplice maturità psichica in assenza di un rischio di tale diminuzione

---

<sup>72</sup> F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 395 ss. Peraltro, se il comma 3 dell'art. 6 (*Soggetti minori*) del disegno di legge *Norme in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento* (4 maggio 2004) individuava il raggiungimento dei quattordici anni ai fini della prestazione di un consenso informato al trattamento sanitario, alcuna novità si registra, al riguardo, con l'ultimo progetto di legge presentato (S 2801, *Norme in materia di di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), che ancora mutua il riferimento alla maggiore età (art. 3, *Minori e incapaci*).

<sup>73</sup> G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., pp. 57 ss.

<sup>74</sup> V. FINESCHI (a cura di), *Il codice di deontologia medica*, cit., pp. 197 ss.

<sup>75</sup> Cfr. A. LIUZZI, *Trattamenti sanitari su minore tra consenso dell'interessato e potestà genitoriale*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 558, e C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 289. V. anche G. PAESANO, *Il consenso informato del paziente minore di età*, Key, Vicalvi (FR), 2014.

permanente (prelievo di sangue, prelievo di tessuto a scopo di trapianto terapeutico) o laddove, ancora, si tratti di atti funzionali alla salute del disponente o alla realizzazione di altri valori fondamentali della persona (mutamento del sesso<sup>76</sup>).

Altrove, invece, sono state individuate tre possibili fasce d'età<sup>77</sup>:

– 0-14 anni, nella quale opererebbe una presunzione *iuris et de iure* circa l'immaturità e, quindi, l'incapacità di prestare un valido consenso del minore;

– 14-16 anni, in cui comincerebbe a valere il principio del *noli me tangere*, in relazione al quale il dissenso del soggetto costituisce un ostacolo insormontabile per il medico, pur dinanzi alla richiesta dei genitori d'intervenire<sup>78</sup>;

---

<sup>76</sup> Riguardo, invece, alle pratiche chirurgiche sul minore intersessuale, cfr. i pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, 25 febbraio 2010 (in <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/anno-2010/>), dello German Ethics Council (Deutscher Ethikrat), *Intersexualität*, Pinguin Druck, Berlin, 2012, e dello Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics, *On the management of differences of sex development. Ethical issues relating to 'intersexuality'*, November 2012, Berna, in [http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/en/NEK\\_Intersexualitaet\\_En.pdf](http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/en/NEK_Intersexualitaet_En.pdf). V. altresì G. CERRINA, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, p. 303; A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, p. 109; ID., *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo. La famiglia davanti ai suoi giudici*, atti del convegno di Catania 7-8 giugno 2013, Esi, Napoli, 2014, p. 485; V. TRIPODI, *L'intersessualità in famiglia. La chirurgia genitale (in età pediatrica) è l'unica via possibile?*, in *Verifiche*, 2013, p. 93, e i contributi di A. LORENZETTI, *Intersex People in Italy between Silence of Harmful Practices and Violation of the Best Interests of the Child*, e S. OSELLA, "Harmonic Bodies": *Intersex Persons, Corrective Treatments and Gender Violence in Italian Law*, entrambi in A. LORENZETTI, M.F. MOSCATI, *LGBTI Persons and Access to Justice*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, Londra, 2015, pp. 146 ss. Per la giurisprudenza, infine, cfr. Trib. min. Potenza, 29 luglio 1993, in *Dir. fam.*, 1993, p. 1199; Trib. Bari, 25 giugno 2012, n. 2295, in *Banca Dati De Jure*, e Corte cost. (Colombia), 12 maggio 1999, n. SU-337/99, pubblicata in P. CURRAH, R.M. JUANG, S. PRICE MINTER, *Transgender rights*, University of Minnesota Press, Minnesota, 2006, pp. 122 ss., con un commento di M. HOLMES, *Deciding fate or developing autonomy? Intersex children and the Colombian Constitutional court*, pp. 102 ss.

<sup>77</sup> U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989, p. 415. V. M. ANGELINI ROTA, G. GUALDI, *In tema di consenso del minore al trattamento medico-chirurgico*, in *Giust. pen.*, 1980, I, p. 368. Riguardo a capacità ed imputabilità del minore nell'ambito della responsabilità civile, cfr. M. MARTÍN-CASALS (a cura di), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Springer, Wien, NewYork, 2006.

<sup>78</sup> Cfr., per esempio, Cour suprême du Canada, 26 juin 2009, *A.C. contre Manitoba*, 2009 CSC 30, n. 31955, in *Gaz. Pal.*, 2009, 326-328, p. 25, con commento di A. GABRIEL, *Bioéthique et droits des usagers du système de santé*, riguardo al dissenso opposto da una quattordicenne (e dai suoi genitori) rispetto alle necessarie emotrasfusioni: «(...) à l'égard d'un enfant de moins de 16 ans, c'est l'ineffabilité inhérente au concept de "maturité" qui justifie que l'État conserve le pouvoir suprême de décider s'il est réellement dans l'intérêt supérieur de l'enfant de lui permettre d'exercer son autonomie dans une situation donnée. Mais "l'intérêt supérieur" doit être, à son tour, interprété de manière à refléter et à respecter le droit croissant de

– 16-18 anni, caratterizzata da un più accentuato sviluppo delle capacità fisiche ed intellettive individuali, cui dovrebbe altresì corrispondere una maggiore considerazione della volontà del paziente (ovvero il riconoscimento del suo diritto alla prestazione di un consenso informato).

Ad ogni modo, è opportuno considerare come una valutazione empirica e condotta “caso per caso”, pur costituendo il criterio di certo più equo e prudente, contenga limiti insuperabili, che finiscono per vanificarne l’indubbia bontà. In primo luogo, il sanitario sarebbe chiamato ad eseguire, attorno al grado di maturità del suo (più o meno) piccolo paziente, una verifica che non solo non gli compete, ma per la quale può anche non possedere le necessarie attitudini o capacità e gli strumenti idonei. Inoltre, i tempi del lavoro medico, spesso incalzanti (o frenetici), non sono sempre compatibili con i colloqui, reiterati e approfonditi, indispensabili ai fini dell’accertamento di cui sopra.

Pertanto, in ragione dell’inesistenza di adeguati punti di riferimento normativi, sembrerebbe non rimanere che il dettato dell’art. 2 c.c.: in questo senso, il principio generale secondo il quale, al di sotto dei diciotto anni, il soggetto è da ritenersi incapace appare suscettibile di correzione ed eccezione solo laddove una norma, espressamente, lo preveda<sup>79</sup>. D’altra parte, il raggio d’azione dell’art. 2 c.c. ben potrebbe circoscriversi ai contratti e agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, a fronte dell’utile applicazione dell’art. 2 Cost. per gli atti a contenuto, invece, personale, ovvero della regola della piena capacità di esercitare i propri diritti personali non appena l’interessato abbia acquisito una sufficiente, specifica maturità di giudizio<sup>80</sup>.

---

l’adolescent à l’autonomie. Plus le tribunal est convaincu que l’enfant est capable de prendre lui-même des décisions de façon véritablement mature et indépendante, plus il doit accorder de poids à ses opinions (...). Si, après une analyse approfondie et complexe de la capacité de la jeune personne d’exercer son jugement de façon mature et indépendante, le tribunal est convaincu qu’elle a la maturité nécessaire, il doit respecter ses opinions».

<sup>79</sup> È di questo parere G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., pp. 59 ss. L’Autore sostiene la conformità dell’adozione del criterio di cui all’art. 2 c.c. con il principio di unitarietà dell’ordinamento e ricorda come il legislatore abbia definito con apposite disposizioni i casi in cui il consenso del minore acquista valore giuridico. In particolare, v. gli artt. 145, 250, 273, 284 c.c., l’art. 125 c.p., l’art. 120 del *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza* e, infine, l’art. 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria di gravidanza*. Cfr. A. CONTI, P. DELBON, *La volontà del minore nel processo di formazione del consenso informato in alcuni trattamenti sanitari*, in *Dif. soc.*, 2003, 6, p. 101.

<sup>80</sup> Cfr. A. OSELLINI, *Il consenso del minorenne all’atto medico: una breve ricognizione dei problemi di fondo*, in *Minorigiustizia*, 2009, p. 137, e M. DELL’UTRI, *Il minore tra «democrazia familiare» e capacità di agire*, in *Giur. it.*, 2008, p. 6. Diffusamente, v. S. BENZONI, G.O. CESARO, P. LOVATI, P. VIZZIELLO (a cura di), *Prima dei 18 anni: l’autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, FrancoAngeli, Milano, 2010, e M. PICCINI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, Padova, 2007.

Ciò considerato, per l'ordinamento italiano sono (comunque) sempre i genitori i destinatari dell'informazione sanitaria, nonché i titolari del diritto a consentire circa i trattamenti medici cui il figlio infradiciottenne debba sottoporsi. Tuttavia, ai sensi dell'art. 316 c.c., «in caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio»<sup>81</sup>.

D'altra parte, la decisione del o dei legali rappresentanti potrebbe non conformarsi strettamente all'interesse dell'ammalato e alla tutela della sua salute, laddove non vada addirittura a comprometterne la vita stessa. A questo proposito, paradigmatico appare il caso del figlio di testimoni di Geova<sup>82</sup>, i quali rifiutino, conformemente al loro credo religioso<sup>83</sup>, l'emotrasfusione indispensabile alla sopravvivenza del minore. In simili situazioni, tuttavia, a soccorrere è l'art. 333 c.c., ai sensi del quale, laddove la condotta di uno o di entrambi i genitori sia «pregiudizievole al figlio», il giudice «può adottare i provvedimenti convenienti»<sup>84</sup>. Così, la Pretura di

---

<sup>81</sup> Rispetto al passato (il testo attuale si deve all'art. 39 del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, a decorrere dal 7 febbraio 2014), è eliminato il riferimento al padre quale genitore dotato di autorità decisionale nel caso di contrasto fra i due rappresentanti legali e di provvedimenti da adottare in via d'urgenza a tutela dell'integrità fisica e psichica del minore: cfr. G. CORASANITI, *Trasfusioni di sangue sul minore, diniego per motivi religiosi del consenso dei genitori e intervento del giudice*, in *Giust. civ.*, 1981, p. 3099. Per l'ordinamento francese, similmente, cfr. App. Paris, 29 settembre 2000, in *Méd. droit*, 2001, 46, p. 29, con annotazioni di P. BICLET, *Le consentement des deux parents est indispensable à la réalisation d'une intervention non urgente*.

<sup>82</sup> V. il caso dei coniugi Oneda che, a séguito della morte della figlia, vengono condannati per omicidio volontario (con l'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale): Ass. Cagliari, 10 marzo 1982, in *Giur. mer.*, 1983, p. 961, e in *Foro it.*, 1983, II, c. 27, con nota di G. FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*; Ass. App. Cagliari, 13 dicembre 1982, in *Giur. mer.*, 1983, p. 961; Cass. pen., 13 dicembre 1983, in *Giur. mer.*, 1984, p. 351, con nota di P. FLORIS, *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, e Ass. App. Roma, 13 giugno 1986, in *Giur. mer.*, 1986, p. 606. Commentano tale vicenda anche G. FURGIUELE, *Diritto del minore al trattamento medico-sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statale*, in *Giur. it.*, 1983, p. 349; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 557, e D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2462. Cfr. A. GARAY, *Les implications du refus parental de transfusion sanguine*, in *Gaz. Pal.*, 1995, p. 928, e L. DI BONA, *Riflessioni in tema di rifiuto delle trasfusioni di sangue*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 658.

<sup>83</sup> Più estesamente, cfr. *infra*, cap. III, § 10, *Il rifiuto dell'emotrasfusione*.

<sup>84</sup> Cfr. F. RAMACCI, R. RIZ, M. BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, cit., pp. 864-866, dove si ricorda come il medico non possa eseguire il trattamento contro la volontà dei

Catanzaro<sup>85</sup> dispone l'urgente esecuzione dell'emotrasfusione, motivando la propria decisione in ragione dell'«assoluta urgenza di praticare senza alcuna dilazione la terapia necessaria per scongiurare la morte della minore»<sup>86</sup>. Pertanto, mentre inviolabile appare il rifiuto del trattamento che, per ipotesi, contrasti con le convinzioni religiose, morali o filosofico-esistenziali del malato maggiorenne e capace d'intendere e di volere<sup>87</sup>, è da escludere, al contrario, che le opzioni religiose dei genitori possano condizionare e gravemente compromettere i diritti inviolabili del figlio. Tuttavia, sembrerebbe altresì auspicabile prendere in seria considerazione quelle tecniche terapeutiche eventualmente alternative, quali l'utilizzo del cosiddetto "plasma artificiale", che consentano cure ugualmente adeguate, ma rispettose delle individuali convinzioni religiose<sup>88</sup>. Così, pur convenendo (ai sensi dell'art. 30 Cost.) con un'interpretazione della *responsabilità*<sup>89</sup> genitoriale non quale libertà personale dei rappresentanti legali, bensì come «diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione e il

---

genitori. L'unica autorità competente in materia, infatti, sarebbe quella giudiziaria – per il cui tramite è possibile far venir meno i poteri che la legge attribuisce, appunto, al rappresentante legale. V., infine, E. AVEZZÙ, *Il consenso del minore ai trattamenti sanitari. L'intervento del giudice e del pubblico ministero minorile*, incontro di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 9-11 maggio 2011, in [http://www.personaedanno.it/attachments/allegati\\_articoli/AA\\_021308\\_resource1\\_orig.pdf](http://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_021308_resource1_orig.pdf); G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per gli illeciti compiuti ai danni della prole*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2194; C. VIGNALI, *La tutela della salute del minore*, in *Dir. fam.*, 2005, p. 1421; C. PEDERZOLI, *La capacità al consenso al trattamento medico: riflessi della riforma del diritto internazionale privato in sanità*, in *San. pubbl.*, 2001, p. 685; V. FELLAH, *Potestà dei genitori e vaccinazioni obbligatorie*, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 303; M. DOGLIOTTI, *Potestà dei genitori, vaccinazioni obbligatorie, procedimento ex art. 333 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 578; M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, e R.R., *Trattamento sanitario urgente per il minore, diniego di consenso del genitore, intervento giudiziale (in margine a recenti cronache)*, in *Dir. giur.*, 1977, p. 841.

<sup>85</sup> Pret. Catanzaro, 13 gennaio 1981, in *Giust. civ.*, 1981, p. 3098, con commento di G. CORASANITI, *Trasfusioni di sangue sul minore*, cit.

<sup>86</sup> Cfr. anche Trib. min. Trento, 30 dicembre 1996 (decr.), in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 835. Per l'ordinamento francese, v. M.-L. MOQUET-ANGER, *Les médecins ne commettent pas de faute en pratiquant une transfusion sanguine sur un mineur malgré le refus des parents*, in *JCP A*, 2003, 2144, p. 1688, commento a Adm. App. Bordeaux, 4 mars 2003. Per la ricchissima rassegna giurisprudenziale si rinvia al sito *Bios&Bios. Trattamenti sanitari tra libertà e doverosità*, <http://www.bios-bios.it/about/la-questione-minori/>.

<sup>87</sup> Fra i tanti, v. E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., pp. 208 ss. V. le linee guida delineate dalle Carta di Firenze, delibera dell'Azienda Sanitaria di Firenze del 22 ottobre 2007, n. 791, *Principio di autodeterminazione: consenso informato in merito all'uso del sangue e alla ricerca di alternative*, p. 11.

<sup>88</sup> V. N.M. BROWN, B. MATTHEWS, P.A. FORD, *Treatment of a Jehovah's Witness using a transfusion – free autologous stem cell transplant protocol*, in *Community Oncology*, 2006, p. 776. Cfr. altresì il sito della Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università di Pisa: <http://www.med.unipi.it/patchir/bloodl/bmr-it.htm>.

<sup>89</sup> Ai sensi della legge 10 dicembre 2012, n. 219, in *G.U.* del 17 dicembre 2012, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*.

suo limite»<sup>90</sup>, è sempre consigliabile quantomeno un tentativo di conciliazione (ove, naturalmente, possibile) fra esigenze ed interessi sovente solo in apparenza contrapposti. Di conseguenza, se un'alternativa terapeutica è effettivamente configurabile, anche in considerazione dell'urgenza d'intervenire, nonché in conformità con le istanze di protezione della salute del minore, sarà opportuno prestare ossequio alla volontà dei rappresentanti legali, astenendosi da valutazioni preconcepite e nel rispetto della serenità del nucleo familiare e del suo credo religioso<sup>91</sup>. Al contrario, in assenza di tale concreta alternativa, il provvedimento giudiziario è giustamente limitativo della responsabilità genitoriale, laddove le decisioni dei rappresentanti legali siano viziate da considerazioni estranee alla salute del paziente.

Peraltro, neppure è possibile assolutizzare gli obblighi del genitore, automaticamente mortificando le sue libertà fondamentali: in altri termini, per esempio, il diritto inviolabile al rispetto delle proprie scelte religiose non cessa in conseguenza del vincolo familiare. In questo senso, la presenza del minore può solo significare che, in quelle situazioni per lui eventualmente pregiudizievoli, l'intervento statale è autorizzato/imposto, non certo che viene meno la garanzia dei diritti fondamentali anche al genitore riconosciuti. È il giudice, non il rappresentante legale, a dipanare i nodi di un conflitto (altrimenti irresolubile) fra posizioni soggettive entrambe egualmente tutelate. Trattasi, invero, di una «incapacità» (di cui all'art. 30, secondo comma, Cost.) di mantenere, istruire ed educare i figli, al ricorrere della quale «la legge provvede a che siano assolti» i compiti dei genitori, ovvero di un'impossibilità anche latamente intesa, giustificata altresì da ragioni ambientali, economiche o di salute, nonché da un'ipotesi di diritti/doveri contrapposti: se assumere un comportamento contrario alla professata fede religiosa o cagionare un danno, anche grave, alla salute della prole<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Corte cost., 16-27 marzo 1992, n. 132, in *Rep. Corte cost.*, 1992, p. 1108, e in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, p. 685, secondo la quale, inoltre: «la Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli ad un potere assoluto ed incontrollato, affermando il diritto del minore ad un pieno sviluppo della sua personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale». Cfr. G. MASTRANGELO, *Il consenso ai trattamenti sanitari su paziente minorenne: ruolo degli esercenti la potestà genitoriale, garanzia dei diritti del minore e tutela del medico*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1462.

<sup>91</sup> Cfr. ASSOCIAZIONE EUROPEA DEI TESTIMONI DI GEOVA PER LA TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA (a cura di), *Emotrasfusioni e consenso informato. La questione dei minori*, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 376. A tal proposito, v. THE ROYAL COLLEGE OF SURGEONS OF ENGLAND, *Code of Practice for the Surgical Management of Jehovah's Witnesses*, RCSIENG – Council, Londra, 2002, che indica differenti opzioni terapeutiche a seconda della natura dell'atto sanitario proposto – «absolutely indicated and urgent» ovvero «absolutely indicated and non-urgent» ovvero, infine, «not absolutely indicated».

<sup>92</sup> Cfr. L. NANNIPIERI, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico*

Nondimeno, nel caso di atto medico necessario e indifferibile, onde evitare un grave danno al benessere psicofisico del minore, il rifiuto del rappresentante legale è irrilevante. Di conseguenza, grava sul sanitario il dovere d'intervenire, dal momento che il genitore non gode né di un potere incondizionato di disporre della salute del proprio bambino né di una sorta di *jus vitae et necis* su quest'ultimo<sup>93</sup>. In questo senso, infatti, la libera scelta individuale di privilegiare un determinato diritto costituzionalmente garantito, quale la libertà religiosa, al punto di sacrificarne un altro, ovvero la vita stessa, deve consentirsi solo laddove esista un unico titolare (che scientemente gestisce le proprie decisioni) di tali, anche contrastanti, beni giuridici.

In questo senso si esprime il *Tribunal Constitucional* spagnolo<sup>94</sup>, che accoglie il *recurso de amparo* promosso da due genitori Testimoni di Geova condannati per omicidio – in ragione della denegata trasfusione sul figlio tredicenne e del conseguente decesso del minore stesso. In particolare, una volta autorizzata l'emotrasfusione dai giudici, il paziente oppone il proprio diniego «reagendo con terrore ed agitazione»; poiché i medici non ritengono possibile procedere in modo coattivo o previa somministrazione di un anestetico, i genitori sono invitati ad adoperarsi al fine di convincere il figlio. Per contro, i rappresentanti legali non si attivano in alcun senso e nessuna «pressione» viene esercitata sul ragazzo: la trasfusione è eseguita – invano – solo quando il minore è ormai in stato confusionale. Il *Tribunal Constitucional* annulla la sentenza di condanna già emanata dal *Tribunal Supremo*, perché lesiva del diritto alla libertà religiosa dei genitori, nonché in contraddizione con l'esercizio, da parte del minore, dei diritti fondamentali di cui è autonomo titolare, ovvero (esattamente) il diritto alla li-

---

*equilibrio tra potestà ed autodeterminazione*, in *Minorigiustizia*, 2009, p. 149; M. DELL'UTRI, *L'abuso del diritto tra 'persona' e 'famiglia'*, in *Giur. mer.*, 2007, 12s, p. 17, e G. MANERA, *Il ruolo di tutela e sostegno del tribunale per i minorenni nei confronti del minore*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1208.

<sup>93</sup> Per un'analisi storica della condizione giuridica del minore e uno studio sugli aspetti psicologici del problema, cfr. A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato*, cit., pp. 133 ss. V. altresì P. FUNGHI, F. GIUNTA (a cura di), *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normativa*, ETS, Pisa, 2005, pp. 96 ss., a riguardo del rifiuto al taglio cesareo opposto da una donna musulmana: «qualora si cercasse la legittimità del cesareo coatto, assimilando tale imposizione a quella, autorizzata dal giudice minorile, dell'emotrasfusione sui figli minori dei testimoni di Geova (...), trascureremmo di prendere in considerazione una significativa differenza: l'eventuale atto coercitivo del ginecologo mira a tutelare la vita di un individuo non ancora nato, mediante la violazione dell'autonomia di un soggetto adulto e cosciente, mentre la trasfusione di sangue su minori, contro la volontà dei genitori, è finalizzata a salvare individui già nati, dotati di vita autonoma. La sopravvivenza di questi ultimi è indipendente dalle scelte dei genitori e quindi solo essi meritano una piena tutela, diversamente dal feto la cui sopravvivenza è vincolata alle decisioni che la madre può prendere, sulla base del diritto di autodeterminazione, su se stessa e quindi anche sul proprio corpo».

<sup>94</sup> Trib. Const., 18 julio 2002, n. 154, in <http://www.olir.it/documenti/?documento=3383> – sito dell'Osservatorio delle Libertà e Istituzioni Religiose.

bertà religiosa, all'integrità fisica e all'autodeterminazione circa gli atti di disposizione del proprio corpo. A ciò sia consentito aggiungere, peraltro, che il diritto di trasmettere le proprie convinzioni religiose, come pure le scelte e gli atteggiamenti conseguenti all'adesione alla propria fede religiosa può ben rientrare nel diritto dei genitori di educare, mantenere ed istruire i figli sancito dell'art. 30 della Carta fondamentale italiana.

Similmente, viene pronunciata condanna per omicidio volontario (con l'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale) anche contro due Testimoni di Geova italiani<sup>95</sup>, genitori di bambina affetta da talassemia omozigote. Ritenendosi indispensabile per la sopravvivenza della piccola la sua sottoposizione periodica a trasfusioni di sangue e rifiutandosi i genitori di provvedere in ragione della loro fede religiosa, il Tribunale dei minorenni emana un'ordinanza in tal senso: i genitori avrebbero dovuto accompagnare circa una volta al mese la figlia in una clinica pediatrica dove, tramite prelievo, sarebbe stato accertato il quantitativo di sangue da trasfondere e il periodo di tempo entro il quale provvedere; il giorno prefissato per la trasfusione la bambina sarebbe stata, poi, prelevata da un'assistente sociale accompagnata dai carabinieri del Comune di residenza, onde essere sottoposta al trattamento sanitario oggetto del contendere. I rappresentanti legali non ottemperano all'ordinanza (anche, sembra, interpretandola diversamente), sicché un giorno per la trasfusione non viene mai fissato. Una nuova ordinanza interviene troppo tardi, quando le condizioni dell'ammalata sono oramai gravi.

Nel caso di specie, l'intervento giudiziario appare del tutto inadeguato per un'efficiente tutela della salute della minore: in primo luogo, infatti, attivarsi perché vengano effettuati i controlli sopra detti è per i genitori ripugnante allo stesso modo che adoperarsi direttamente ai fini della sottoposizione della bambina all'emotrasfusione. In secondo luogo, l'ordinanza trascura altresì l'ossequio dovuto alla libertà religiosa dei genitori: anziché prendere atto dell'impossibilità in cui versano di provvedere adeguatamente alla figlia, si finisce per prescrivere (senza successo, peraltro) una scelta contraria ai dettami della loro coscienza. Si perviene, così, all'esito paradossale di una condanna motivata da un'omissione per la quale, al contrario, neppure si era a suo tempo ritenuto di privare gli interessati della potestà. In questo modo, la responsabilità del decesso della bambina viene attribuita ai soli genitori, senza considerare che costoro, oltre a persistere nel loro atteggiamento di rifiuto, non hanno, però, altresì operato al fine di rendere assolutamente e oggettivamente inesequibile l'ordinanza del Tribunale dei minorenni.

---

<sup>95</sup> La vicenda si conclude con Ass. App. Roma, 13 giugno 1986, cit. *V. supra, sub* nota 82. Cfr. B. CHECCHINI, *Il difficile equilibrio tra «l'interesse del minore» e il diritto costituzionalmente garantito alla genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1084, e V. DI LEMBO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1193.

Al contrario, poi, nell'ipotesi in cui il dissenso sia unicamente frutto di un'accurata ponderazione dell'interesse del minore e la terapia incida in modo significativo o irreversibile sul benessere psicofisico dell'ammalato, senza garantire alcuna certezza di guarigione, il giudice deve rimettersi alla decisione degli esercenti la responsabilità genitoriale<sup>96</sup>, in qualità di migliori garanti della salute del figlio.

Da un altro punto di vista, inoltre, fatte salve le ipotesi di assoluta emergenza, il ricorso all'autorità giudiziaria rappresenta un atto doveroso per i medici che intendano intervenire su un minore nonostante l'opposizione dei genitori. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha così statuito<sup>97</sup>, infatti, nel caso di un bambino cittadino britannico ricoverato in ospedale per difficoltà respiratorie.

Nello specifico, la madre di David, affetto sin dalla nascita da gravi *handicaps* fisici e mentali, si oppone a che i sanitari somministrino al figlio dosi di diamorfina, utili per alleviare la sofferenza del piccolo paziente. Nonostante i medici sostengano l'irreversibilità del decorso mortale delle condizioni del malato, infatti, la donna si preoccupa che l'utilizzo di tale farmaco possa compromettere definitivamente le possibilità di recupero del figlio. Tuttavia, non solo il personale sanitario somministra la diamorfina a David, ma inserisce altresì, senza che la madre venga consultata, un ordine di non-rianimazione nella sua cartella clinica. Ciò premesso, pur non ravvisandosi nella condotta medica alcuna colpa professionale, la Corte ritiene che le sopra riportate decisioni, non suffragate dal consenso della rappresentante legale del minore, violino l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale appresta tutela, in particolare, al diritto al rispetto della vita privata e familiare del singolo. In conclusione, quindi, si riconosce come la condotta del personale ospedaliero sia stata informata al criterio del miglior interesse del paziente e, al contempo, si esclude altresì che i medici abbiano unilateralmente deliberato di affrettare il decesso di David. Tuttavia, i giudici pure sottolineano come il quadro normativo inglese richieda inequivocabilmente il consenso dei rappresentanti legali, senza il quale i medici sono tenuti, salvo urgenza, a sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria (nella specie, la *High Court*), laddove il ricorso a quest'ultima non rientra affatto nella discrezionalità dei professionisti, in qualità di ultimo baluardo dell'integrità fisica e morale dei soggetti più vulnerabili.

Al di là, poi, di quanto considerato attorno alla volontà dei genitori, è opportuno soffermarsi brevemente riguardo al necessario coinvolgimento del minore non più bambino nel processo decisionale precedente il trattamento sanitario. In particolare, è degna di menzione la pronuncia del

---

<sup>96</sup> E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., pp. 233 ss. Cfr. G. FERRANDO, *Nascere per il diritto. Grandi prematuri e decisioni di inizio vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 97.

<sup>97</sup> CEDH, 9 mars 2004, *Carol and David Glass v. United Kingdom*, n. 61827/00.

Tribunale dei minori di Brescia<sup>98</sup>, a proposito della decisione, adottata dal padre (unico rappresentante legale) di una paziente affetta da grave forma tumorale, di sottoporre la figlia alla terapia Di Bella, rifiutando le cure tradizionali. I giudici, rigettando il ricorso presentato dal pubblico ministero a causa dell'impossibilità di pronunciarsi sul grado di efficacia delle varie terapie in gioco<sup>99</sup>, colgono l'occasione per interessanti riflessioni: «chi non può rimanere estranea a tale scelta è la diretta interessata, la quale, ormai quattordicenne, deve poter conoscere la reale entità della sua malattia, le terapie praticabili e le loro caratteristiche, anche rispetto alle possibilità di guarigione dichiarate (...). Il minore grandicello è peraltro certamente un soggetto il cui consenso non può essere trascurato, specie con riguardo a trattamenti sanitari particolarmente gravosi, o dolorosi, o controversi».

Nel segno di tale valorizzazione della volontà del minore, pure attenzione merita una decisione del Tribunale di Taranto<sup>100</sup>, riguardante il rifiuto espresso dai genitori alla sottoposizione della figlia quattordicenne a

<sup>98</sup> Trib. min. Brescia, 30 agosto 1999 (decr.), in *Minorigiustizia*, 2001, 1, p. 203. Cfr. G.C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Minorigiustizia*, 2005, p. 125.

<sup>99</sup> Detto provvedimento viene riformato in grado d'appello, con l'ordine di sospensione della cosiddetta multiterapia Di Bella: App. Brescia, 24 novembre 1999 (decr.), in *Minorigiustizia*, 2001, 1, p. 206. Cfr. altresì App. Ancona, 28 marzo 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 218, con nota di M. GRONDONA, *Potestà dei genitori ed intervento del giudice; medicina ufficiale e medicina alternativa: un difficile (ma non impossibile) equilibrio* (ma v. anche App. Brescia, 13 febbraio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 204, con nota di G. GRIFASI, *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*): «di fronte all'obiettivo incertezza tecnico-scientifica, in ordine all'esito dell'intervento chirurgico (certamente devastante) da affrontare, il rifiuto dei genitori di sottoporre il figlio minore all'intervento e la loro volontà di ricorrere a tecniche di medicina alternativa, al fine di evitare quei danni fisici e psicologici che altrimenti graverebbero sul figlio, non costituisce condotta pregiudizievole per il minore e non giustifica la limitazione della loro potestà». Inoltre, v. Trib. min. Brescia, 22 maggio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 204, con nota di G. GRIFASI, *Potestà dei genitori*, cit.: «(...) anche qualora la condotta del genitore risultasse pregiudizievole per il minore, il giudice non potrà adottare provvedimenti limitativi della potestà che, ove attuati, potrebbero costituire fonte di maggior danno per il minore stesso». Similmente, cfr. Proc. Rep. Trib. min. Venezia, 2 giugno 1998, in *Dir. fam.*, 1999, p. 689, e in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Potestà dei genitori*, n. 11. Cfr. G. SERGIO, *Interesse del minore e scelte terapeutiche. Lettura ragionata di due casi giudiziari*, in *Dir. fam.*, 2001, p. 637, e F. PATRUNO, *Una strada dalla quale non si torna indietro ... Sugli sviluppi giurisprudenziali in merito alla cura Di Bella e oltre*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 32. Infine, v. App. Nancy, 3 dicembre 1982, in *JCP*, 1983, II, p. 20081, con annotazioni di G. RAYMOND, ove i giudici rispettano la scelta terapeutica espressa dalla giovane paziente e da sua madre, benché difforme dalle raccomandazioni del medico curante. V. M.T. DERISH, K. VANDEN HEUVEL, *Mature Minors Should Have the Right to Refuse Life-Sustaining Medical Treatment*, in *J.L. Med. & Ethics*, 2000, 28, p. 109, e K.M. MUTCHERSON, *Whose Body is it Anyway? An Updated Model of Healthcare Decision-Making Rights for Adolescents*, in *Cornell J. L. & Pub. Pol'y*, 2005, 14, p. 251.

<sup>100</sup> Trib. min. Taranto, 23 gennaio 1997 (decr.), in *Minorigiustizia*, 1997, 4, p. 154. V. anche A. AUBRY, *Difficultés dans les relations de soin avec un mineur: les réponses du procureur de la République*, in *Méd. droit*, 2011, 111, p. 226.

vaccinazione obbligatoria per l'epatite B. Il giudice, dopo aver ascoltato direttamente la ragazza, esclude la sussistenza dei presupposti di fatto o di diritto per l'emissione dei provvedimenti coercitivi *ex artt.* 330-336 c.c., alla luce delle ampie giustificazioni addotte dalla minore e dai suoi genitori, nonché delle loro convinzioni religiose, regole e pratiche comportamentali – peraltro del tutto aderenti all'ordinamento giuridico italiano (art. 8 Cost.) e alla Convenzione internazionale di New York del 1989 sui diritti del fanciullo. Di conseguenza, il Tribunale dispone, quale unico provvedimento utile e legalmente praticabile, l'affidamento temporaneo della ragazza al Servizio sociale, che «dovrà cercare di acquisire, per quanto possibile, il consenso dei genitori e della stessa minore, interagendo utilmente e con le dovute cautele con la docenza della scuola frequentata dall'ottima, sia pur ostinata, fanciulla».

La scelta del Tribunale tarantino, tuttavia, è assolutamente isolata: in materia di vaccinazioni obbligatorie, infatti, l'orientamento giurisprudenziale è stato nel senso dell'emissione, da parte del giudice, di un provvedimento in senso impositivo della vaccinazione, senza, peraltro, alcun coinvolgimento del minore interessato<sup>101</sup>. D'altronde, «il dovere di tutelare la salute del minore, che la funzione genitoriale comporta (...), non può risolversi nella negazione – per propria diversa convinzione o per ignoranza (da intendersi nel senso di omissione di ogni diligenza volta ad acquisire le necessarie informazioni) – dell'obbligo, ma deve concretarsi nell'indicazione delle specifiche ragioni che, nel caso singolo, rendono la vaccinazione sconsigliata o pericolosa»<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> In proposito, A. LIUZZI, *Trattamenti sanitari su minore tra consenso dell'interessato e potestà genitoriale*, cit., pp. 554-555, che ricorda Trib. min. Brescia, 9 novembre 1992 (decr.), Trib. min. Brescia, 7 giugno 1991 (decr.), e Trib. min. Firenze, 2 ottobre 1989 (decr.). Inoltre, il disegno di legge 21 settembre 2001, n. 656 (XIV Legislatura, Senato della Repubblica), *Nuove disposizioni in materia di vaccinazioni per i bambini e gli adolescenti e di consenso informato alla vaccinazione*, omette qualsivoglia riferimento all'informazione, al consenso o a qualsiasi tipo di coinvolgimento del minore. Infine, Trib. min. Bologna, 25 gennaio 1994 (decr.), in *Fam. dir.* 1994, 199, con annotazioni di A. DIMORA, esclude, in relazione alla particolarità dei singoli casi, che l'omissione delle vaccinazioni possa integrare una condotta censurabile dei genitori, laddove questa non sia dovuta a trascuratezza e sia priva di conseguenze sul diritto all'istruzione dei figli (non-imposizione coattiva della vaccinazione). Cfr. inoltre, il d.l. del 7 gennaio 1994, n. 8, *Disposizioni urgenti in materia sanitaria*, in *G.U.*, 8 gennaio 1994, n. 5 (nonché i successivi decreti nn. 164/94 e 273/94), il cui art. 9 escludeva (e si usa l'imperfetto in ragione della mancata conversione in legge) l'esecuzione di vaccinazioni obbligatorie su minori imposta coattivamente con forza pubblica. Cfr. F. ZUOLO, *Salute pubblica e responsabilità parentale. L'esenzione dall'obbligo di vaccinazione*, in *Ragion pratica*, 2013, p. 129; C. AMATO, *L'obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse del figlio*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 372, e G. GEMMA, *Vaccinazioni facoltative: un esempio di irragionevolezza legislativa*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 1017.

<sup>102</sup> Cass. civ., Sez. I, 18 luglio 2003, n. 11226, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 1157, con nota di F. BUZZI, B. MAGLIONA, *Libertà di cure e interesse della collettività nelle vaccinazioni obbligatorie in età pediatrica: verso un nuovo equilibrio?*, secondo la quale, peraltro: «l'obbliga-

È noto, del resto, come le leggi istitutive delle vaccinazioni obbligatorie non prevedano, quale rimedio all'inottemperanza dei genitori, l'esecuzione coattiva, bensì una semplice, blanda sanzione pecuniaria di tipo amministrativo – neppure sempre irrogata, invero<sup>103</sup>. A questo proposito, è stata a suo tempo messa in dubbio la coerenza di tale principio di non coercibilità con il diritto alla salute della collettività e dei minori stessi, nonché con il loro diritto all'istruzione, poiché a costoro veniva così inibita la frequentazione della scuola dell'obbligo, subordinata al compimento di dette vaccinazioni<sup>104</sup>.

---

torietà della vaccinazione presuppone una valutazione positiva, compiuta dal legislatore allo stato delle conoscenze scientifiche: a) dell'idoneità del mezzo a tutelare la salute del singolo; b) dell'idoneità del mezzo a tutelare la salute collettiva, c) dell'esiguità o assenza di rischio di effetti dannosi per la salute del singolo, salvo casi particolari». Cfr. l'ordinanza di App. Venezia, 20 giugno 2003, in F. BUZZI, B. MAGLIONA, *op. ult. cit.*, p.1165: «(...) non può questa Corte limitarsi ad affievolire la potestà dei genitori, al fine di rimuovere o superare decisioni degli stessi ritenute pregiudizievoli per il minore, in quanto – mentre può ritenersi sicuramente pregiudizievole un'opposizione preconcepita a tutte le vaccinazioni (...) – non lo è l'opposizione motivata su ragioni sanitarie di buon senso». Ancora, a proposito dell'adozione dei criteri propri della *evidence based medicine* per la valutazione della legittimità del rifiuto, v. Cass. civ., Sez. I, 24 marzo 2004, n. 5877, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 979, con commento di F. BUZZI, B. MAGLIONA, *Legittimità del dissenso rispetto alle vaccinazioni di legge ed evidence based medicine: un interessante contributo della Corte di Cassazione*, e in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Sanità pubblica*, n. 318. Cfr., infine, App. Bari, 6 febbraio 2002 (decr.), e App. Bari, 12 febbraio 2003 (decr.), entrambi in *Famiglia*, 2003, p. 552, con commento di A. DE SIMONE, *Potestà genitoriale, obblighi vaccinali ed intervento del giudice minorile ai sensi degli artt. 333 e 336 c.c. Legittima la richiesta da parte dei genitori di specifici accertamenti medici preventivi sul minore?*.

<sup>103</sup> Cfr. le leggi n. 891/39 (difterite); 292/63 (tetano); 51/66 (poliomielite); n. 165/91 (epatite B). In Piemonte, per esempio, tale sanzione pecuniaria non viene applicata: cfr. la delibera della Giunta regionale 10 aprile 2006, n. 63/2598. V. O. MORINI, L. MACRI, *Obbligatorietà delle vaccinazioni: aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 883; S. CINQUETTI, M. MARIGO, *Inosservanza dell'obbligo vaccinale in età pediatrica: procedure, sanzioni e tutela del minore*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, 16, p. 575; P. CROVARI, N. PRINCIPI, M. VALSECCHI, et al., *Significato ed evoluzione del ricorso alla obbligatorietà nella politica delle vaccinazioni in Italia per gli anni 2000*, in *Ann. Ig.*, 1998, 10 (4 Suppl.1), p. 45; S. TAFURI, D. MARTINELLI, C. GERMINARIO, R. PRATO, *History of Compulsory Immunization*, in *Ig. San. Pubbl.*, 2011, 67(5), p. 659, e S. TAFURI, D. MARTINELLI, C. PRATO, R. GERMINARIO, *From the Struggle for Freedom to the Denial of Evidence: History of the Anti-Vaccination Movements in Europe*, in *Ann. Ig.*, 2011, 23(2), p. 93. V., infine, Cass. civ., Sez. I, 10 giugno-10 luglio 2008, n. 19046, in *Banca Dati De Jure*; Trib. min. Bologna, 20 gennaio 1994, in *Gius.*, 1994, p. 85; Pret. Alba, 14 aprile 1980, n. 456, e Pret. Torino, 19 maggio 1987, n. 361, entrambe inedite.

<sup>104</sup> Ma v. il D.P.R. 26 gennaio 1999, n. 355, *Regolamento recante modificazioni al DPR 1518/67 in materia di vaccinazioni obbligatorie*, che autorizza in via definitiva la frequenza scolastica dei minori non vaccinati (art. 47, comma 2). Cfr., però, la legge della Regione Emilia Romagna 25 novembre 2016, n. 19, *Servizi educativi per la prima infanzia*, il cui art. 6, comma 2, prevede che, «al fine di preservare lo stato di salute sia del minore sia della collettività con cui il medesimo viene a contatto, costituisce requisito di accesso ai servizi educativi e ricreativi pubblici e privati l'aver assolto da parte del minore gli obblighi vaccinali prescritti dalla normativa vigente. Ai fini dell'accesso la vaccinazione deve essere omessa o differita solo in caso di accertati pericoli concreti per la salute del minore in relazione a

D'altra parte, la Corte costituzionale<sup>105</sup> ha ritenuto infondata la questione di legittimità sollevata in materia, in considerazione dell'esistenza, appunto, di un adeguato strumento di coercizione (già menzionato in materia di emotrasfusioni), costituito dall'eventuale intervento del Tribunale dei minorenni ex artt. 333 e 336 c.c., con l'imposizione della vaccinazione e la conseguente limitazione della responsabilità genitoriale. Al riguardo, peraltro, neppure si porrebbe un problema di violazione dell'art. 13 Cost., stante l'inconfigurabilità della natura coattiva della vaccinazione o di qualsivoglia altro trattamento sanitario eseguito sul bambino non ancora capace d'intendere e di volere, né quando siano attuati dai genitori o dietro loro richiesta né quando questi siano disposti, invece, dal giudice dei minori, in sostituzione ed anche contro la volontà dei rappresentanti legali. Si tratta, del resto, del coinvolgimento di soggetti in tenera età, in relazione ai quali neppure s'impone lo spinoso problema della rilevanza e considerazione della loro volontà<sup>106</sup>. Da ultimo, infine, il d.l. *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*, 7 giugno 2017, n. 73, non solo introduce nuovi obblighi vaccinali (da quattro a dodici, tutti gratuiti), ma subordina al loro adempimento l'ammissione dei bambini agli asili nido e alle scuole dell'infanzia. I minori dai sei ai sedici anni, invece, possono sì accedere a scuola, ma il dirigente scolastico o il responsabile dei servizi educativi è tenuto a comunicare la violazione alla ASL, con successiva ap-

---

specifiche condizioni cliniche». Cfr. altresì F. BUZZI, B. MAGLIONA, *Legittimità del dissenso rispetto alla vaccinazione di legge ed evidence based medicine: un interessante contributo della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 986, commento a Cass. civ., Sez. Lav., 8 aprile 2004, n. 6899. In Francia, v. Adm. App. Lyon, 5 juin 2007, n. 06LY02156, in *Gaz. Pal.*, 2008, 363, p. 38, con annotazioni di A. GABRIEL, *Santé publique*.

<sup>105</sup> Corte cost., 6-27 marzo 1992, n. 132, cit. V. anche Corte cost., 8-22 luglio 2004 (ord.), n. 262, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 994, e in *Giur. cost.*, 2004, p. 4: «ai fini di apprezzare la portata e il fondamento dell'obbligatorietà della vaccinazione antitetanica da praticare ai nuovi nati, rispetto alla quale si manifesti un rifiuto dei genitori, non è sufficiente argomentare (...) in base al solo carattere non diffusivo della malattia: infatti, alla valutazione rimessa al giudice non può essere estranea la considerazione del rischio derivante allo stesso minore dall'omissione della vaccinazione, posto che, nel caso del minore, non è in gioco la sua autodeterminazione, ma il potere-dovere dei genitori di adottare le misure e le condotte idonee a evitare pregiudizi o concreti pericoli alla salute dello stesso minore, non potendosi ammettere una totale libertà dei genitori di effettuare anche scelte che potrebbero essere gravemente pregiudizievoli al figlio». V. S. TAFURI, D. MARTINELLI, R. PRATO, C. GERMINARIO, *Obbligo vaccinale e diritto alla salute: il valore della giurisprudenza nella pratica di sanità pubblica italiana*, in *Ann. Ig.*, 2012, 24, p. 191. Cfr. altresì Cass. civ., Sez. III, 27 settembre 2007, n. 20036, in *Banca Dati Leggi d'Italia*. Infine, v. UFFICIO DEL GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *Vaccinazioni e diritto alla salute. Trattamenti sanitari, vaccinazioni, diritto alla salute delle persone minori d'età*, Bologna, 2013. Cfr. E.S. STAATS, J.M. HAMME, *The Greater Good: Rethinking Risks and Benefits of Childhood Vaccination Programs*, in *Journ. Health & Life Sc. Law*, 2009, 3, p. 164.

<sup>106</sup> A proposito dell'impiego della forza pubblica dinanzi al rifiuto delle vaccinazioni (quale comportamento pregiudizievole per i figli), cfr. App. Torino, 3 ottobre 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 571.

plicazione di una sanzione pecuniaria (da 500 a 7.500 euro) e segnalazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni<sup>107</sup>.

Permane, però, l'interrogativo attorno al valore delle scelte del minore (incapace d'agire, ma) dotato di capacità naturale, in relazione all'esercizio dei suoi diritti fondamentali ed eventualmente anche in conflitto con le posizioni dei genitori. In tema di trattamenti sanitari obbligatori, per esempio, la Pretura di Milano si è pronunciata, in meno di sei mesi, in modo diametralmente opposto: nel primo caso, definendo volontario il ricovero di un minore affetto da alterazioni psichiche, in ragione del consenso espresso, in proposito, dalla madre; nel secondo, invece, affermando che un simile consenso non esclude la natura obbligatoria del trattamento effettuato<sup>108</sup>. In quest'ultima fattispecie, in realtà, le modalità di valutazione della volontà manifestata dai rappresentanti legali vengono motivate non tanto in linea generale, bensì in ragione di una «spiccata conflittualità» ed aggressività del paziente nei confronti dei propri genitori, i quali potrebbero, perciò, non essere i migliori e più sereni interpreti degli interessi del figlio<sup>109</sup>.

Si ricordi, poi, come l'art. 147 c.c. imponga «ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli». In questo senso, e all'insegna della tutela della dignità umana dei piccoli malati, il consenso alle cure diviene un atto personalissimo e rientrante nella sfera "molto privata" del soggetto, così come la libertà di pensiero, di opinione, di professare una determinata religione, tutte ugualmente riconosciute al minore perché, appunto in qualità di diritti personalissimi, non ammettono alcuna forma di rappresentanza<sup>110</sup>. Da un punto di vista puramente giuridico, poi, si potrebbe certo convenire sul fatto che tale manifestazione di volontà debba essere sempre accompagnata e suffragata da quella dell'esercente la responsabilità, comunque a garanzia di una scelta ponderata e matura. In questo modo, la presenza dei genitori nel rapporto tera-

<sup>107</sup> Il decreto, convertito in legge il 28 luglio 2017, è stato emendato con l'abbassamento della sanzione pecuniaria prevista (da un minimo di 100 ad un massimo di 500 euro) e con la soppressione della segnalazione alla Procura della Repubblica «per gli eventuali adempimenti di competenza». Cfr. [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_notizie\\_2967\\_listaFile\\_itemName\\_3\\_file.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_2967_listaFile_itemName_3_file.pdf).

<sup>108</sup> Pret. Milano, 18 settembre 1982 (decr.), e 7 gennaio 1983 (decr.), in *Foro it.*, 1984, I, p. 3066, con nota di V. SINISI, *Sul consenso al trattamento sanitario del minore*.

<sup>109</sup> Sposa la tesi del trattamento sanitario obbligatorio anche Trib. min., 30 marzo 2010 (decr.), in *Il Quotidiano Ipsosa*, 8 giugno 2010, con commento di M. BELLINA, *Trattamenti sanitari, il minore decide?*. Avverte circa la necessità di un intervento legislativo, al fine di proteggere il minore da eventuali arbitrarie decisioni, da parte dei suoi stessi genitori, di ricovero in clinica psichiatrica E. CALÒ, *Il consenso del terzo al trattamento medico*, cit., p. 866.

<sup>110</sup> L. POMODORO, intervento al Convegno *La verità per il malato. Aspetti giuridici, etici e medici del consenso informato*, cit., p. 38.

peutico diventerebbe più o meno pregnante a seconda dell'età o della maturità dei figli. Sarebbe possibile, così, costruire un'effettiva alleanza tra genitori, medico e minore, dove l'intelligenza e la sensibilità di ciascuno permetterebbe di adottare sintonicamente scelte anche complesse e sofferte. I rappresentanti legali, in particolare, svolgerebbero appieno il loro fondamentale ruolo di protezione e cura dando voce ai bisogni e alla volontà del figlio non ancora in grado di manifestarli autonomamente, mentre offrirebbero mero sostegno e conforto al paziente oramai capace di comprendere e di esprimersi<sup>111</sup>. Pertanto, nell'ambito degli atti personali, il rapporto tra responsabilità genitoriale e libertà dei minori appare dotato di naturale ed estrema dinamicità: la responsabilità si affievolisce con il progredire dell'età e gli interventi dei rappresentanti legali da protettivi divengono sempre più soltanto educativi (prospettiva diacronica), mentre la capacità del minore può sussistere ed essere accertata, in un preciso momento, per il compimento di un determinato atto e non, invece, per l'effettuazione di altri (prospettiva sincronica)<sup>112</sup>.

Certo, crescere un figlio significa, in maniera pressoché inevitabile, influenzarlo quotidianamente quanto a stili di vita, scelte ideologiche, opzioni culturali; tali condizionamenti, del resto, possono interessare in maniera più o meno pregnante anche la sfera sanitaria: dalla dieta (si pensi ai recenti casi di cronaca di bambini o neonati malnutriti in ossequio al regime alimentare prescelto dai genitori<sup>113</sup>) al luogo e alle modalità del parto (gravando così il nascituro di rischi aggiuntivi)<sup>114</sup>, dalle terapie al-

---

<sup>111</sup> Cfr. A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato*, cit., p. 141.

<sup>112</sup> F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1983, pp. 55 ss. V. Trib. min. Milano, 30 marzo 2010, in *Banca Dati De Jure*: «non è possibile sostenere che i genitori rappresentino i figli minori anche relativamente alle scelte mediche e ciò (...) poiché diversamente opinando si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi mercé la sola considerazione del dato formale rappresentato dall'incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace ma naturalisticamente capace non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell'istituto dell'amministratore di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione. Del resto, che la rappresentanza genitoriale debba cedere il passo all'accrescersi della capacità naturale del minore, è dimostrato dall'analisi dell'art. 147 c.c. – che rappresenta la potestà genitoriale dal lato funzionalistico (...)». V., infine, G. MASTRANGELO, *Circoncisione, infibulazione ed altre manomissioni del corpo dei minori: sanzioni penali, scriminanti e strumenti internazionali alla luce della Risoluzione O.N.U. 67/146 del 20 dicembre 2012, della Risoluzione del Parlamento europeo sull'abolizione delle mutilazioni genitali femminili 2012/2684 del 14 giugno 2012 e della Risoluzione del Consiglio d'Europa sull'integrità fisica dei minori, doc. 13042 del 2 ottobre 2012*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 226.

<sup>113</sup> Cfr. <http://www.lastampa.it/2016/07/09/italia/cronache/a-un-anno-pesa-come-a-mesi-bimbo-tolto-ai-genitori-vegani-2aqpTdCQ7aM9t3OARyIdbK/pagina.html>.

<sup>114</sup> Cfr. F. CECCONI, G. CIPRIANI, *Responsabilità medica: quando il consenso, veramente informato, fa la differenza*, cit.; M.G. RUO, *La mitezza nelle istituzioni sanitarie: malattia, fine vita e diritti della persona di età minore e dei suoi familiari*, in *Minorigiustizia*, 2015, p. 219, e

ternative a quelle oncologiche (è di qualche mese fa il decesso di una ragazza affetta da leucemia, la quale, nonostante le elevate possibilità di guarigione, rifiutava le chemioterapie a favore del metodo Hamer<sup>115</sup>) fino alla compassionevole sottoposizione, come si vedrà nel prosieguo e a fronte di patologie senza speranza<sup>116</sup>, a pseudocure prive di alcun fondamento scientifico. In questi ed altri casi, rispettare e perseguire il migliore interesse del minore<sup>117</sup>, nonché il corretto svolgimento della sua personalità, spesso inscindibilmente connessa ai valori e alle decisioni familiari, diviene compito ben arduo, anche a fronte della difficoltà di rinvenire strumenti coercitivi idonei – nel senso di accettabili ed efficaci al contempo.

Peraltro, a fronte dell'esigenza di un maggiore coinvolgimento dell'infanciotta nelle scelte di carattere medico, studi recenti (maturati soprattutto nell'assistenza psicologica dei bambini malati di cancro) hanno dimostrato come esista, anche durante l'infanzia, una buona capacità di fronteggiare le informazioni – e anche la verità – in materia sanitaria, nonché di decidere al riguardo<sup>118</sup>. Coerentemente, la Carta europea dei

---

L. CAENAZZO, *La protezione dei diritti del minore nella «Sindrome di Munchausen» per procura: una riflessione etica*, in *Med. mor.*, 2015, p. 287.

<sup>115</sup> Cfr. [http://www.repubblica.it/cronaca/2016/08/31/news/padova\\_famiglia\\_rifiuto\\_chemio\\_studentessa\\_morta\\_leucemia-146963943/](http://www.repubblica.it/cronaca/2016/08/31/news/padova_famiglia_rifiuto_chemio_studentessa_morta_leucemia-146963943/).

<sup>116</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, § 4, *L'affaire Stamina ovvero di un'irragionevole volontà*.

<sup>117</sup> Cfr. anche il parere del CNB *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016, in <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/Parere%20CNB%20Sedazione%20profonda-testo.pdf>, secondo il quale «problema particolare, sotto il profilo sia etico che giuridico, è quello dell'eventuale opposizione manifestata dai genitori ad una terapia di sedazione profonda da praticare al figlio. Va osservato che esiste una responsabilità dei genitori nei confronti dei figli, che è quella di realizzare i loro interessi fondamentali. In queste situazioni drammatiche garantire un residuo di vita senza sofferenza e il rispetto della dignità fino al decesso sono due parametri essenziali nell'individuare il miglior bene del minore. In casi di disaccordo tra clinici e genitori con riferimento a queste decisioni può essere di aiuto, quando possibile, il parere del Comitato etico pediatrico».

<sup>118</sup> P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, cit., p. 302. Ciò non toglie che, per la giovane età del paziente, siano necessari moduli comunicativi più avveduti: cfr. G. BOLLEA, *Intervista*, in S. ZAVOLI, *Il dolore inutile. La pena in più del malato*, Garzanti, Milano, 2002, pp. 118-119, secondo il quale «si deve dire soltanto lo stretto necessario che riguarda le cure, l'indispensabile, non il futuribile, non la lista totale degli esami, ma solo uno alla volta, quello da fare di giorno in giorno. Devono sapere non da un parente o da un amico, ma dalla madre, dal padre e dal medico. Ricordarsi sempre che il medico deve mantenere intatta la figura del padre nella sua autorevolezza e credibilità. È necessario perciò che entrambi si accordino molto bene su quanto devono dire o non dire». V. la Carta dei diritti del bambino in ospedale dell'Associazione Ospedali Pediatrici Italiani (artt. 7-8): <http://www.aopi.it/cartadiritti.html>. Cfr. M. BERLOTTI, P. MASSAGLIA, *La comunicazione nel percorso terapeutico del minore malato*, in *Minorigiustizia*, 2005, p. 80; P. CENDON, F. BILOTTA, *La comunicazione e i trattamenti nella malattia terminale di un bambino*, *ivi*, p. 100; A. SANTOSUOSSO, G.C. TURRI (a cura di), *Minorenni e «autodeterminazione in senso debole» (sintesi di un dibattito)*, in *Questione giustizia*, 2000, p. 1118; P. PAZÈ, *Consenso informato e ascolto per l'atto medico destinato a un minore*, in *Ragiusan*, 2006, p. 216; V. SELLAROLI, *Autodeterminazione, libertà di cura, libertà di coscienza e consenso informato*, in *Minorigiustizia*, 2005, p. 147; A. LIUZZI,

bambini degenti in ospedale (16 giugno 1986) dispone che (punto 4): «il bambino e i genitori hanno il diritto di essere informati in modo adeguato all'età e alla loro capacità di comprensione. Occorre fare quanto possibile per mitigare il loro stress fisico ed emotivo» (punto 4). Ancora (punto 5), «il bambino e i suoi genitori hanno il diritto di essere informati e coinvolti nelle decisioni relative al trattamento medico. Ogni bambino deve essere protetto da indagini e terapie mediche non necessarie»<sup>119</sup>.

Si tratta, sembra, della progressiva erosione del dogma della completa incapacità d'agire dei minorenni, i quali cominciano a godere di concreti margini d'autonomia in relazione alla maturità raggiunta e alla concreta capacità di formulare ed esprimere scelte connesse all'esercizio dei loro diritti personali, mentre la piena rappresentanza dei genitori continua a sussistere solo in ambito strettamente patrimoniale. Dinanzi ad un rinnovato funzionamento del sistema-famiglia, dunque, l'esercizio della responsabilità genitoriale non è più fondato sul diritto-potere d'imporre con autorità ai figli scelte educative e di vita, bensì nel garantire loro (potere-dovere) di crescere come uomini liberi e quanto più possibile in armonia con le rispettive, personali aspirazioni<sup>120</sup>.

## 6. Il paziente minorenne all'estero

In contrapposizione con le incertezze caratterizzanti l'ordinamento italiano, la legge spagnola 14 novembre 2002, n. 41, *básica reguladora de la*

---

*Consenso del minore e trapianto dei suoi organi*, *ivi*, p. 161; G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore «maturo» agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 407; C. BARBIERI, F. LOCATELLI, P. RONCAROLI, *Il consenso del minore all'atto medico. Importanza dell'informazione e valenze terapeutiche anche alla luce di un caso clinico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 875, e C. CALCAGNI, *Problematiche in tema di consenso del minore*, in *Zacchia*, 2003, p. 325.

<sup>119</sup> P. MASSAGLIA, M. BERTOLOTTI, *Psicologia e gestione del bambino portatore di tumore e della sua famiglia*, in AA.VV., *Tutti Bravi. Psicologia e clinica del bambino portatore di tumore*, R. Cortina, Milano, 1998, pp. 118-119.

<sup>120</sup> Corte cost., 16-27 marzo 1992, n. 132, cit. Cfr. A. VALSECCHI, *Gli effetti giuridici del consenso del minore nel diritto penale. In particolare: il consenso del minore al trattamento medico*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1584; V. SELLAROLI, *Il consenso informato in cardiologia e cardiocirurgia pediatrica: racconto di un'esperienza*, in *Minorigiustizia*, 2012, p. 186; T. BONAMINI, *Rappresentanza legale del minore e rapporti giuridici non aventi contenuto patrimoniale*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 769; A. ARGO, P. PROCACCIANTI, S. PROCACCIANTI, V. TRIOLO, *Consenso all'atto medico ed autonomia dei «grandi minori»: il caso del test HIV*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 47; A. OSELLINI, *Il consenso del minorenne all'atto medico: una breve ricognizione dei problemi di fondo*, in *Minorigiustizia*, 2009, 137; L. NANNIPIERI, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra potestà e autodeterminazione*, *ivi*, p. 149, e E. FALLETTI, *La situazione giuridica dei minori affetti da organizzazione atipica dell'identità di genere (A.G.I.O.)*, in *GenIUS*, 2015, p. 9.

*autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*<sup>121</sup>, interviene in senso decisamente chiarificatore, indicando soglie d'età determinate ai fini della rilevanza della manifestazione di volontà da parte del malato infradiciottenne. *In primis*, è previsto (art. 9, comma 3) l'intervento del rappresentante legale nel caso in cui il minorenne «no sea capaz intelectual ni emocionalmente» di comprendere la portata o la natura del trattamento sanitario cui debba essere sottoposto. In tal caso, però, l'opinione del bambino dev'essere comunque ascoltata e tenuta in debita considerazione ai fini della decisione sanitaria, mentre la prestazione del consenso, da un punto di vista formale, spetta pur sempre al rappresentante legale. Al contrario, questi perde ogni autorità nel caso di paziente emancipato o di almeno sedici anni, per il quale, infatti, «no cabe prestar el consentimiento por representación», fatte salve le ipotesi in cui la sua capacità non sia stata «modificada judicialmente» o l'eventualità di sua incapacità naturale, intellettuale od emotiva (*id est*, d'intendere o di volere). Nel caso in cui, però, il trattamento sia, secondo il parere medico, gravemente rischioso per la vita o per la salute, il consenso viene prestato dai rappresentanti legali del minore, anche se emancipato o di età superiore ai sedici anni, certo comunque tenendo conto del parere di quest'ultimo ai fini dell'adozione della decisione necessaria. La maggiore età, infine, diviene nuovamente requisito imprescindibile (art. 9, comma quarto) ai fini dell'interruzione volontaria di gravidanza, delle pratiche sperimentali e di riproduzione assistita, quali eccezioni ai principi generali ora enunciati.

Grazie ad un'attenta lettura della norma in questione, d'altra parte, è possibile comprenderne la vera *ratio*: eccezion fatta per gli interventi altamente rischiosi, il ruolo del rappresentante legale assume una qualche importanza esclusivamente nel caso di minore non in grado di cogliere appieno il significato dell'intervento in vista del quale è necessaria la prestazione del consenso. In questo modo, mentre per l'adolescente di età superiore ai sedici anni la regola è la capacità (oggetto di presunzione semplice, così come, in generale, la capacità del maggiorenne), per il paziente

---

<sup>121</sup> Così come modificata dalla *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Cfr. altresì la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. V. M. HERNÁNDEZ BEJARANO, *Le droit à l'information des patients ou usagers dans le système national sanitaire espagnol*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2008, 27, p. 187; S. CACACE, *Legge spagnola 41/2002 e consenso informato: cose vecchie, cose nuove*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 1161; A. FIORI, *La legge spagnola 41/2002 e i progetti italiani di direttive anticipate*, in *Med. mor.*, 2003, pp. 791 ss., e R. BONINI, *Istruzioni preventive di cura: note in margine alla legge spagnola*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 138. Cfr. altresì l'*Orden SSI/81/2017, de 19 de enero, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, por el que se aprueba el protocolo mediante el que se determinan pautas básicas destinadas a asegurar y proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en Ciencias de la Salud*, in *BOE* 6 de febrero de 2017, 31, III, p. 8277.

di età inferiore la legge prevede la valutazione e dimostrazione, caso per caso, della maturità intellettuale ed emotiva del minore ai fini della prestazione del consenso<sup>122</sup>.

In Francia, invece, è la *loi n. 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale* a modificare le regole di esercizio della responsabilità genitoriale, la quale è ora un insieme di diritti e di doveri esclusivamente finalizzati all'interesse del minore, nonché alla valorizzazione stessa della sua personalità. I genitori, pertanto, devono proteggere il figlio «dans sa sécurité, sa santé et sa moralité», assicurargli un'educazione e «permettre son développement, dans le respect dû à sa personne»<sup>123</sup>. In particolare, i rappresentanti legali devono «associare» il minore nelle decisioni di suo interesse: disposizione esattamente ripresa dall'art. L. 1111-2 del *Code de la santé publique*, ai sensi del quale il paziente infradiciottenne partecipa alle scelte che lo riguardano, in maniera adeguata rispetto al suo grado di maturità<sup>124</sup>. A que-

---

<sup>122</sup> Nello stesso senso, ma con maggior chiarezza, la *Ley 21/2000 de Cataluña de derecho a información de los pacientes*, che prevede la prestazione del consenso per rappresentanza (art. 7, comma secondo): «En el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre la propia salud, el consentimiento lo dará el representante del menor, habiendo escuchado en todo caso su opinión si es mayor de doce años. En el resto de los casos, y especialmente en caso de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor ha de dar personalmente su consentimiento». Al contrario, sembra escludere una verifica empirica circa la capacità del minore la *Ley foral de Navarra 11/2002, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica* (art. 8, comma 2): «Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. En el caso de los menores, el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años». Infine, più simile alla situazione italiana è la disciplina di cui alla *Ley de Galicia 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes* (art. 4-ter).

<sup>123</sup> Per contro, il vecchio art. 371-2 del *Code civil* prevedeva che: «L'autorité parentale appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Les père et mère ont à son égard un droit et un devoir de surveillance et d'éducation». Cfr. F. CHABAS, *L'information en matière de pédiatrie*, in *Gaz. Pal.*, 2004, p. 1478. V. App. Bordeaux, 4 décembre 1991, in *D.*, 1993, p. 129; S. BERNHEIM DESVAUX, *La relation de soin*, in *Méd. droit*, 2011, 111, p. 221, e C. ROUGE-MAILLART, *Le mineur dans la relation de soin. Introduction*, in *Méd. droit*, 2011, 111, p. 218. V. l'art. R. 4127-42 del *Code de la santé publique*: «Un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement. En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires. Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible».

<sup>124</sup> Le disposizioni della *loi Kouchner* concernono esclusivamente i minori e i maggiorenti sotto tutela, senza alcun riferimento specifico agli adulti in regime di curatela. Tale silenzio può indurre a ritenere che la persona sotto curatela disponga di un diritto autonomo all'informazione e al consenso – e ciò conformemente al dettato dei lavori parlamentari, poiché la legge sostiene il diritto di *toute personne* a che la propria volontà, libera e consapevole, sia presa in considerazione. Di conseguenza, dovrebbero accettarsi le sole eccezioni

sto proposito, poi, la normativa francese si mostra sicuramente più audace rispetto alle caute enunciazioni di principio del nostro Codice deontologico, autorizzando il medico (art. L. 1111-5, *Code de la santé publique*) a non interpellare i legali rappresentanti, laddove il trattamento o l'intervento sia necessario al fine di salvaguardare la salute del minore e nel caso in cui quest'ultimo «s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé».

Tuttavia, il sanitario è tenuto ad adoperarsi affinché il minore acconsenta a che i genitori siano consultati, ma è senz'altro autorizzato all'effettuazione dell'intervento laddove l'opposizione del paziente persista. Infine, al verificarsi di detta ultima evenienza, la legge prevede che il minore indichi una persona maggiorenne ad affiancarlo nella sua decisione. L'adulto così prescelto dal malato, però, sembra del tutto privo della titolarità del diritto a consentire (o meno) al trattamento sanitario: il suo ruolo, infatti, pare ridursi ad una mera garanzia (sovente solo) formale di adeguata ponderazione, da parte del minore, della decisione adottata. Sembra così configurarsi una sorta di *pré-majorité médicale* a beneficio di qualsiasi malato infradiciottenne che voglia preservare il segreto circa le proprie condizioni di salute, senza alcuna particolare o specifica limitazione in ragione dell'età del minore o della gravità dell'atto medico, così privando i genitori, in definitiva, del loro ruolo di naturali protettori del benessere fisiopsichico del figlio<sup>125</sup>. Inoltre, tale *pouvoir autonome de décision du mineur par rapport à ses représentants légaux* è altresì previsto nell'ipotesi di soggetto infradiciottenne in una situazione di "rottura" familiare, il quale benefici della *couverture maladie universelle* (senza che debba anche necessariamente trattarsi, in quest'ultimo caso, di trattamento indispensabile per la salute del paziente)<sup>126</sup>.

---

formalmente e normativamente previste, ovvero quelle attinenti, appunto, ai minori e ai maggiorenni sotto tutela. Del resto, si è obiettato come la legge non possa essere considerata del tutto slegata dal diritto comune dell'incapacità, in particolare dagli artt. 508 ss. del *Code civil*. In questo modo, gli inabilitati disporrebbero del diritto ad una scelta autonoma solo nell'ipotesi di atti *bénins*, laddove per gli atti sanitari "gravi" sarebbe imprescindibile, invece, l'assistenza del curatore. D'altra parte, non si nasconde come, ancora una volta, la decisione di applicare *tout court* all'esercizio di diritti "personalissimi" la normativa in materia di atti di gestione patrimoniale sollevi indubbe perplessità.

<sup>125</sup> Cfr. altresì G.C. TURRI, *I diritti irrinunciabili del minore degente o malato. Codice del diritto del minore alla salute e ai servizi sanitari*, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 330; V. CORRIERO, «Privacy» del minore e potestà dei genitori, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 998, e A. DE SIMONE, *Potestà genitoriale, obblighi vaccinali ed intervento del giudice minorile ai sensi degli artt. 333 e 336 c.c. Legittima la richiesta da parte dei genitori di specifici accertamenti medici preventivi sul minore?*, in *Famiglia*, 2003, p. 552. Inoltre, cfr. Cass. civ., Sez. I, 22 settembre 2011, n. 19365, in *Corr. giur.*, 2012, p. 934, con commento di L. COPPOLA, *Il dato personale è sensibile quando è idoneo a rivelare una situazione di debolezza o di disagio dell'individuo: una scelta discutibile della Corte di cassazione*, e in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con nota di F.M. BERNICCHI, *Riservatezza: la salute del minore è dato sensibile anche per i genitori*.

<sup>126</sup> V. A. KIMMEL-ALCOVER, *L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs: chro-*

La legge tace, al contrario, rispetto all'ipotesi in cui il paziente che richieda il rispetto del segreto professionale (anche nei confronti dei propri genitori) rifiuti le cure necessarie: la disciplina approntata, infatti, sembra regolamentare i soli casi di (positiva) realizzazione di un trattamento sanitario<sup>127</sup>. Infine, se l'accesso alle *informations médicales* attinenti al malato minorenne spetta, in generale, agli esercenti l'autorità parentale, in situazioni familiari difficili il paziente può esigere che tale accesso dei suoi genitori sia realizzato per il tramite di un medico<sup>128</sup>. Ancora, il diritto dei rappresentanti legali viene automaticamente e completamente meno laddove il minore richieda la preservazione del segreto, di cui sopra, riguardo alle sue stesse condizioni di salute. Pertanto, in assenza di ulteriori precisazioni normative, è lecito domandarsi se, in queste ipotesi, l'esercizio di tale diritto d'accesso non debba essere senz'altro riconosciuto al paziente stesso, in prima persona.

Nel Regno Unito, invece, l'indicazione del compimento del sedicesimo anno si ritrova all'interno dell'ottava sezione del *Family Reform Act* (1969)<sup>129</sup>, con la statuizione di una presunzione (relativa) di capacità a favore del soggetto che abbia raggiunto tale età: «the consent of a minor who has attained the age of 16 years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian»<sup>130</sup>.

---

*nique d'un déclin annoncé*, in *Rev. droit san. soc.*, 2005, p. 265; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2004, 12, p. 99; N.-J. MAZEN, *Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2003, 10, p. 55, e C. JONAS, *La loi du 4 mars 2002 et la pratique médicale quotidienne: apports et incertitudes*, in *Méd. droit*, 2002, 56, p. 4. Infine, v. C. ANDRIEU, *L'interruption volontaire de grossesse de la mineur: une liberté en question*, in *Rev. rech. jur.*, 2005, p. 2097.

<sup>127</sup> Cfr. P. MISTRETTA, *Actes médicaux et droits de l'enfant: réflexions sur l'autonomie du mineur*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, Paris, 2015, p. 105.

<sup>128</sup> Art. L. 1111-7 del *Code de santé publique*, comma quinto. V. J. FLAUSS-DIEM, *Le mineur et l'accès à son dossier médical*, in *Méd. droit*, 2007, 85, p. 115; M. COUTURIER, *L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé?*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2010, NS, p. 171; C. REY-SALMON, *Secret médical et personnes vulnérables: le cas du mineur*, in *D.*, 2009, 39, p. 2651, e A.L. MCGUIRE, C.R. BRUCE, *Keeping Children's Secrets: Confidentiality in the Physician-Patient Relationship*, in *Hous. J. Health L. & Pol'y*, 2008, 8, p. 315.

<sup>129</sup> V. L.F. ROSS, *Children, Families, and Health Care Decision Making*, Oxford, 1998, e I. KENNEDY, A. GRUBB, *Medical Law. Text With Materials*, Butterworths, Londra, 1994, pp. 108 ss.

<sup>130</sup> In particolare, la dizione «surgical, medical or dental treatment» include «any procedure undertaken for the purposes of diagnosis», nonché «any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthesia) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment».

Inoltre, in Gran Bretagna è la giurisprudenza ad aver specificato che il bambino *under-16* può senz'altro prestare un valido consenso laddove *Gillick-competent*<sup>131</sup>, ovvero nell'ipotesi in cui ne siano state accertate la maturità e l'intelligenza sufficienti a comprendere la natura e le implicazioni del trattamento sanitario proposto (e proporzionalmente all'importanza e rilevanza di quest'ultimo)<sup>132</sup>. In questo senso, per esempio, il professionista può prestare consulenza in materia anticoncezionale senza il consenso degli esercenti l'autorità parentale qualora:

1. non sia stato possibile convincere l'interessato (in grado, naturalmente, di comprendere le informazioni mediche) ad avvertire i genitori;
2. sia probabile, inoltre, che il paziente intratterrà rapporti sessuali a prescindere dalla prescrizione di un trattamento contraccettivo, senza il quale, peraltro, la sua integrità fisica e/o mentale sarebbe messa a repentaglio;
3. infine, risponda al miglior interesse dell'assistito procedere al trattamento (od ottenere dal medico il parere richiesto) all'insaputa dei genitori o a prescindere dalla loro volontà<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1986] 1 A.C. 112. A tale proposito, v. P. ROBERTSHAW, R. THACKER, *Consent, Autonomy and the Infantilised Patient*, in *Med. Law Int.*, 1993, p. 33. Cfr. R. THOMPSON, *Medico-legal aspects of parental consent*, LL.M., 2001, tesi inedita.

<sup>132</sup> *Gillick per Lord Fraser at 169B*: «(...) Provided the patient, whether a boy or a girl, is capable of understanding what is proposed, and of expressing his or her own wishes, I see no good reason for holding that he or she lacks the capacity to express them validly and effectively and to authorise the medical man to make the examination or give the treatment which he advises». Tali indicazioni vengono pienamente accolte dalle *Department of Health Guidelines on Consent: Reference Guide to Consent for Examination or Treatment*, Londra, 2001, quale ennesimo esempio, in Gran Bretagna, di recezione di determinazioni giurisprudenziali da parte di direttive di natura deontologica (16, 5.1. La successiva, seconda edizione è del 2009). Riguardo alla capacità del minore a consentire ad una sperimentazione, infine, cfr. R.H. NICHOLSON (a cura di), *Medical Research with Children: Ethics, Law, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

<sup>133</sup> *Gillick per Lord Fraser*, cit. In Italia, è possibile prescindere – su richiesta del minorenne – dal consenso genitoriale o del tutore per: gli accertamenti diagnostici e le cure in presenza di sintomi di insorgenza di una malattia sessualmente trasmessa (art. 4 della legge 25 luglio 1956, n. 837, sulla riforma della legislazione per la profilassi delle malattie veneree, e artt. 9 e 14 del relativo regolamento di attuazione, emanato con d.p.r. n. 27 del ottobre 1962, n. 2056); per le prescrizioni mediche e le somministrazioni nelle strutture sanitarie e nei consultori dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile (art. 2 della legge 27 maggio 1978, n. 194, sull'interruzione della gravidanza); a partire dai 14 anni di età, inoltre, per visite, anche ginecologiche, trattandosi di intervento non terapeutico ma riferito alla sfera sessuale; per la stessa interruzione di gravidanza, quando il giudice tutelare abbia autorizzato la minorenne a decidere a prescindere dal consenso dei genitori o del tutore, in presenza di seri motivi che impediscano o sconsiglino la loro consultazione o che inducano a procedere contro il loro parere (art. 12 della legge 27 maggio 1978, n. 194); per gli accertamenti diagnostici e gli interventi terapeutici e riabilitativi a beneficio del

Del resto, e come in Francia, il minore d'età può sì consentire, ma – sembra – non rifiutare. In altri termini, l'autodeterminazione del paziente si ferma, in questo caso, alla manifestazione di una volontà positiva, laddove un diniego può essere, nel miglior interesse dell'assistito, superato dall'autorità dei genitori o delle corti<sup>134</sup>. In particolare, tale possibilità appare frutto di una discutibile distinzione operata fra l'ossequio dovuto, in materia di scelte sanitarie, all'autonomia dell'adulto e il rispetto (minore) di cui godrebbe, invece, la volontà dell'infradiciotenne, seppur dalla legge equiparato, in tale ambito, al maggiore d'età. In questo senso, si è forse in odore di violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 8 della Convenzione europea, in ragione dell'ingiustificata disparità di trattamento e del diverso esito del giudizio di proporzione e bilanciamento fra autonomia e intangibilità della vita umana<sup>135</sup>. Peraltro, si pone altresì la questione della materiale coercibilità di un atto sanitario su soggetti che, seppur minori, sono (in ipotesi) comunque perfettamente capaci d'intendere e di volere: si tratta, come già si accennava, di un problema di violazione della libertà personale, di abbattimento dei limiti imposti dal rispetto della dignità umana, nonché di elaborazione di un dispositivo attuativo d'imposizione del trattamento (in caso di resistenza estrema dell'interessato).

Negli Stati Uniti, la «mature minor doctrine»<sup>136</sup> è invalsa solo in un

---

minorenne che faccia uso personale non terapeutico di sostanze stupefacenti – al riguardo, il paziente può, mantenendo l'anonimato, accedere personalmente ai servizi per le tossicodipendenze, ottenere trattamenti terapeutici e consentire al controllo delle urine o del capello (art. 120 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309): cfr. *Casi particolari di consenso informato*, allegato alle *Linee di Indirizzo per l'acquisizione del consenso informato nei trattamenti sanitari* dell'Azienda sanitaria USL 2 di Lucca. V. A. TOGNONI, *Il consenso informato del minore. Aspetti generali e casi pratici*, in *Quad. acp*, 2013, 20(2), p. 84.

<sup>134</sup> *Re R* [1992] Fam. 11 e *Re W* [1993] Fam. 64. In tal senso, v. l'argomento del «flak jacket», in *Re W per Lord Donaldson at 78D*, secondo il quale il consenso (prestato da uno qualunque dei soggetti o delle autorità abilitati a farlo) costituisce semplicemente, per il medico, un *giubbotto antiproiettile* dinanzi ad eventuali citazioni in giudizio – e non l'espressione di un fondamentale diritto all'integrità psicofisica. In particolare, poi, secondo le *Department of Health Guidelines on Consent: Reference Guide to Consent for Examination or Treatment*, cit. (17, 8.1): «while no definitive guidance has been given as to when it is appropriate to over-rule a competent young person's refusal, it has been suggested that it should be restricted to occasions where the child is at risk of suffering grave and irreversible mental or physical harm». D'altro canto, a proposito dei possibili effetti dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act* su tale orientamento giurisprudenziale: v. L. LIMBURN, *The Effects of the Human Rights Act 1998 on Refusals of Blood Transfusion by and on behalf of Jehovahs Witness Minors*, LL.M., 1999, tesi inedita. Infine, cfr. M.K. SMITH, *A Minor's Health Rights*, in *Lawyers Weekly*, 28 November 2008, p. 16, e I. OAKESHOTT, *Girl, 13, was given cancer vaccine 'without consent'*, in *The Sunday Times*, 12 October 2008, p. 6.

<sup>135</sup> Cfr. S. AZZINI, *Minore e decisioni di fine vita: tra volontà e migliore interesse*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, Esi, Napoli, 2012, p. 157. Negli Stati Uniti, v. D.M. VUKADINOVICH, *Minors' Rights to Consent to Treatment: Navigating the Complexity of State Laws*, in *Journ. Health Law*, 2004, 37, p. 667.

<sup>136</sup> Il *leading case* è *Smith v. Seibly*, 72 Wn.2d 16, 431 P.2d 719 (1967): «in considering a

quinto degli ordinamenti statali e trova fondamento e legittimazione, in alternativa, in *common law* (limitatamente, quindi, ai presupposti di cui alle relative fattispecie concrete) o in *statute law* (con la predisposizione di una disciplina generale), non senza, peraltro, rilevanti differenze. Secondo un primo modello, infatti, è prevista la fissazione di un'età (che varia di stato in stato) raggiunta la quale l'adolescente può prestare consenso ai trattamenti sanitari, indipendentemente dalla sua effettiva maturità. Una seconda modalità, invece, accorda all'infradiciottenne (alla condizione che abbia compiuto sedici anni, per esempio, o che abbia dimostrato la capacità e maturità necessarie) tale diritto solo laddove, però, i suoi genitori non vogliano o non possano loro stessi prestare in sua vece il consenso. La terza possibilità, infine, è quella della previsione, a beneficio di tutti i minori «mature and/or capable» (così giudicati a séguito della valutazione operata dal medico, che “intervista”, al riguardo, il paziente), del diritto a prestare il proprio consenso informato. Riguardo al dissenso, poi, questo non è sempre – automaticamente – tutelato allo stesso modo dell'assenso: si è affermato, però, che i diciott'anni non costituiscono né «an impenetrable barrier» né una «bright line»<sup>137</sup> rispetto all'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati (la libertà religiosa, per esempio, di cui al primo emendamento). In particolare, «if the evidence is clear and convincing that the minor is mature enough to appreciate the consequences of her actions, and that the minor is mature enough to exercise the judgment of an adult, then the mature minor doctrine affords

---

minor's capability of understanding or appreciating the consequences, you may consider the minor's age, intelligence, maturity, training and experience, marital status, control or the absence thereof by his parents, whether he was dependent or self-supporting and whether his general conduct was that of an adult or that of a child». Cfr. S. BENSTON, *Not of Minor Consequence?: Medical Decision-Making Autonomy and the Mature Minor Doctrine*, in *Ind. Health L. Rev.*, 2016, 13, p. 1; A.G. MORROW, *Will Your Religion Allow You ... To Live? The Mature Minor Doctrine, Religious Exemptions, and a Look Into Louisiana Law*, in *Ind. Health L. Rev.*, 2014, 11, p. 591; D. LAMBELET COLEMAN, P.M. ROSOFF, *The Legal Authority of Mature Minors to Consent to General Medical Treatment*, in *Pediatrics*, 2013, p. 786, e J.F. WILL, *My God My Choice: The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs*, in *Journ. Contemp. Health Law Pol.*, 2006, p. 233. V. anche *Parham v. J.R.*, 442 U.S. 584, 99 S. Ct. 2493, 61 L. Ed. 2d 101, 1979 U.S., e *Grannum v. Berard*, 70 Wn.2d 304, 307, 422 P.2d 812 (1967).

<sup>137</sup> V. *In re E.G.*, 549 N.E.2d 322, 133 Ill. 2d 98, Supreme Court of Illinois, November 13, 1989. Cfr. L. HUDOCK, *Deference to Duplicity: Wisconsin's Selective Recognition of the Mature Minor Doctrine*, in *Marq. L. Rev.*, 2014, 98, p. 973; M.I. SLONINA, *State v. Physicians et Al.: Legal Standards Guiding the Mature Minor Doctrine and the Bioethical Judgment of Pediatricians in Life-Sustaining Medical Treatment*, in *Health Matrix*, 2007, 17, p. 181; B.J. HILL, *Symposium: Roundtable on Adolescent Decision Making: Symposium: Medical Decision Making by and on Behalf of Adolescents: Reconsidering First Principles*, in *J. Health Care L. & Pol'y*, 2012, 15, p. 37; M.T. HARVEY, *Adolescent Competency and the Refusal of Medical Treatment*, in *Health Matrix*, 2003, 13, p. 297, e I. IYIOHA, Y. AKOREDE, *You Give Me Welfare but Take My Freedom: Understanding the Mature Minor's Autonomy in the Face of the Court's Parens Patriae Jurisdiction*, in *Quinnipiac Health L.J.*, 2010, 13, p. 279.

her the common law right to consent to or refuse medical treatment»<sup>138</sup>.

Non si tratta, però, di un principio o di un diritto assoluto, bensì deve questo trovare un bilanciamento rispetto a quattro altri interessi statali: la preservazione della vita umana, la prevenzione del suicidio, la tutela dell'integrità morale della professione medica e la protezione, infine, di parti terze (*in primis*, naturalmente, i genitori, laddove non condividano il rifiuto del minore).

In conclusione, se i cugini d'oltralpe arrivano a scardinare, ai fini della prestazione di un consenso informato, il mito dei diciott'anni, è pur vero che la fissazione di una soglia d'età libera dall'imbarazzo di un sistematico accertamento della capacità naturale del paziente minorenne. Così, sono i modelli inglese e spagnolo ad indicare la strada: l'affrancamento dallo stereotipo della capacità d'agire e la fissazione di un'età differente possono, infatti, ben coniugarsi con l'accertamento della maturità e dell'intelligenza dell'interessato. Peraltro, l'indicazione di una presunzione relativa di capacità per il sedicenne, che al contempo non escluda tale medesima capacità per età inferiori (pure grazie alla predeterminazione di criteri, di matrice in ipotesi anche giurisprudenziale, ma non solo e non necessariamente), circo-scrive – s'è visto – il suo campo d'azione alla manifestazione di una volontà solo "positiva". Trattasi, pertanto, non solo di capacità *elastica* (può prescindere dal compimento di un'età precisata), ma altresì *diminuita* dall'impossibilità di opporre un diniego, facoltà di esclusiva prerogativa (nuovamente) del maggiorenne. Al giurista è mancata, quindi, simile audacia, senza che il differente trattamento riservato all'assenso e al rifiuto sia, peraltro, in alcun modo giustificato: neppure, in ipotesi, dalla gravità, serietà o pericolosità dell'intervento del caso di specie (eccezione fatta per la «mature minor doctrine», la quale richiede, negli stati in cui opera, un'indagine e una ponderazione maggiori laddove si tratti, per esempio, di un diniego con esiti fatali). D'altro canto, e infine, un'autodeterminazione che preveda la sola facoltà di consentire fa sì che la volontà del paziente non possa che uniformarsi al giudizio del medico: il diritto tutelato, di conseguenza, parrebbe più quello di essere informato riguardo al trattamento dai sanitari ritenuto più adeguato, piuttosto che di esercitare, in merito, un vero e proprio potere decisionale.

## 7. Le direttive anticipate di trattamento

È noto come, grazie alle cosiddette direttive anticipate o testamento biologico, un soggetto maggiorenne e capace d'intendere e di volere manifesti previamente la propria volontà, in relazione ad un tempo più o meno

---

<sup>138</sup> *In re E.G.*, cit.

lontano a venire in cui non sarà in grado di esprimerla di persona<sup>139</sup>. In questo senso, tale espressione delle proprie opzioni e preferenze in ambito sanitario diviene sì uno strumento di autodeterminazione individuale, ma anche un mezzo di tutela dell'ammalato contro eventuali eccessi terapeutici del personale medico e di garanzia a fronte dell'eventualità di un conflitto decisionale fra terapeuta e familiari dell'assistito, nonché, infine, un supporto importante per le scelte del professionista e per un attivo coinvolgimento del paziente nella pianificazione («anticipata», ai sensi dell'art. 26 del CDM) delle cure.

Peraltro, in assenza (ancora e per ora) di un intervento legislativo, in Italia la disciplina di tali direttive è stata delegata alla nuova stesura del Codice deontologico (art. 38): «il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di cui resta traccia documentale. La dichiarazione anticipata di trattamento comprova la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l'espressione di volontà attuali. Il medico, nel tenere conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria»<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Cfr. il parere del Comitato nazionale di Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, pp. 9-10, laddove tali indicazioni non possono contraddire né il diritto positivo né le norme di buona pratica clinica o di deontologia medica: «Il diritto che si vuol riconoscere al paziente di orientare i trattamenti a cui potrebbe essere sottoposto, ove divenuto incapace di intendere e volere, non è diritto all'eutanasia, né un diritto soggettivo a morire (...), ma esclusivamente il diritto di richiedere ai medici la sospensione o la non attivazione di pratiche terapeutiche (...) che il paziente avrebbe il pieno diritto morale e giuridico di rifiutare». V. G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Giappichelli, Torino, 2012, e G. COLACINO, *Autonomia privata e direttive anticipate*, Giuffrè, Milano, 2015.

<sup>140</sup> Cfr. l'art. 9 della Convenzione di Oviedo, nonché il parere *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, 14 luglio 1995, ove il Comitato Nazionale di Bioetica «riconosce senz'altro rilievo morale alle direttive anticipate di trattamento (...). A giudizio del CNB non è comunque possibile riconoscere un valore perentorio a tali direttive, ma eventualmente quello di mero orientamento del comportamento di chi assiste il paziente». Cfr. M. AZZALINI, *Le disposizioni anticipate. Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*; D. PROVOLO, *Le disposizioni anticipate. Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*; N. ZAMPERETTI, *Le disposizioni anticipate. Le direttive anticipate tra clinica e bioetica. Il punto di vista del rianimatore*, tutti in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, rispettivamente pp. 1935 ss., pp. 1969 ss. e pp. 2005 ss.; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità: gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, Milano, 2014; L.E. PERRIELLO, *Testamento biologico e decisioni di fine vita: il caso italiano*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 691, e N. CO-

D'altro canto, si è già accennato alla predisposizione, da parte del legislatore spagnolo, di una specifica normativa in materia di *instrucciones previas*<sup>141</sup>, le quali devono essere redatte obbligatoriamente per iscritto e, sempre per iscritto, possono essere revocate o modificate in qualsiasi momento<sup>142</sup>. Ai sensi del comma terzo dell'art. 11, inoltre, le *instrucciones previas* non vengono applicate né nel caso in cui siano contrarie all'ordinamento giuridico o alla *lex artis* né laddove «no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas».

In proposito, v'è chi distingue<sup>143</sup> l'ipotesi dell'individuo che si esprima in ordine a determinati trattamenti medici al di fuori di una loro più o meno immediata necessità (e in via del tutto eventuale) da quella del pa-

MORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico-clinica*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 12. V., infine, D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico». Contributo a un dibattito da rianimare*, Giappichelli, Torino, 2016.

<sup>141</sup> D'altra parte, già le leggi n. 21/2000 de Cataluña, n. 11/2000 de Navarra e n. 3/2001 de Galicia predisponavano una disciplina molto simile a quella ora in esame. In particolare, la dichiarazione di *voluntades anticipadas* doveva formalizzarsi dinanzi ad un notaio o in presenza di tre testimoni maggiorenni e capaci d'intendere e di volere, di cui almeno due non legati da rapporti patrimoniali o da vincoli di parentela fino al secondo grado con il dichiarante.

<sup>142</sup> Similmente, il primo articolo (*Expression de la volonté relative à la fin de vie*) del décret 6 febbraio 2006, n. 119 *relatif aux directives anticipées prévues par la loi no 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires – loi c.d. Léonetti)* così modifica il *Code de la santé publique* (art. R. 1111-17): «les directives anticipées mentionnées à l'article L. 1111-11 s'entendent d'un document écrit, daté et signé par leur auteur (...). Toutefois lorsque l'auteur de ces directives, bien qu'en état d'exprimer sa volonté, est dans l'impossibilité d'écrire et de signer lui-même le document, il peut demander à deux témoins, dont la personne de confiance lorsqu'elle est désignée en application de l'article L. 1111-6, d'attester que le document qu'il n'a pu rédiger lui-même est l'expression de sa volonté libre et éclairée (...)».

<sup>143</sup> A. SANTOSUOSSO, *Situazioni giuridiche critiche nel rapporto medico-paziente: una ricostruzione giuridica*, in *Pol. dir.*, 1990, pp. 181-216. Cfr. M. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 407. Il *Code de la santé publique*, all'art. R. 1111-18, prevede, peraltro, entrambe le ipotesi: «(...) Le modèle permet à la personne d'exprimer sa volonté selon l'un ou l'autre des cas suivants: a) Dans le cas où elle est en fin de vie ou se sait atteinte d'une affection grave, la personne exprime sa volonté concernant son éventuelle situation future et sur la poursuite, la limitation, l'arrêt ou le refus de traitements et d'actes médicaux, notamment ceux entrepris dans le cadre de son affection; b) Dans le cas où elle ne pense pas être atteinte d'une affection grave, elle exprime sa volonté concernant son éventuelle situation future et la poursuite, la limitation, l'arrêt ou le refus de traitements et d'actes médicaux dans l'hypothèse où elle serait victime d'un accident grave ou atteinte par une affection grave (...)». Similmente, il disegno di legge n. 2801, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, distingue tra disposizioni anticipate di trattamento (art. 4), soggette a predeterminati vincoli formali ai fini della loro migliore conoscibilità, e pianificazione condivisa delle cure (art. 5), rispetto – quest'ultima – «all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta», laddove la relativa manifestazione di volontà viene, di conseguenza, semplicemente inserita in cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

ziente che effettivamente *preveda* il proprio stato d'incoscienza e, informato correttamente sulle possibili terapie, manifesti, per esempio, uno specifico rifiuto riguardo ad alcuni atti sanitari. Infatti, se consenso e dissenso del malato costituiscono diretta estrinsecazione del suo diritto ad autodeterminarsi, l'effettivo rispetto di tale libertà personale richiederebbe necessariamente la prodromica prestazione, da parte del professionista, di un'ampia informazione, che permetta al destinatario di decidere con consapevolezza. Al contrario, nell'ipotesi per prima delineata, ovvero nel caso d'individuo che solo ipoteticamente abbia manifestato la propria volontà, il dichiarante potrebbe non essere né informato né consapevole. Per questo motivo, il medico non sarebbe giuridicamente vincolato da un simile documento, bensì dovrebbe solo tenerne conto nel valutare l'idoneità o meno di un certo trattamento. Laddove, invece, la dichiarazione si riferisca ad una specifica situazione, quale evoluzione di una malattia già in atto e su cui il soggetto è stato comunque ampiamente edotto, a nulla varrebbero le obiezioni in ordine alla mancanza di attualità<sup>144</sup> di tale decisione. Infatti, dinanzi ad un volere certo e meditato, sembrerebbe allora giusto correre l'esiguo rischio che questo non sia più attuale, piuttosto che violare il contenuto di una manifestazione alla quale l'individuo ha, comunque, inequivocabilmente affidato il compito capitale di tutelare beni supremi, quali la salute e la vita, in vista di un momento in cui l'intelletto non potrà più a tal fine assisterlo. Non avrebbe ragion d'essere, infatti, né la retorica dell'*in dubio pro vita* – secondo la ricorrente convinzione, non scevra da falsi moralismi, per cui, dinanzi all'imminenza della morte, finisce comunque per prevalere la disperata forza dell'istinto di conservazione<sup>145</sup> – né una presunzione di cambiamento e revoca della volontà un tempo espressa, automaticamente ed inspiegabilmente derivante dal sopraggiunto stato d'incoscienza<sup>146</sup>. D'altra parte, alcune tipologie di dissensi – si potrebbe altresì sostenere<sup>147</sup> – addirittura prescindono dalle caratte-

---

<sup>144</sup> Per una disamina critica di tali problematiche, cfr. *infra*, cap. III, § 17, *Rifiuto di cure e amministrazione di sostegno*. Cfr. altresì G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e «atti di disposizione del corpo»*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, pp. 772-773. V. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi ed astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007. *Contra*, v. G. SANTACROCE, *Il consenso informato nella giurisprudenza della Corte di cassazione: attualità e prospettive*, in *Riv. di polizia*, 1999, pp. 9-21. Adotta la tesi dell'*in dubio pro vita* F. MANTOVANI, in *La verità per il malato. Aspetti giuridici, etici e medici del consenso informato*, cit., pp. 33 ss.

<sup>145</sup> Cfr. G. ANGELICI, *La nozione di autonomia: fondamenti*, in P. CATTORINI, E. D'ORAZIO, V. POCAR (a cura di), *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Zadig, Milano, 1999, p. 133.

<sup>146</sup> Cfr. M. BARNI, *Diritti, doveri, responsabilità del medico: dalla bioetica al biodiritto*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 134 ss., e *Id.*, *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, pp. 835-844.

<sup>147</sup> Cfr. F. PAPINI, *Rispetto della persona umana o divieto di rifiutare le emotrasfusioni per motivi religiosi?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 99.

ristiche del singolo intervento chirurgico, poiché le motivazioni del diniego esulano l'ambito sanitario e risiedono in un impianto valoriale ed esistenziale profondo, radicato, coerente e ben determinato<sup>148</sup>. Di conseguenza, il rispetto di tale volontà (la quale sia, però, una decisione che abbia altresì vagliato ed accettato la possibilità di conseguenze estreme e fatali) dovrebbe per forza di cose trascurare il sintagma informazione-consenso/dissenso, a pena di voler sistematicamente discriminare il soggetto che giunga in ospedale incosciente e, in qualche modo, non pienamente "preparato" (perché, per esempio, non ancora *paziente*) rispetto all'affezione che lo ha colpito. La legge iberica, d'altra parte, sembra ignorare detta distinzione e preoccuparsi esclusivamente della conformità fra la fattispecie prevista dal soggetto e quella in effetti verificatasi. In questo senso, non è richiesto che la volontà sia espressa da un individuo concretamente informato circa il proprio stato di salute e la prevedibile evoluzione di una patologia già in atto. In Spagna, infatti, è sufficiente, perché il testamento biologico venga rispettato, che questo si riferisca con una certa esattezza alle situazioni in séguito realizzatesi, nonché ai trattamenti in concreto effettuabili: si tratta, in altri termini, della «congruenza logica e clinica» di cui al Codice deontologico italiano.

Il testamento biologico, peraltro, non solo può accogliere<sup>149</sup> le personali preferenze nel ventaglio delle prospettabili possibilità diagnostico-terapeutiche (ivi compresa la radicale esclusione di una o di alcune di queste), il formale rifiuto di qualsivoglia forma di accanimento terapeutico e la richiesta di non attivazione o di sospensione di trattamenti terapeutici di sostegno vitale (che pure non integrino ipotesi di accanimento) o dell'alimentazione ed idratazione artificiali<sup>150</sup>, ma può altresì comprendere indi-

---

<sup>148</sup> Per esempio, v. la dichiarazione di volontà «Niente Sangue», che parecchi testimoni di Geova usano ormai portare con sé: «Non accetto trasfusioni di sangue (...), in nessuna circostanza, neppure in stato d'incoscienza, anche se i medici le ritenessero assolutamente indispensabili per la mia salute o la mia vita. Con questo documento legale esercito il diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, in armonia con i miei profondi valori e convinzioni (...). Sollevo i medici, gli anestesisti, l'ospedale ed il suo personale da qualsiasi responsabilità per eventuali danni che, nonostante la loro assistenza, potrebbero derivare dal rispetto di questa dichiarazione».

<sup>149</sup> Cfr. il parere del Comitato Nazionale di Bioetica *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., richiesto nell'ottobre del 2002 dall'allora Ministro della salute del Governo italiano Gerolamo Sirchia a séguito delle vicende giudiziarie di Eluana Englaro e di Elena Moroni, per le quali si richiedeva il rispetto della volontà delle pazienti (espressa in epoca antecedente alla perdita della loro *competence*) di sospensione delle cure di sostegno vitale. Quanto alla vicenda di Eluana Englaro, cfr. *infra*, cap. III, § 14, *Il caso del paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile*. Il caso di Elena Moroni si chiude, invece, con App. Ass. Milano, 24 aprile 2002, in *Foro it.*, 2003, I, c. 87, con nota di E. NICOSIA, *In tema di distacco delle apparecchiature di mantenimento in vita artificiale di persone in stato di coma profondo*.

<sup>150</sup> Cfr., però, il parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 30 settembre 2005, *L'alimentazione e idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, ove le dichiarazioni anticipate di trattamento possono essere prese in considerazione solo se riferite a «trattamenti

cazioni in merito all'assistenza religiosa, al trapianto di organi e all'utilizzo del proprio cadavere per scopi di ricerca, nonché circa le «modalità di umanizzazione della morte», con particolare riguardo all'implementazione delle cure palliative<sup>151</sup>. Inoltre, come per la volontà del fiduciario, così per le direttive anticipate di trattamento il Comitato Nazionale di Bioetica esclude qualsivoglia vincolatività<sup>152</sup>: il legislatore dovrebbe limitarsi ad imporre al medico di «prendere in considerazione» tali dichiarazioni, prescrivendogli, «sia che le attui sia che non le attui, di esplicitare formalmente e adeguatamente in cartella clinica le ragioni della sua decisione».

Peraltro, se un intervento parlamentare parrebbe meritevole di elargire certezze in merito al fondamento, alla validità e agli effetti giuridici di tali documenti<sup>153</sup>, l'eventuale previsione di una loro vincolatività potrebbe anche mal conciliarsi con le possibili imprecisioni lessicali e sostanziali, l'incomprensibilità di alcuni passi, l'attrito con la morale dominante, nonché con i veri e propri errori tecnici nella dichiarazione in ipotesi contenute<sup>154</sup>. A tali considerazioni, poi, si aggiunga comunque la necessità di rifuggire da eccessivi formalismi (che però certo garantiscono, d'altro lato, un maggior grado di ponderazione) e/o oneri economici (însiti, per esempio, in un atto pubblico notarile<sup>155</sup>), a favore, per converso, di una diffusa e semplificata prassi di espressione della volontà, anche e soprattutto in vista di una possibile revoca, laddove questa fosse richiesta nelle medesime forme.

Il disegno di legge n. 2943, *Norme in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento*, d'iniziativa del senatore Tomassini e comunicato alla Pre-

---

di natura straordinaria», poiché, altrimenti, il medico ha il dovere di ignorarle e procedere con le cure stabilite. Cfr. *infra*, cap. III, § 17, *Rifiuto di cure, trattamenti sanitari e accanimento terapeutico*. Infine, v. J.-P. MASSUÉ, G. GERIN (a cura di), *Diritti umani e bioetica. Rapporto medico-paziente in 120 casi pratici*, Sapere, Roma, 2000, pp. 157 ss.

<sup>151</sup> Cfr. M. BARNI, C. POMARA, E. TURILLAZZI, *Direttive, anzi dichiarazioni anticipate di trattamento: le insidie di un viraggio semantico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, pp. 597 ss. V. altresì Giud. tutelare Genova, 27 novembre 2006, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it): «nelle decisioni di maggiore interesse per la vita delle persone (si pensi ad es. anche alla complessa tematica delle scelte terapeutiche nei confronti dei malati privi della capacità di intendere e di volere) devono rivestire un'importanza fondamentale le opinioni che gli interessati avevano liberamente espresso nel momento in cui essi erano ancora coscienti (o, comunque, non ancora colpiti da una declaratoria di abituale infermità di mente)».

<sup>152</sup> Cfr. anche F. MANTOVANI, *I requisiti di validità del testamento biologico*, in *Giust. pen.*, 2013, p. 117.

<sup>153</sup> V. G. ALPA, E. RESTA, *Le persone e la famiglia. 1. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., p. 253.

<sup>154</sup> Cfr. P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, cit., p. 320.

<sup>155</sup> Cfr. la delibera del Consiglio Nazionale del Notariato, 23 giugno 2006: «alla luce della attuale normativa, il notaio, richiesto di autenticare la sottoscrizione di una dichiarazione relativa ad un testamento di vita, può farlo, non ravvisandosi alcuna contrarietà a norme di legge».

sidenza il 4 maggio 2004<sup>156</sup>, prevedeva due modalità d'esternazione della volontà dell'interessato: il «testamento di vita» e il «mandato in previsione dell'incapacità» («procura sanitaria»), ovvero tutelava il diritto sia di esprimersi direttamente a proposito del compimento (o meno) di determinati trattamenti sanitari sia di scegliere la persona che a tal fine avrebbe potuto provvedere in caso di sopraggiunta incapacità naturale. Peraltro, (art. 3, *Decisioni sostitutive*) nel caso in cui il paziente versasse in stato d'incapacità, si aveva riguardo prima alla volontà (consenso/dissenso) espressa nella dichiarazione anticipata di trattamento e solo in subordine a quella manifestata dal fiduciario<sup>157</sup>, dall'amministratore di sostegno o dal tutore (ove nominati) o, ancora, dal coniuge, dai figli, dal convivente *more uxorio*, dai genitori e dai parenti entro il quarto grado<sup>158</sup>. Tali soggetti, infine, dovevano agire comunque «nell'esclusivo e migliore interesse dell'incapace, tenendo conto della volontà espressa da quest'ultimo in precedenza, nonché dei valori e delle convinzioni notoriamente proprie della persona in stato di incapacità» (art. 4, *Migliore interesse*). Inoltre, era l'art. 12 (*Del testamento di vita*) a riservare per le dichiarazioni anticipate di trattamento la forma dell'atto pubblico notarile, alla scrittura del quale poteva «intervenire un medico» ad assistere «il disponente». In questo modo, era possibile assicurare l'autenticità delle dichiarazioni con la previsione di un altissimo livello di tutela (intervento del notaio), nonché grazie alla conservazione del *living will* all'interno di un archivio unico nazionale informatico istituito presso il Consiglio nazionale del notariato (art. 15, *Registro dei mandati in previsione dell'incapacità e dei testamenti di vita*). Peraltro, tale documento acquistava efficacia solo dal momento in cui lo stato d'incapacità (anche temporaneo) era «accertato e certificato da un collegio com-

---

<sup>156</sup> Per un commento, v. G. SALITO, *Dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari; d.d.l. n. 2943 – Senato della Repubblica XIV Legislatura: rilievi critici*, in *Iustitia*, 2005, p. 165. Cfr. pure M. CASINI, M.L. DI PIETRO, C. CASINI, *Profili storici del dibattito italiano sul testamento biologico ed esame comparato dei disegni di legge all'esame della XII Commissione (Igiene e Sanità) del Senato*, in *Med. mor.*, 2007, p. 19; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia*, 2004, p. 1055, e G. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, Quaderni del Dipartimento diretti da Pasquale Stanzone, Salerno, 2003.

<sup>157</sup> Ugualmente, cfr. l'art. 8 della legge francese 22 aprile 2005, n. 370, *relative aux droits des malades et à la fin de vie* (ovvero il nuovo art. L. 1111-12 del *Code de la santé publique*): «Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et hors d'état d'exprimer sa volonté, a désigné une personne de confiance en application de l'article L. 1111-6, l'avis de cette dernière, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin».

<sup>158</sup> Peraltro, Cass. civ., 20 aprile 2005, n. 8291 (ord.), in *Foro it.*, 2005, I, c. 2359, con annotazione di G. DE MARZO, *In tema di interdizione*, esclude che il tutore possa adottare decisioni a proposito di trattamenti di sostegno vitale, come nutrizione e idratazione artificiale, in ragione della «non configurabilità, in mancanza di specifiche disposizioni, di un generale potere di rappresentanza in capo al tutore con riferimento ai cc.dd. atti personalissimi».

posto da tre medici, di cui un neurologo, uno psichiatra e un medico specializzato nella patologia di cui è affetto il disponente» (art. 13, comma secondo, *Efficacia*). Il medico, infine, poteva sì disattendere le dichiarazioni anticipate di trattamento (compiutamente indicando in cartella clinica le ragioni della sua decisione), ma solo laddove queste non corrispondessero più a quanto espressamente previsto dall'interessato, «sulla base degli sviluppi delle conoscenze scientifiche e terapeutiche». Per contro, non veniva indicato alcun limite temporale di efficacia del testamento biologico di per sé considerato, diversamente da quanto prescelto, per esempio, dal modello francese (tre anni di validità: ma questa previsione è stata cancellata, infine, dalla legge 2 febbraio 2016, n. 2016-87, *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*). Trattavasi, certo, della previsione di una maggiore vincolatività rispetto a quanto finora contenuto nei differenti pareri del Comitato nazionale di Bioetica, i quali si limitano ad una mera (seppur importante) “persuasività” delle direttive anticipate. Restava, peraltro, il problema della forma richiesta, dinanzi al pericolo che questa si tramuti in un micidiale deterrente di ordine sia economico sia pratico, laddove di maggiore, realistica elasticità potrebbe apparire il suggerimento della Fondazione Umberto Veronesi: redazione (e sottoscrizione) interamente di proprio pugno di due copie della dichiarazione, una per il firmatario, una per il fiduciario. Ad ulteriore garanzia, poi, una terza copia potrebbe essere depositata presso un notaio o un legale di fiducia<sup>159</sup>.

La vincolatività, la forma, ma anche i contenuti e l'eventuale revoca: in particolare, il disegno di legge taceva in materia d'idratazione ed alimentazione artificiali e di “rifiutabilità” di tali cure, mentre l'art. 14 (*Revoca*) prevedeva che l'interessato potesse “cambiare idea” con le medesime modalità dettate per l'espressione delle dichiarazioni anticipate stesse: in caso d'urgenza, però, era possibile liberamente manifestare la nuova e diversa volontà al medico curante (che ne rilasciava certificazione a margine dell'atto revocato e nel registro di cui all'art. 15), alla presenza di due testimoni. Non era necessario, quindi, nuovamente sedersi alla scrivania d'un notaio; si trattava, in definitiva, d'una scelta di compromesso fra il formalismo spagnolo (revoca solo per iscritto), da una parte, e l'estrema

---

<sup>159</sup> V. U. VERONESI, M. DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi. La proposta del testamento biologico*, Sperling & Kupfer, Milano, 2007, e AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24Ore, Milano, 2006. Sul tema, cfr. altresì P. BORSSELLINO, D. FEOLA, L. FORNI (a cura di), *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, Insubria University Press, Varese, 2007; P. CENDON, *Il testamento per morire in pace*, Atti del convegno *Testamento biologico. Direttive anticipate di trattamento*, Associazione Goffredo de Banfield, Trieste, 6 aprile 2005, in [www.debanfield.it](http://www.debanfield.it), pp. 35 ss., e G. MACEL-LARI, *Il testamento biologico. Una questione di vita e di morte*, Vicolo del Pavone, Piacenza, 2003. Cfr. altresì GRUPPO DI LAVORO «UNDIRITTOGENTILE», *Prova di testo normativo sulla relazione di cura. Principi, consenso, urgenza medica, rifiuto e interruzione di cure, dichiarazioni anticipate*, in *Bioetica*, 2012, p. 451.

protezione garantita all'autonomia individuale dai cugini d'oltralpe (direttive «révocables à tout moment», senz'altro aggiungere: art. L. 1111-11 del *Code de la santé publique*), dall'altra.

Nel 2009, peraltro, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa formula una raccomandazione<sup>160</sup> affinché gli stati membri «promuovano» e «incoraggino» l'esercizio dell'autodeterminazione del paziente, in previsione di una sua futura ed eventuale incapacità, con l'istituzione e la disciplina di «procurations permanentes» e di «directives anticipées», laddove le prime (terzo principio) si sostanziano in un mandato, rivolto ad un soggetto designato dal diretto interessato, di curare «les questions économiques et financières, ainsi que les questions relatives à la santé, au bien-être et les autres questions personnelles», mentre le seconde (principio quattordicesimo), similmente, attengono «aux questions relatives à la santé, au bien-être et aux autres questions personnelles, aux questions économiques et financières, ainsi que, le cas échéant, au choix d'un tuteur». Il Comitato europeo dei Ministri, infine, indica al legislatore la necessità di pronunciarsi riguardo alla vincolatività, o meno, di tali direttive (laddove quelle «non contraignantes» «devraient être considérées comme l'expression de souhaits à prendre dûment en compte»), nonché di affrontare la problematica risoluzione «des situations survenant en cas de changement substantiel de circonstances» (quindicesimo principio).

Il legislatore italiano, d'altro canto, non si è più pronunciato<sup>161</sup>. L'Ordine professionale dei medici, onde supplire all'assenza di regole, nel 2014 fornisce ai suoi membri le indicazioni *minime*, adoperando per due volte il verbo di riferimento, «tener conto». Certo, si è ben lungi dalla vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento, la cui imposizione, peraltro, pare rientrare nell'esclusiva competenza del Parlamento; quantomeno, l'obiettivo è quello di sottrarsi all'anarchia scaturente dal silenzio normativo, al contempo riservando al sanitario, però, quel margine di discrezionalità e di valutazione clinica che attiene all'essenza medesima del suo mestiere. La stessa disamina, da parte dell'interprete, del dettaglio dei diversi disegni di legge<sup>162</sup> di volta in volta oggetto del dibattito parlamentare, occasionalmente rianimato dalla drammaticità di fatti di cronaca

---

<sup>160</sup> *Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité*: v. il commento di D. VESHI, *Studio relativo alla applicazione della Raccomandazione CM/Rec (2009) 11 negli stati di lingua latina (Italia, Francia, Portogallo e Spagna), tedesca (Austria, Germania e Svizzera) e inglese (Irlanda e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1277. V. anche I. ANRÒ, M. CONDINANZI, *Testamento biologico. La posizione delle organizzazioni europee*, in *Studi integr. eur.*, 2013, p. 547.

<sup>161</sup> Cfr. Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262, *Riv. Biodiritto*, 2017, p. 12, con commento di L. COEN, *Le disposizioni anticipate di trattamento sanitario tra diritto civile e organizzazione amministrativa*.

<sup>162</sup> V. *infra*, cap. III, § 15, *La fatica del legislatore italiano*.

(l'ultimo: il suicidio assistito, in Svizzera, di DJ Fabo<sup>163</sup>), si rivela un mero espediente per riflettere attorno alle problematiche poste dalla materia, nonché riguardo alle possibili soluzioni e agli ostacoli suscettibili d'intralcio una buona normazione. In particolare, la proposta di legge n. 2801, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*<sup>164</sup>, ritiene vincolanti, per il medico, le direttive anticipate di trattamento, salvo qualora queste appaiano «palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4, comma 5). Inoltre, in caso di contrasto fra professionista e fiduciario, la decisione viene assunta dal giudice tutelare (art. 3, comma 5), mentre il rifiuto opposto dal paziente capace a qualsiasi genere, anche se parziale, di trattamento sanitario è consacrato quale vincolante per il personale di tutte le strutture pubbliche o private (art. 1, commi 5, 6 e 9). D'altro canto, non pare né cauto né utile, in questa sede, immaginare gli esiti di un dibattito parlamentare ancora altamente controverso: l'unico auspicio ragionevolmente formulabile è che si tratti, alla fine, di una normativa *di contenuti* reali, dettata da un legislatore non solo consapevole (secondo il noto canone ermeneutico), ma anche, e soprattutto, della materia istruito<sup>165</sup>.

## 8. Il consenso presunto

Già secondo i giudici del caso *Massimo*<sup>166</sup>, qualsiasi forma di tratta-

---

<sup>163</sup> Divenuto tetraplegico e cieco a seguito di un incidente stradale, Fabiano Antoniani chiede allo Stato italiano d'essere aiutato a morire: v. [http://www.repubblica.it/cronaca/2017/02/27/news/eutanasia\\_dj\\_fabo\\_svizzera-159344213](http://www.repubblica.it/cronaca/2017/02/27/news/eutanasia_dj_fabo_svizzera-159344213). Il 10 luglio 2017 il Gip del Tribunale di Milano dispone l'imputazione coatta di Marco Cappato, tesoriere dell'associazione Luca Coscioni, per l'aiuto al suicidio offerto al paziente, respingendo la richiesta di archiviazione formulata dalla Procura.

<sup>164</sup> Cfr. *supra*, cap I, *sub nota* 154.

<sup>165</sup> Al riguardo, v. *infra*, cap. III, § 16, *Rifiuto di cure, trattamenti sanitari e accanimento terapeutico*. Cfr. le preoccupazioni espresse da P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa?*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, p. 185. V. altresì P. BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 11; D. LENZI, *Consenso informato e DAT. Riprende il cammino parlamentare*, *ivi*, p. 3, e E. MANCINI, *Autonomia come integrità: una riflessione sulle direttive anticipate di trattamento*, *ivi*, p. 13.

<sup>166</sup> Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, cit. V. anche Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, in *Riv. pen.*, 1993, p. 44, con commento di E. POSTORINO, *Ancora sul «consenso» del paziente nel trattamento medico-chirurgico*; in *Riv. pen.*, 1995, pp. 1461-1464, con commento di A. GALANTI, *Liceità dell'attività medico-chirurgica: alla ricerca di un fondamento normativo*, e in

mento medico-chirurgico richiede l'esplicito assenso del paziente, senza che possa rilevare, invece, un consenso meramente presunto: di conseguenza, risponde del reato di lesioni volontarie o di omicidio preterintenzionale il chirurgo il quale, in assenza dei presupposti dello stato di necessità *ex art. 54 c.p.*, cambi il tipo di operazione e sottoponga l'ammalato ad un intervento più cruento di quello in origine consentito ed inizialmente intrapreso. Si tratta, in particolare, di quelle circostanze in cui l'agente, pur consapevole della mancata prestazione del consenso in relazione ad un determinato atto sanitario, ritenga che l'interessato avrebbe senz'altro espresso una volontà positiva, laddove messo nelle condizioni per farlo.

Nella pratica professionale sanitaria, peraltro, non è infrequente che il medico (e specialmente il chirurgo) si trovi di fronte a situazioni cliniche in cui una determinata prestazione migliorerebbe le condizioni di salute del paziente nell'immediato o nel futuro a breve termine o, addirittura, gli salverebbe la vita stessa. In particolare, si tratta sia di ipotesi di necessità urgente od immediata sia di circostanze che, nell'obiettivo della salute del paziente, presentano un'impellenza solo relativa, ovvero rischi reali ma non prevedibili quanto al momento della loro (possibile o probabile) realizzazione. In quest'ultimo caso, in particolare, potrebbe sì essere prospettabile una teorica differibilità del trattamento ulteriore e diverso rispetto a quello in corso e oggetto del consenso precedentemente accordato dal paziente, ma i pericoli di tale dilazione non sempre sarebbero, in relazione all'ipotizzabile evoluzione della patologia in cura, esattamente calcolabili<sup>167</sup>. A sostenere il trattamento sanitario, pertanto, non interviene qui né la volontà dell'ammalato – il quale non può decidere, perché sotto anestesia e privo di conoscenza, e nemmeno poteva essere anticipatamente informato, trattandosi di circostanze non conosciute e con una certa esattezza non conoscibili prima dell'operazione – né lo stato di necessità integrato di tutti i requisiti di cui all'*art. 54 c.p.*

A parere del Comitato Nazionale di Bioetica<sup>168</sup>, peraltro, «il chirurgo – nei casi di urgenza in atto – ha il dovere di procedere secondo l'interesse del paziente, escludendo la possibilità, quand'anche tecnicamente realizzabile, di rimandare questo ad un successivo intervento, se la qual cosa costituisse un danno grave per l'ammalato e se questi non avesse esplicitamente rifiutato l'intervento». Tali considerazioni, però, tacciono il ri-

---

*Cass. pen.*, 1993, pp. 63 ss., con commento di G. MELILLO, *Condotta medica del paziente arbitraria e responsabilità penale*. V. B. MAGLIONA, *Il consenso informato: da enunciazione di principio a criterio che legittima l'attività medico-chirurgica*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 775.

<sup>167</sup> A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, cit., pp. 150 ss. Cfr. pure M. GURRIERI, *Sulla natura e i limiti del consenso presunto nell'ambito delle cause di giustificazione*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 468, e A. BONELLI, A. GIANNELLI, *Consenso e attività medico-chirurgica: profili deontologici e responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 9.

<sup>168</sup> Comitato Nazionale di Bioetica, parere *Informazione e consenso all'atto medico*, cit., p. 27.

schio di un'eccessiva discrezionalità del terapeuta, per fugare il quale neppure basterebbe l'ottima, e pressoché sempre ricorrente, convinzione che il reperto intraoperatorio (casualmente rinvenuto e giudicato pericoloso) meriti una prestazione più ampia di quella programmata e concordata, coerentemente al compito essenziale di fornire al proprio paziente tutto quanto appaia utile nel momento preciso del trattamento, onde evitare, altresì, una nuova anestesia generale, un successivo, ulteriore trauma chirurgico<sup>169</sup> e un secondo post-operatorio.

Nella realtà concreta dei casi, peraltro, l'autorità giudiziaria viene di frequente adita a séguito di complicanze, spesso gravi, talora mortali, ovvero in ragione di inattese mutilazioni di organi, con la doglianza, *a posteriori*, della mancata prestazione di uno specifico consenso e in assenza di stato di necessità, specie qualora appaia arduo individuare e dimostrare altri e diversi elementi di colpa professionale. In particolare, poi, il consenso presunto può intendersi sia in senso soggettivo, grazie all'acquisizione di elementi riconducibili alla volontà del paziente o al suo comportamento precedente, spesso forniti dai suoi prossimi congiunti, quali persone (di norma) a lui più vicine e maggiormente interessate alla sua salute; sia in maniera oggettiva, laddove il dato presuntivo è il giudizio obiettivo, «ragionevole» e genericamente ricavabile dalla netta prevalenza dei vantaggi dell'intervento (rispetto a quelli di una sua omissione).

D'altra parte, la tesi del consenso presunto, seppur confortata dal principio dell'esclusivo ed obiettivo interesse del paziente (quale punto di riferimento nell'ambito di un'adeguata proporzione e bilancio rischi/benefici), non sembra accettabile, poiché l'intervento sarebbe comunque effettuato *contra legem*, in assenza delle rigorose condizioni volute dall'art. 54 c.p.<sup>170</sup>. In questo senso, non potrebbe accogliersi il principio della validità del consenso presunto tutte le volte che sia materialmente impossibile per il paziente manifestare il consenso reale. Così, a nulla vale subordinare la validità del consenso presunto alla sussistenza di precise condizioni (presumibilità, sulla base della comune esperienza, che il soggetto, se avesse potuto, avrebbe prestato il consenso; mancanza di una pregressa volontà

---

<sup>169</sup> «L'apertura dell'addome o di altra parte dell'organismo è nella vita di un uomo un fatto eccezionale ed il chirurgo, ritenuta l'opportunità d'intervenire, deve fare quanto è necessario per il bene del paziente e non già rinviare l'intervento con tutti i rischi insiti in qualsivoglia operazione chirurgica, soprattutto se reiterata»: M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., p. 267. A proposito, poi, di un consenso "tacito", v. Cass. civ., 26 marzo 1981, n. 1773, cit. Cfr. altresì l'(ormai antiquato) art. 40 del Codice deontologico del 1989 (comma 1): «Il medico non può intraprendere alcuna attività diagnostico-terapeutica senza il valido consenso del paziente, che se sostanzialmente implicito nel rapporto di fiducia, deve essere invece consapevole ed esplicito allorché l'atto medico comporti rischio o permanente diminuzione dell'integrità fisica».

<sup>170</sup> Cfr. G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. pen.*, 1973, p. 81, a proposito di un caso d'intervenuta sterilizzazione (senza il consenso della paziente) nel corso di un parto cesareo.

contraria espressamente manifestata; urgenza e indifferibilità dell'intervento se non con grave rischio della salute del paziente; utilità terapeutica, cioè proporzione tra i benefici per il paziente e rischi, nel senso che i primi debbono essere a priori quanto meno superiori ai secondi): rimane impossibile, comunque, configurarlo quale causa di legittimazione dell'attività medico chirurgica<sup>171</sup>. Di conseguenza, il consenso *presunto* non esiste, perché esso non può presumersi, bensì, tutt'al più, è possibile prescindervi in casi rarissimi e determinati – stato di necessità, per l'appunto, o trattamenti sanitari obbligatori. Esiste, invece, un consenso privo di documentazione scritta (poiché non è prevista forma *ad substantiam* o *ad probationem*), ma effettivamente richiesto e prestato, la cui prova, però, avviene per mezzo di testimonianze o presunzioni semplici, ricavabili – queste ultime – dal giudice grazie a indizi. Al riguardo, poi, neppure può ammettersi un consenso tacito *per facta concludentia*, laddove a rilevare è esclusivamente una manifestazione di volontà effettiva, reale, espressa e personale.

Certo, una rigida applicazione dell'art. 54 c.p. può talvolta costringere il medico ad un atteggiamento omissivo o ritardatario (richiudere la “breccia operatoria”), dis-utile per la salute stessa del diretto interessato. Si tratta, invero, di questione in cui l'ossequio dovuto all'autodeterminazione individuale deve ragionevolmente contemperarsi con le linee guida dell'*ars medica*, magari grazie anche alla (precedente) prestazione di un consenso scritto sufficientemente ampio, conseguenza di un'ideonea ed attenta informazione attorno alle alternative terapeutiche prospettabili o alle possibili complicanze intra-operatorie<sup>172</sup>.

Diverso, invece, appare il tema del paziente che non si sia in alcun modo previamente espresso e per il quale non si possa, però, prospettare l'eventualità di un recupero di coscienza, ai fini decisionali. In questo senso, allora, il consenso presunto può diventare, come si vedrà<sup>173</sup>, il frutto

---

<sup>171</sup> Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, *Massimo*, cit. V. G. AZZALI, *Trattamento sanitario e consenso informato*, in *Ind. pen.*, 2002, pp. 930 ss. D'altra parte, cfr. Cass. civ., Sez. III, 15 novembre 1999, n. 12621, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3588, laddove lo stato di necessità era solo supposto dal chirurgo, per un'imperizia non rilevante, però, *ex art.* 2236 c.c. Infine, v. Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno e responsabilità*, 2012, p. 621, con nota di V. MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, ove si esclude la legittimità di una laparotomia al posto del programmato e concordato intervento di laparoscopia, in assenza di un'urgenza che ponga in gravissimo pericolo la vita della persona.

<sup>172</sup> V. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., pp. 284-285, secondo il quale, in presenza di un consenso «generico», «non si tratta di assumere come esistente una dichiarazione certamente inesistente, bensì d'interpretare in base alla reale intenzione del dichiarante (art. 1362 c.c.) e secondo buona fede (art. 1366 c.c.) una dichiarazione che è stata fatta». In questo senso, «se tutte le eventualità prevedibili sono state in precedenza chiarite al paziente, si può pensare che il consenso si estenda a tutti quegli atti che si rivelino necessari, anche se non urgenti».

<sup>173</sup> Cfr. *infra*, cap. III, § 14, *Il caso del paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile*.

del tentativo di risalire alla sua volontà (se solo avesse potuto manifestarsi), la quale possa guidare il sanitario nella scelta fra le differenti opzioni terapeutiche<sup>174</sup>: al riguardo, quindi, avranno rilievo le indicazioni del rappresentante legale, dell'amministratore di sostegno, dei familiari e di tutto l'*entourage* dell'ammalato (ricostruzione in senso soggettivo) ovvero una ponderazione dei rischi/benefici, considerate le condizioni cliniche dell'ammalato, che si nutra del suo *best interest* e dell'*id quod plerumque accidit* (ricostruzione in senso oggettivo).

### 9. Il dissenso del paziente

Come il consenso, d'altra parte, così il rifiuto di cure costituisce manifestazione della libertà di autodeterminazione e della volontà (una volontà negativa) del paziente, nonché espressione dell'esercizio del suo diritto alla salute. Infatti, dal momento che tale diritto alla cura delle malattie in atto non può tramutarsi in obbligo e nemmeno diventare oggetto d'imposizione autoritativo-coattiva, esso comporta la facoltà di scegliere non solo fra i differenti trattamenti prospettati dal medico, ma anche fra dette terapie e nessuna di queste.

È noto<sup>175</sup> come, a norma dell'art. 32 Cost., i cittadini abbiano l'obbligo di curarsi o di sottoporsi a trattamenti preventivi solo al ricorrere delle specifiche circostanze previste e disciplinate dalla legge; per il resto, possono costoro scegliere di non rivolgersi ad alcun medico: addirittura, possono anche scegliere di suicidarsi<sup>176</sup>. Il problema si pone, però, laddove il

---

<sup>174</sup> D'altronde, per quanto riguarda l'interruzione di idratazione e alimentazione artificiali in paziente in stato vegetativo permanente, cfr. Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, per la quale v. *infra*, sub nota 288: «(...) la ricerca della presunta volontà della persona in stato di incoscienza – ricostruita, alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza – assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante (...), ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente (...)».

<sup>175</sup> *Contra*, G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., pp. 108 ss., secondo il quale la formulazione del secondo comma dell'art. 32 Cost. è da leggersi meramente alla luce dell'esperienza storica dei campi di sterminio, ovvero delle pratiche di sterilizzazione e di sperimentazione che vi venivano attuate. Del medesimo Autore, v. altresì *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Giur. mer.*, 1987, pp. 1049-1057, ove si ritiene che la salute (quale interesse della collettività) condizioni l'adempimento, da parte dell'individuo, dei suoi doveri nei confronti dello Stato e della comunità cui partecipa.

<sup>176</sup> Cfr. M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *La disciplina positiva e i problemi attuali*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. Le persone. I. Le persone fisiche*, Utet, Torino, 2000, pp. 89 ss. V. S. CANESTRARI, *Consenso, rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari. Au-*

sanitario sia stato già coinvolto nella cura della salute del paziente, ma questi dissenta da tutti o da una parte dei trattamenti propostigli. Si consideri l'ipotesi del soggetto che, nonostante un imminente pericolo di vita, rifiuti cure urgenti e indispensabili, per motivazioni (per esempio, ma non necessariamente) di ordine religioso. Dinanzi a simili frangenti, pertanto, è necessario valutare se il medico sia gravato di un vero e proprio obbligo giuridico di curare, anche contro la volontà del paziente e al ricorrere dei presupposti di uno stato di necessità immediata o a breve termine<sup>177</sup>. Rispetto al tema del consenso presunto, ove non c'erano né volontà né necessità, qui sono presenti entrambe: orbene, se la necessità soccorre *praeter voluntatem*, bisogna considerare se questa sia altresì in grado di operare *contra voluntatem*.

Infatti, l'omissione di trattamenti sanitari potrebbe gravemente contraddire la posizione di garanzia<sup>178</sup> rivestita dal medico a norma dell'art. 40 c.p. – senza contare che una sua eventuale omissione configurerebbe, perlomeno da un punto di vista naturalistico, un fattore concorrente nella produzione della morte del malato. Si tratta, infine, di ipotesi in cui non solo si fronteggiano il bene vita (o salute) e il bene libertà personale (o religiosa, o di manifestazione del pensiero) dello stesso paziente, ma anche la libertà di autodeterminazione di quest'ultimo (nonché il diritto d'esser arbitro delle scelte influenti sulla propria esistenza e sussistenza in vita) e la libertà terapeutica del medico, con la conseguente sua *potestà* (e *dovere*, ma non diritto) di curare.

È intuitivo come, ancora una volta, l'art. 5 c.c. potrebbe costituire l'utile appiglio per vincolare e drammaticamente negare la libertà del malato<sup>179</sup>: il rifiuto di cure, infatti, costituirebbe un atto di disposizione eccedente i limiti previsti da tale norma. D'altra parte, è già stata ampiamente dimostrata l'opportunità di una rilettura in chiave costituzionale di questa disposizione, in particolare relativamente al bene salute così come inteso dall'art. 32 Cost. Inoltre, si è altresì rilevato<sup>180</sup> che, dall'insieme dei lavori preparatori e dalle discussioni che precedettero e accompagnarono la re-

---

dizione presso la Commissione Affari Sociali della Camera dei deputati (28 aprile 2016), in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1201.

<sup>177</sup> A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, cit., pp. 200 ss.

<sup>178</sup> Cfr. altresì l'art. 3 (*Doveri del medico*) del Codice deontologico: «Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera». V. S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, Giuffrè, Milano, 2013, e L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, cit., pp. 833 ss.

<sup>179</sup> A tal riguardo, nonché per i riferimenti bibliografici indicativi, cfr. *supra*, cap. I, § 5, *La liceità del trattamento sanitario e l'art. 5 c.c.*

<sup>180</sup> M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e atti di disposizione del corpo*, cit., pp. 79-80.

dazione dell'art. 5 c.c., chiaramente si evince come la sua formulazione abbia specifico ed esclusivo riguardo agli atti di disposizione positivi.

In definitiva, si vuole qui comprendere, grazie all'analisi di alcune disposizioni normative, se il medico si trovi o meno nella posizione di rispettare il rifiuto di cure opposto dal paziente, ovvero se egli incorra in sanzioni penali nel caso di condiscendenza alla volontà (negativa) dell'ammalato.

Per cominciare, relativamente all'obbligo di garanzia del professionista nei confronti del proprio paziente, questo si traduce nell'assoluta esigenza d'evitare che una persona in condizioni di bisogno sia privata dell'assistenza di un medico. Di conseguenza, l'art. 40 c.p. va interpretato in questo senso: l'evento che il medico ha l'obbligo giuridico d'impedire è che il malato sia lasciato a se stesso e non, invece, che quest'ultimo sia posto nelle condizioni di esercitare le proprie libere scelte in materia di diritto alla salute<sup>181</sup>. In altri termini, l'opposizione del paziente alla sottoposizione o continuazione di un determinato trattamento modifica i termini stessi della realtà: la cura rifiutata, infatti, è come se, oggettivamente, non esistesse, come se non fosse mai stata disponibile, sicché il sanitario dovrà procedere con tutte le terapie disponibili, esclusa quella oggetto della volontà negativa del malato. Si aggiunga, poi, che la responsabilità omissiva per gli eventi lesivi conseguenti al mancato adempimento è circoscritta e definita, in un sistema penale rigorosamente vincolato dal principio di legalità, dalla fonte da cui scaturisce il dovere d'agire (al fine d'ottemperare all'obbligo di protezione). Pertanto, la posizione di garanzia nei confronti del malato trova precisamente origine nel rapporto di cura, frutto di un accordo di volontà, in virtù del quale il privato trasferisce al medico la tutela dei propri beni giuridici – tutela che egli non è, da solo, in grado di realizzare. All'interno di questo rapporto, tuttavia, il paziente rimane *dominus* esclusivo ed indiscusso dei beni di sua pertinenza (*voluntas aegroti suprema lex est*) e individua egli stesso i limiti entro i quali richiedere l'intervento di un terzo, investendolo dell'obbligo di protezione<sup>182</sup>. Per finire, è solo entro questi limiti che il sanitario assume la veste di garante, anche dinanzi al sistema penale: la responsabilità ultima della scelta circa l'opportunità o meno di sottoporsi ad un determinato trattamento, quindi, continuerà a spettare esclusivamente al malato, quale unico vero arbitro della propria vita e salute.

---

<sup>181</sup> Cfr. altresì S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Giuffrè, Milano, 2013, e S. ANZILOTTI, G. LA MONACA, C. SARTEA, *Tra autonomia professionale e autonomia del paziente: discrezionalità nelle scelte terapeutiche e posizioni di garanzia. Limiti e doveri del medico alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 1391.

<sup>182</sup> *Contra*, v. L. CORNACCHIA, *Profili giuridico-penali del rifiuto di cure*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 529.

Inoltre, anche a fronte del rifiuto del paziente, la condotta del medico che decidesse di agire violando la volontà dell'interessato potrebbe rinvenire, secondo parte della dottrina<sup>183</sup>, una scriminante proprio nell'art. 54 c.p., al ricorrere del necessario «pericolo attuale di un danno grave alla salute, non altrimenti evitabile» – allorché, cioè, il malato corra il serio ed effettivo rischio di morire o di subire una grave compromissione dell'integrità fisica, qualora non si sottoponga immediatamente ad idoneo trattamento. Ciò sulla base della convinzione che quest'esimente non si applichi unicamente ai casi in cui il malato sia incosciente ed incapace di provvedere, ma possa altresì soccorrere nell'ipotesi di individuo in grado di decidere, nonché di liberamente esercitare il proprio diritto alla salute. A sostegno di tale assunto, si afferma che questa causa di giustificazione prescinderebbe dalla volontà del soggetto interessato dalla condotta giustificata: per di più, sarebbe proprio il dissenso del malato a qualificare come illecita la condotta del sanitario e a rendere necessario il ricorso alla scriminante di cui all'art. 54 c.p. Per contro, sembra a chi scrive che, trattandosi sempre di norma ordinaria, questa sia, comunque, ineluttabilmente subordinata al vincolo di cui all'art. 32 Cost., secondo comma; al riguardo, del resto, è stato altresì magistralmente scritto<sup>184</sup> che «alla luce del principio di libera disponibilità del proprio corpo, il dissenso del malato imprime all'integrità della sua sfera corporea una sorta di *plusvalore*», il quale renderebbe letteralmente impraticabile una comparazione ed un contemperamento con qualsiasi altro valore, compresa la sua stessa vita: non si realizzerebbero, cioè, «i presupposti stessi la cui sussistenza appare necessaria ai fini dell'operare della scriminante in questione».

Rispettare il rifiuto di terapie, infine, potrebbe esporre il professionista a responsabilità penale<sup>185</sup> per omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) o

---

<sup>183</sup> V. G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, cit., pp. 111 ss. In proposito, cfr. già F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico «arbitrario»*, in *La Scuola Positiva*, 1914, p. 881.

<sup>184</sup> U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit., pp. 130 ss. Cfr. altresì Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, *Massimo*, cit. In tal senso, v. Trib. Torino, 16 gennaio 2013, GIP (ord. di archiviazione), in *Banca Dati De Jure*: «(...) il sanitario che si trovi innanzi ad un esplicito e libero (dunque valido) dissenso, non solo non «deve» procedere nei trattamenti e nelle cure rifiutate (essendo con tale rifiuto venuto meno l'obbligo impostogli dalla legge) ma, neanche, «può» farlo invocando la «facoltà» che si assuma possa essergli concessa da uno stato di necessità ex art. 54 c.p. Se ciò fosse vero, si farebbe prevalere sul dettato costituzionale – fonte sovraordinata – una norma ordinaria, quale quella in esame, quindi di rango inferiore. La verità è che in casi del genere e dunque in quello di cui si tratta, la disposizione che regola lo stato di necessità (...) non può in radice essere invocata, non essendo, all'evidenza, riferibile a tutte quelle ipotesi nelle quali il pericolo è conosciuto ed accettato da chi lo subisce (nel senso che costui si rifiuta di essere sottoposto al trattamento medico o chirurgico ritenuto salvifico). (...) Nel nostro ordinamento, dunque, (...) non trova dimora una causa di esclusione dell'antigiuridicità che si fondi sulla pretesa necessità di salvare chi si opponga (con i requisiti più volte indicati) al trattamento salvifico».

<sup>185</sup> Relativamente all'impossibilità di configurare il reato di rifiuto d'atti d'ufficio (art.

per aiuto o istigazione al suicidio (art. 580 c.p.), laddove, appunto, si assimili detto rigetto (il quale può eventualmente comportare, come estrema conseguenza, proprio la morte del paziente) al suicidio stesso. Peraltro, detta sovrapposizione appare assolutamente discutibile laddove si consideri come la definizione medico-legale di suicidio, «morte dell'uomo conseguita con un'azione o un'omissione indirizzate a questo specifico fine»<sup>186</sup>, sia del tutto incompatibile con il rifiuto di cure, privo di qualsivoglia intento auto-distruttore e qualificabile, al contrario, come suprema espressione dell'esercizio del diritto alla salute<sup>187</sup>. In proposito, poi, permettere o imporre al sanitario di agire nonostante il dissenso del malato costituirebbe un'inaccettabile pretesa di sindacare le modalità di realizzazione dell'individuale diritto alla salute e, senz'altro, un'impossibile intrusione pubblica in questioni personalissime del singolo, dal momento che l'autodeterminazione individuale non può subire limitazioni per il solo fatto che dal suo dispiegarsi derivano conseguenze moralmente o socialmente indesiderabili. In questo modo, infine, si garantisce il paziente da qualsiasi ingerenza esterna in quella sfera intangibile di libertà che comprende le decisioni relative alla cura di sé. Tale libertà trova la propria intima ragione nella dignità della persona<sup>188</sup>, in funzione della quale gli

---

328 c.p.) laddove il medico (che operi all'interno di una struttura pubblica o che con la stessa sia convenzionato) rispetti il rifiuto del paziente, v. V. FRESIA, *Luci ed ombre del consenso informato*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, p. 905. Senza contare che, come l'art. 5 c.c., così gli artt. 328 e 593 c.p. (omissione di soccorso) sono norme da leggersi alla luce dei principi costituzionali e non possono intendersi, per converso, come limitative della stessa Carta fondamentale. Per una ben argomentata critica all'utilizzo di dette disposizioni del Codice penale onde giustificare la violazione del rifiuto opposto dal paziente, cfr. E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., pp. 191 ss.

<sup>186</sup> A. FRANCHINI, *Medicina legale*, Cedam, Padova, 1985, p. 428. Cfr. altresì S. TORDINI CAGLI, *Istigazione e aiuto al suicidio-omicidio del consenziente*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, cit., p. 1305 ss.

<sup>187</sup> V. Cass. pen., Sez. IV, 28 aprile 2014, n. 17801, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 969, con annotazioni di D. AMATO, *In tema di rifiuto di cure mediche*: «in tema di colpa medica, il rifiuto di cure mediche' consiste nel consapevole e volontario comportamento del paziente, il quale manifesti in forma espressa, senza possibilità di fraintendimenti, la deliberata ed informata scelta di sottrarsi al trattamento medico. Consapevolezza che può ritenersi sussistente solo ove le sue condizioni di salute gli siano state rappresentate per quel che effettivamente sono, quanto meno sotto il profilo della loro gravità». Riguardo al paziente che rifiuti le terapie necessarie, poi, cfr. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova, 1974, p. 92: «un ordinamento personalistico (...) non può non ammettere che fra le proprie libertà il soggetto abbia anche la libertà di trascurare la propria salute, di essere ammalato, di lasciarsi morire: di lasciare che la natura segua il suo corso». V., infine, T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Cedam, Padova, 2009; F. MEOLA, *Sul diritto di rifiutare le cure fino a lasciarsi morire*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2013, p. 87, e Cass. pen., Sez. IV, 31 gennaio 2014, n. 4957, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 692, con commento di A. PAPAEO, *Terapia medica: consenso informato o rifiuto da parte del paziente. Omicidio colposo e responsabilità del medico?*.

<sup>188</sup> E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., pp. 173 ss.

stessi diritti fondamentali sono riconosciuti e la cui rilevanza costituzionale, anche laddove sia implicato il bene della salute o quello della vita, deve imporre al medico di non intraprendere né proseguire «in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici (...) in presenza di dissenso informato»<sup>189</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il mancato suicida, anche la dottrina solitamente più sensibile alle istanze dell'autodeterminazione individuale<sup>190</sup> individua, in capo al medico, un dovere d'intervenire. Il suicidio, infatti, si contrapporrebbe radicalmente all'ordine "naturale" delle cose<sup>191</sup>; nell'ipotesi di rifiuto fermo, lucido e consapevole del malato, invece, il sanitario non assurgerebbe più a tutore e detentore della "naturalità" violata, poiché il paziente chiede esclusivamente che il proprio stato psicofisico non sia modificato ovvero, in definitiva, di poter continuare a vivere affidandosi (proprio) alla natura. Questa tesi, del resto, non appare esente da critiche. In primo luogo, del tutto discutibile è il riferimento ad una non ben precisata "naturalità", priva di fondamenti o contenuti oggetto di possibile accertamento e verifica, nonché sprovvista, soprattutto, di valori universalmente condivisi e condivisibili. In secondo luogo, l'azione o l'omissione del medico non può e non deve trovare la propria giustificazione nelle motivazioni che di volta in volta sottostanno al rifiuto del paziente, pena l'adozione di un criterio arbitrario e antiggiuridico. Al contrario, è possibile recuperare un margine di necessaria oggettività indagando, piuttosto, l'effettiva capacità d'intendere e di volere dell'individuo<sup>192</sup>, a fronte della fre-

---

<sup>189</sup> Del resto, v. già l'art. 55 del Codice deontologico del 1954 (codice Frugoni): «il medico non deve intraprendere alcun atto operativo senza il consenso dell'ammalato (...). In caso di mancato consenso, se l'intervento è ritenuto indispensabile egli richiederà possibilmente un consulto; comunque una dichiarazione scritta che compri il rifiuto». V. anche G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 287. Infine, cfr. altresì *lobiter dictum* di Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437, cit.: «(...) Ferma restando la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato *in corpore vili* «contro» la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell'altrui volere (...)».

<sup>190</sup> Cfr. U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit., pp. 542 ss. Com'è noto, si tratta di quelle situazioni in cui l'individuo, fallito il tentativo di uccidersi ma permanendo in pericolo di vita, rifiuta coscientemente l'intervento in grado di salvarlo, poiché persiste nell'anelare alla morte. In proposito, v. anche J.S. MILL, *On Liberty*, Longman, Roberts & Green co., Londra, 1859, p. 142, ove si afferma come scopo della libertà sia consentire al soggetto di perseguire i propri interessi; di conseguenza, l'intervento della società sarebbe ammissibile qualora una persona intenda terminare la propria capacità di avere interessi, poiché costei non ha, in altri termini, la libertà di rinunciare alla propria libertà.

<sup>191</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 104 ss.

<sup>192</sup> Proprio sulla base di tale criterio viene risolto il controverso caso di Maria (così ribattezzata dai mess-media onde tutelarne la riservatezza), che rifiuta l'amputazione di una gamba, in cancrena a cagione di gravi problemi circolatori. È il 25 gennaio 2004: i medici tentano invano la strada del trattamento sanitario obbligatorio, poiché la malata presenta,

quente alterazione mentale di colui che, tentato il suicidio, persiste nel suo proposito distruttivo.

## 10. Il rifiuto dell'emotrasfusione

Il rifiuto del paziente dev'essere tanto più rispettato laddove mosso da convinzioni religiose<sup>193</sup>. Per esempio, il noto e non infrequente dissenso del testimone di Geova alla terapia trasfusionale<sup>194</sup> (anche salva-vita) implica non solo la tutela della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., ma altresì la fondamentale salvaguardia della stessa libertà di religione, *ex art.*

---

secondo certificazione psichiatrica, una piena capacità d'intendere e di volere. D'altra parte, la Procura di Milano esclude che tale rifiuto possa essere ignorato, pena la condanna del personale sanitario per il reato di violenza privata, così richiamando Cass. pen., 29 maggio-11 luglio 2002, n. 26446, cit. L'11 febbraio 2004 la donna, nel frattempo dimessa, muore. Cfr. B. MAGLIONA, M. DEL SANTE, *Negato consenso da parte del paziente in dubbie condizioni di capacità al trattamento sanitario indifferibile quoad vitam: aspetti giuridici, deontologici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 1083, che ricorda altresì Trib. Sanremo, 26 febbraio 2004, inedita, ove, al contrario, attestata nella paziente una «psicosi cronica di tipo schizoaffettivo», si procede all'amputazione dell'arto. Infine, v. Trib. Campobasso, 26 aprile 2004, in *Giust. civ.*, 2005, p. 3175, con commenti di S. PICCINNI, *Giusta risposta a una richiesta di soluzione impropria di un grave problema*, e di N. PETRONE, *I particolari confini dell'applicazione della normativa sull'amministrazione di sostegno: a proposito di un recente e doloroso caso*.

<sup>193</sup> Così anche il già citato documento *Informazione e consenso all'atto medico*, p. 186. Per contro, il d.m. 1° settembre 1995 (in *G.U.* n. 240, 13 ottobre 1995) contiene (art. 4) la possibilità di prescindere dal consenso all'emotrasfusione qualora ricorra *uno stato di necessità* (nei termini di un «imminente pericolo di vita»), di cui dev'essere fornita, in cartella clinica, particolareggiata descrizione: v. G. SANTACROCE, *Trasfusioni di sangue, somministrazione di emoderivati e consenso informato del paziente*, in *Giust. pen.*, 1997, p. 112. Al riguardo, cfr. altresì l'art. 12 del d.m. 25 gennaio 2001, *Caratteristiche e modalità per la donazione di sangue e di emocomponenti*. Cfr. G. FACCI, *I Testimoni di Geova e il «dissenso» all'atto medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 116, commento a Trib. Milano, 16 gennaio 2006, e IDEM, *I medici, i Testimoni di Geova e le trasfusioni di sangue*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 932.

<sup>194</sup> Trattasi dell'interpretazione di *Genesis* 9:4 e di altri passi biblici (*Levitico* 17:11; *Atti* 15:28-29). In generale, v. M. PRIMICERIO, voce *Sangue (trasfusione del)*, in *Nov. Dig. it.* XVI, Unione tipografico-editrice Torinese, Torino, 1969, p. 473. Cfr. L. EUSEBI, *Biodiritto in dialogo, recensione del volume «Principi di biodiritto penale» di Stefano Canestrari (Il Mulino, 2015)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 882: «Peraltro non trascurando, onde evitare qualsiasi approccio ideologico che offuschi la particolare drammaticità umana del caso, i due aspetti che lo rendono diverso da ogni altro rifiuto di terapie salvavita: il fatto che, mentre in questi ultimi il malato vuole che la patologia sia ormai lasciata evolvere fino al suo *exitus*, nell'ipotesi in esame il malato non vuole questo (non vuole morire), ma ritiene di non poter accettare uno specifico atto terapeutico; e altresì il fatto – la sua espressione, forse, non è *politically correct*, senza che esso, però, sia meno vero – per cui la stragrande maggioranza della popolazione (credenti e non credenti) resta persuasa che quella persona rischia di morire non tanto per un ideale morale o religioso, ma per un equivoco nell'approccio al dato religioso».

19 Cost.<sup>195</sup>. Peraltro, un'emotrasfusione coatta si porrebbe altresì in netta contraddizione con l'art. 32 Cost. e con la relativa riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori<sup>196</sup>.

Nondimeno, l'orientamento giurisprudenziale appare, in materia, ambiguo e non esente da contraddizioni. È la Pretura romana<sup>197</sup> fra i primi ad escludere la sussistenza di un dovere giuridico d'intervenire coattivamente: i medici che hanno rispettato il saldo rifiuto del paziente testimone di Geova (perciò deceduto) e oMESSO l'emotrasfusione vengono assolti. Infatti, è possibile e necessario prescindere dal diniego del proprio assistito «solo laddove un'esplicita norma di legge» lo consenta e prescriva<sup>198</sup>. Di

---

<sup>195</sup> La libertà di religione è tutelata anche dalla Carta di Nizza, Capo II, *Libertà*, art. 10, *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, comma 1. Cfr. P. BELLINI, *Eticità e libertà religiosa*, in M. TEDESCHI (a cura di), *La libertà religiosa*, I, pp. 291-310, Il Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.

<sup>196</sup> V. F. MANTOVANI, *Il problema della disponibilità del corpo umano*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'editore, Trento, 1992, p. 63, ove l'emotrasfusione obbligatoria è illegittima «anche se domani, *de iure condendo*, una legge imponesse tale trattamento ai Testimoni di Geova, perché essa sarebbe incostituzionale, in quanto contrastante non solo con la libertà di coscienza, ma anche col principio per cui i trattamenti sanitari obbligatori non possono essere diretti alla salvaguardia della sola salute individuale e non possono essere coattivamente eseguiti in forma specifica. Sicché, di fronte ad un *rifiuto autentico* della emotrasfusione da parte del testimone di Geova capace, avendo in base al principio personalistico ogni individuo il diritto di liberamente scegliere tra la salvezza del corpo e la salvezza dell'anima, nessun potere legislativo, giudiziario, amministrativo, può imporre tale trattamento e il medico deve fermarsi (...)». V. S. RODOTÀ, *Civiltà del testamento biologico*, in *La Repubblica*, 24 gennaio 2007, p. 1: «quando si giunge al nucleo duro dell'esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all'«indecidibile», nessuna volontà espressa, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un parlamento unanime, può prendere il posto dell'interessato». Cfr., infine, A. PITINO, *Salus del corpo o Salus dello spirito? Il rifiuto dei trattamenti sanitari per motivi religiosi*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Esi, Napoli, 2012, p. 255.

<sup>197</sup> Pret. Roma, 3 aprile 1997, in *Giust. pen.*, 1998, pp. 659-662, con nota di P. ZANGANI, P. AVECONE, *Mancata trasfusione, da negato consenso, in paziente Testimone di Geova, seguita in nesso causale da decesso. Aspetti medico-legali e giuridici*, e in *Cass. pen.*, 1998, p. 953, con commento di G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue «salvavita» rifiutata dal malato)*. V. anche S. FUCCI, *Rilevanza giuridica del rifiuto delle cure da parte del paziente*, in *Bioetica*, 2000, pp. 123 ss., che commenta altresì un decreto del 29 aprile 1999 del GIP presso la Pretura di Treviso (sostanzialmente coerente con i principi enunciati dalla Pretura romana). Infine, cfr. C. BRIGNONE, *Orientamenti giurisprudenziali recenti e prospettive future in tema di rifiuto di cure*, in *Riv. pen.*, 2009, p. 921, e R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei testimoni di Geova)*, in *Dir. soc.*, 1981, p. 531. *Contra*, v. Pret. Pescara, 8 novembre 1974, in *Nuovo dir.*, 1975, p. 252.

<sup>198</sup> Peraltro, proprio a fronte dell'inesistenza di una riserva di giurisdizione, sono da considerarsi prive di fondamento giuridico le decisioni del Pretore di Pescara (9 novembre 1974, in *Nuovo dir.*, 1975, p. 253) e del Pretore di Ischia (7 agosto 1979, citata da F. RAMACCI, R. RIZ e M. BARNI, *Libertà individuale*, cit., p. 863), impositive di emotrasfusioni su pazienti adulti e coscienti. Ancor più è arbitrario l'intervento della P.A.: in questo senso, cfr.

conseguenza, viene altresì reputata inutile la richiesta autorizzazione, avanzata dal personale sanitario, al Procuratore della Repubblica, laddove, in assenza di una norma impositiva di un trattamento emotrasfusionale coatto, questi, «pur interpellato, non ha potuto adottare nessun provvedimento, (...) proprio perché non gli era consentito» da alcuna disposizione di legge.

Si tratta, d'altra parte, di frangenti in cui il frequente stato di shock ipovolemico potrebbe ben mettere in discussione l'effettivo livello di coscienza e consapevolezza del paziente e, di conseguenza, la sua stessa capacità d'intendere e di volere. Peraltro, seppur doverosa, tale considerazione può trasformarsi, nelle aule dei tribunali, in arma di pericoloso e generalizzabile utilizzo. È proprio in relazione ad una presunta alterazione della capacità d'intendere e di volere della paziente (sì lucida, in apparenza, ma asseritamente condizionata dalla convergente incidenza del suo stato psicofisico e delle pressioni familiari), infatti, che il pretore di Modica<sup>199</sup> autorizza l'emotrasfusione, non prima di aver comunque proclamato la supremazia dell'individuale autodeterminazione<sup>200</sup>.

Poiché il nodo da sciogliere è il rilievo del dissenso del paziente, il primo quesito, certo, è proprio quello della sua capacità, quale grimaldello per arginare o negare il naturale dispiegarsi dell'autodeterminazione individuale, della libertà personale e d'espressione. In questo senso, infatti, anche il dissenso di colui che, per esempio, rifiuta di alimentarsi e di assumere liquidi è stato talvolta messo in discussione, a causa della condizione somato-psichica propria dello stadio terminale del digiuno, ove sarebbe quest'ultimo, infine, «a prendere la mano del digiunatore»<sup>201</sup>. Al

---

TAR Lazio, 8 luglio 1985, in *Dir. fam. pers.*, 1986, p. 1001, con nota di M. ANTONELLI, *Emotrasfusione obbligatoria e libertà religiosa*, ove è illegittima l'ordinanza del Sindaco che prescrive un trattamento sanitario obbligatorio mediante ricovero ospedaliero (ex art. 33, legge n. 833/1978) al fine di sottoporre a trasfusioni il testimone di Geova che vi si oppone, poiché «la fattispecie è del tutto fuori da esigenze generali di sanità (isolamento per contagio) ovvero da esigenze prese in considerazione da specifiche disposizioni di legge». Infine, cfr. G. FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1671.

<sup>199</sup> Ordinanza del 13 agosto 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 918, e in *Foro it.*, 1991, I, c. 271.

<sup>200</sup> In *common law*, cfr. *Re T* [1992] 2 F.L.R. 458, ove il rifiuto della paziente viene ignorato perché viziato non solo dallo stato confusionale in cui versa, ma anche dall'indebita influenza su di lei esercitata dalla madre (testimone di Geova). Più estesamente, cfr. *infra*, cap. III, § 13, *Il rifiuto delle cure in common law*. Problematiche similari presenta il rifiuto del taglio cesareo opposto dalle donne musulmane: v. P. FUNGHI, F. GIUNTA (a cura di), *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normativa*, cit., pp. 96 ss., ove «non è tanto l'autonomia individuale che conta in certi contesti culturali non liberali, ma solo l'autonomia dell'individuo così come è influenzata dalla rete delle relazioni in cui vive (...). Per valutare l'autonomia occorre dunque tenere conto del contesto relazionale che determina le scelte individuali, in cui i legami tra gli individui e la comunità hanno un'importanza ben superiore che non la libertà dell'individuo definita come anche libertà dalla comunità».

<sup>201</sup> M. IANACCONE, *Il ruolo della Polizia Penitenziaria nell'attività di prevenzione e gestione*

contrario, la volontà dell'ammalato può ritenersi viziata solo laddove condizionata da una pregressa o sopravvenuta patologia mentale<sup>202</sup> e viene (doverosamente) superata, infine, con lo strumento del trattamento sanitario obbligatorio *ex art. 34* della legge n. 833/1978<sup>203</sup>; il problema successivo, allora, sarà quello delle modalità di coercizione, dai sanitari predisposte. Se, invece, proprio a séguito di una decisione libera ed informata, il paziente soffre di una progressiva diminuzione, per deperimento fisiopsichico, della sue capacità ovvero cade in uno stato di completa incoscienza, è lecito presumere che egli abbia altresì ragionevolmente previsto, perché consapevole delle conseguenze estreme della propria deliberazione, la sua successiva perdita di consapevolezza: il medico, quindi, non può ritenersi autorizzato ad intervenire. Al riguardo, peraltro, l'art. 53 (*Rifiuto consapevole di alimentarsi*) del Codice deontologico sembra non lasciare dubbio alcuno: «il medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto di alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l'assistenza, non assumendo iniziative coercitive né collaborando a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale». Certo, sarebbe altresì possibile mettere sistematicamente in dubbio la validità della scelta manifestata, per esempio, dal detenuto in sciopero della fame, poiché il contesto penitenziario comporterebbe una sicura distorsione della realtà ed un'accentuazione del disagio individuale, quali immediate conseguenze dell'inferta privazione della libertà<sup>204</sup>. Simile posizione, così come il regolare disconoscimento, in capo al Testimone di Geova, di una piena lucidità decisionale (poiché la scelta di rifiutare l'emotrasfusione apparterrebbe più alla comunità di cui è membro che al soggetto in quel momento direttamente interessato), comporterebbe una gravissima, automatica violazione della libertà personale (nell'ipotesi del carcerato, peraltro, già soggetta ad importantissima restrizione<sup>205</sup>)

---

*di eventi critici: gesti autolesionistici*, in *Quaderni ISSP*, 2011, 8, *La prevenzione dei suicidi in carcere. Contributi per la conoscenza del fenomeno*, p. 53.

<sup>202</sup> *In primis*, l'anoressia nervosa: cfr. S. DE MARCO, S. FERRACUTI, P. FRATI, G. MANDARELLI, F.M. MOSCATI, *Il consenso informato e il trattamento dei disturbi della condotta alimentare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1271.

<sup>203</sup> R. MORAMARCO, *Il problema della sussistenza di un diritto a lasciarsi morire del detenuto. Profili di responsabilità del Comandante di Reparto e strumenti di prevenzione del disagio*, in *Quaderni ISSP*, 2011, 8, *La prevenzione dei suicidi*, cit., p. 96.

<sup>204</sup> R. MORAMARCO, *Il problema della sussistenza di un diritto a lasciarsi morire del detenuto*, cit., p. 98.

<sup>205</sup> Cfr. altresì gli artt. 32 (*Doveri del medico nei confronti dei soggetti fragili*): «Il medico tutela il minore, la vittima di qualsiasi abuso o violenza e la persona in condizioni di vulnerabilità o fragilità psico-fisica, sociale o civile in particolare quando ritiene che l'ambiente in cui vive non sia idoneo a proteggere la sua salute, la dignità e la qualità di vita. Il medico segnala all'Autorità competente le condizioni di discriminazione, maltrattamento fisico o psichico, violenza o abuso sessuale. (...) Il medico prescrive e attua misure e trattamenti coattivi fisici, farmacologici e ambientali nei soli casi e per la durata connessi a documenta-

degli individui coinvolti, così quasi presumendo, da un'opzione che non collima con un "normale"<sup>206</sup> sistema di valori, un intento meramente suicidario e una non-capacità del paziente.

Peraltro, quando il medico viola il dissenso opposto dal paziente ad un determinato trattamento sanitario, di norma – secondo la casistica giurisprudenziale – il soggetto interessato non è più cosciente né in grado di rafforzare il proprio diniego. Può, però, altresì accadere che gli operatori sanitari ritengano di procedere addirittura nonostante la resistenza verbale e fisica dell'ammalato, il quale, in condizioni di piena capacità d'intendere e di volere, rifiuta la cura proposta ed, infine, imposta. In quest'ultima ipotesi, l'illegittimità della condotta medica si misura anche sulla scorta delle modalità impiegate, laddove l'utilizzo di mezzi di contenzione<sup>207</sup> conduce a più gravi conseguenze sia in punto di diritto penale, con l'integrazione di specifiche fattispecie criminose, sia sotto il profilo civilistico e risarcitorio, dinanzi ad una violazione più profonda, se possibile, dei diritti costituzionali così coinvolti<sup>208</sup>. Il caso, emblematico e tristemente noto<sup>209</sup>, è quello del paziente, ministro del culto dei testimoni di Geova, il quale, affetto da neoplasia gastrica maligna ed in preda ad una violenta ed inarrestabile emorragia, rifiuta (anche per iscritto) l'emotrasfusione – unica garanzia, nell'immediato, di sopravvivenza, nonché strumentale all'esecuzione, in un secondo momento, dell'operazione dalla patologia richiesta. Dubbio alcuno sussiste attorno all'autenticità della volontà espressa: il paziente, infatti, ha prescelto quella struttura sanitaria proprio a séguito delle rassicurazioni offertegli in ordine al rispetto dei suoi convincimenti religiosi, mentre la perizia psichiatrica cui viene sottoposto esclude in ogni modo una condizione d'incapacità o di malattia mentale; del resto, egli ri-

---

te necessità cliniche, nel rispetto della dignità e della sicurezza della persona», e 51 (*Soggetti in stato di limitata libertà personale*) del Codice deontologico: «Il medico che assiste una persona in condizioni di limitata libertà personale è tenuto al rigoroso rispetto dei suoi diritti. Il medico, nel prescrivere e attuare un trattamento sanitario obbligatorio, opera sempre nel rispetto della dignità della persona e nei limiti previsti dalla legge».

<sup>206</sup> Cfr. W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

<sup>207</sup> Cfr., anche per le considerazioni che seguono, S. CACACE, *Il medico e la contenzione: aspetti risarcitori e problemi d'autodeterminazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 209.

<sup>208</sup> Cfr. C. BRIGNONE, *Punti fermi, questioni aperte e dilemmi in tema di rifiuto di cure: la prospettiva civilistica*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 1311.

<sup>209</sup> Trib. Milano, 16 dicembre 2008, n. 14883, in *Corr. mer.*, 2009, p. 493, con commento di V. BUSI, «Sangue o no sangue?», questo è il problema ... dei medici, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 639, con commento di G. CRICENTI, *Il rifiuto delle trasfusioni e l'autonomia del paziente*, e App. Milano, 19 agosto 2011, n. 2359, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1046, con commento di S. FUCCI, *Urgenza terapeutica, libertà del paziente di rifiutare anche un trattamento proposto come salvavita e responsabilità professionale*, e in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 185, con nota di L. GHIDONI, *Il trattamento sanitario tra protezione della personalità e imposizione di valori etici*.

fiuta altresì l'autodimissione, al contempo richiedendo di essere in altra maniera curato. Al terzo giorno di ricovero, i medici procedono all'emo-trasfusione: i familiari sono allontanati dalla stanza d'ospedale tramite l'intervento della forza pubblica; l'ammalato, onde vincerne l'estrema resistenza fisica, viene legato al letto, immobilizzato con appositi bracciali. Il paziente è in stato di gravissima agitazione psicomotoria e si oppone a gran voce alla sopraffazione di cui è vittima: in preda ad un crescente stato di stress, muore, infine, per arresto cardiaco. L'esame autoptico rileva la presenza, all'altezza dei polsi, di ecchimosi provocate dai legacci utilizzati.

Sorprendentemente, il procedimento penale viene archiviato<sup>210</sup>: «il conflitto di interessi etico giuridici implicati» esclude la qualificazione penale della condotta medica (benché concausa del decesso); la volontà individuale, infatti, incontrerebbe pur sempre un «argine naturale» nel principio d'indisponibilità del proprio corpo *ex art. 5 c.c.*, dinanzi ad un quadro fattuale, peraltro, ampiamente coerente – viene asserito – con lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. In sede civile, le due sentenze che in meno di tre anni si susseguono si attestano, al contrario, su posizioni ben diverse, seppur anche fra loro in maniera rilevante difformi. In particolare, il Tribunale ambrosiano<sup>211</sup> riconduce il comportamento così descritto nell'alveo della posizione di garanzia che l'ordinamento riconosce al medico nei confronti dei pazienti in cura: questi ultimi, inoltre, non potrebbero condizionare tale ruolo di *protezione* né interferire con esso, pena la riduzione del sanitario a «mero registratore ed esecutore di volontà» e altrui scelte; in questo senso, infine, l'alleanza terapeutica imporrebbe l'affidamento dell'ammalato alla professionalità e alla competenza dello specialista, nonché «il riconoscimento dei rispettivi ruoli». In definitiva, il «pieno diritto di rifiutare interventi indesiderati o contrari» alle proprie convinzioni religiose è condizionato alla risoluzione del contratto e all'abbandono della struttura ospedaliera: se, per contro, la volontà è quella di farsi curare e, se possibile, di guarire e di essere salvato, allora le terapie non potranno ritenersi soggette al discrezionale consenso dell'interessato. Nondimeno, benché la decisione dei medici di procedere con l'emo-trasfusione sia da considerarsi, in questo senso, pienamente legittima, la condotta conseguentemente adottata avrebbe dovuto improntarsi a propor-

---

<sup>210</sup> Il GIP presso la Pretura Circondariale di Milano, su conforme richiesta del Pubblico Ministero, dispone l'archiviazione del procedimento con provvedimento del 17 giugno 1998: cfr. A. SANTOSUOSSO, *Di una triste trasfusione ematica a Milano/1. Le parole e le cose: a proposito di «violenza etica» su un paziente*, e M. BARNI, *Di una triste trasfusione ematica a Milano/2. Sopraffazione e morte di un uomo per violenza terapeutica*, entrambi in *Bioetica*, 2000, pp. 454 ss. e pp. 461 ss. Per una dettagliata ed esaustiva trattazione del caso, v. M. BILANCETTI, *Il consenso informato: prospettive nuove di responsabilità medica*, in G. VETTORI (a cura di), *Il danno risarcibile*, II, Cedam, Padova, 2004, pp. 1056 ss.

<sup>211</sup> Trib. Milano, 16 dicembre 2008, n. 14883, cit.

zionalità e adeguatezza rispetto allo scopo perseguito. Infatti, è escluso che la posizione di garanzia<sup>212</sup> e l'obbligo contrattuale di adempimento della prestazione sanitaria possano in qualche modo spingersi sino a travalicare i fondamentali diritti di ogni essere umano, quali la libertà, la dignità e la solidarietà, il cui sacrosanto rispetto deve costituire il *leit-motif* di qualsivoglia comportamento sociale – tanto più di quello medico. Peraltro, la brutalità dell'operato sopra descritto fortissimamente stride non solo con lo stesso primo articolo della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, per il quale, com'è noto, «la tutela della salute psichica e fisica» avviene di necessità nel rispetto della libertà e dignità individuali<sup>213</sup>, ma altresì con il secondo comma dell'art. 32 Cost., laddove sancisce il principio generale di volontaria sottoposizione ai trattamenti sanitari, passibile d'eccezioni solo per disposizione di legge e, comunque, sempre all'insegna del rispetto della persona umana<sup>214</sup> (garanzia formale, l'una, sostanziale, l'altra – come già s'è avuto modo di rimarcare<sup>215</sup>).

La Corte d'Appello<sup>216</sup> si determina, per contro, in tutt'altra maniera; il malaugurato utilizzo della contenzione diviene problema di second'ordine: senz'altro rilevante ai fini dell'individuazione del *quantum* risarcitorio, ma non elemento decisivo per affermare l'illegittimità della condotta (ovvero l'*an* della liquidazione). L'emotrasfusione, infatti, non è annoverata fra i trattamenti sanitari obbligatori: il requisito della volontarietà può essere ignorato e violato solo a fronte di un bilanciamento con il benessere dell'intera collettività, ovvero in ragione dell'accertata incapacità del paziente a provvedere alla propria personale salute. Quest'ultima, peraltro, non esiste quale nozione superiore ed estranea rispetto all'individuale per-

---

<sup>212</sup> Cfr. A. GARGANI, «*Jus imperfectum*»? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 505.

<sup>213</sup> Legge 23 dicembre 1978, n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*, pubblicata in *G.U.* 28 dicembre 1978, n. 360.

<sup>214</sup> Il risarcimento del danno disposto in primo grado è irrisorio: 12.000 euro, infatti, vengono liquidati a riparazione del pregiudizio biologico e morale sofferto dal paziente, poiché le modalità con cui l'emotrasfusione è stata condotta hanno sia anticipato il decesso, seppur di poche ore, sia annientato la dignità stessa del morire, che viene altresì garantita dalla vicinanza e dal conforto dei propri cari, nonché dalla consapevolezza di aver vissuto sino all'estremo coerentemente con i convincimenti di tutta una vita. A alla moglie, invece, vengono versati 8.000 euro, perché privata della possibilità di accompagnare il coniuge sino alla fine e perché costretta ad assistere, in un momento già di grandissima sofferenza e preoccupazione, all'umiliazione e alla prevaricazione inflitta al marito, condannato a morire solo, e a tutta la sua famiglia.

<sup>215</sup> V. *supra*, cap. I, § 4, *La tutela costituzionale*.

<sup>216</sup> App. Milano, 19 agosto 2011, n. 2359, cit., la quale quantifica il danno sofferto dal paziente in euro 300.000, a causa della contestuale mortificazione della dignità, identità e libertà personale e religiosa, mentre gli originari 8.000 euro accordati alla moglie divengono 100.000 e comprendono altresì il danno morale da reato (nella specie, si tratterebbe "quantomeno" di violenza privata e sequestro di persona).

cezione dell'interessato, secondo un'eteronoma scala e gerarchia di valori; il bene della salute e della stessa vita sono forgiati, infatti, dall'identità personale e dall'autodeterminazione che ne consegue, la quale altresì racchiude e custodisce la libertà religiosa e di coscienza<sup>217</sup>. In particolare, inoltre, il diritto di decidere riguardo alle proprie cure deve intendersi in senso anche e soprattutto *negativo*, ovvero di poter rifiutare un trattamento senza esser costretti, per far valere tale volontà, a firmare le proprie dimissioni: altrimenti ragionando, invero, l'autodeterminazione opererebbe solo al di fuori del rapporto sanitario. Il malinteso, peraltro, risiederebbe nell'idea stessa che i medici nutrono riguardo alla loro posizione di garanzia: la protezione da costoro esercitata nei confronti degli ammalati, infatti, trova conforto nella Carta costituzionale, alla cui luce si devono leggere ed interpretare tutte le norme subordinate (e non viceversa), anche di matrice codicistica, nonché, naturalmente, nella volontà del paziente, la quale delimita e connota l'operatività e la natura dell'assistenza sanitaria.

In questo medesimo senso, del resto, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha sancito il diritto del paziente testimone di Geova a veder rispettato il proprio rifiuto<sup>218</sup>, dal momento che «la capacità di condurre la propria vita secondo le proprie scelte» comprende altresì la possibilità di «svolgere attività percepite come fisicamente dannose oppure pericolose»: la tutela della vita privata e della libertà di manifestare una religione s'impone, infatti, quale prioritaria rispetto al potere e all'esigenza statutale di «proteggere le persone dalle conseguenze infauste dello stile di vita» da loro prescelto.

Diceva Schopenhauer che, «in tesi generale, i nove decimi della nostra felicità riposano esclusivamente sulla salute»<sup>219</sup>; si potrebbe altresì aggiungere e specificare: sull'*idea* (e sulla possibilità di veder onorata questa *idea*) che ciascuno si fa della propria salute. Del resto, mai come in questo caso il dissenso opposto può dirsi autentico, consapevole, attuale ed informato, laddove è il titolare dei beni in gioco (salute/autodeterminazione) l'unico a poter effettuare il bilanciamento finale, in assenza di qualsivoglia lesione a danno di altrui diritti o valori.

Il rifiuto del testimone di Geova, peraltro, offre il destro per alcune riflessioni, non solo relative a “quanto” l'autodeterminazione individuale debba essere rispettata, ma altresì concernenti la validità e i requisiti della

---

<sup>217</sup> A questo riguardo, cfr. E. ROSSI, A. DI CARLO, *Che cosa intendiamo per «salute»? La prospettiva del costituzionalista*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla «vita buona» nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Plus, Pisa, 2011, pp. 9 ss.

<sup>218</sup> CEDU, 10 giugno 2010, n. 302/02, *Testimoni di Geova di Russia c. Mosca*. Cfr. l'*excursus* giurisprudenziale di R. MATTARELLI, *L'evoluzione della responsabilità da trasfusioni coatte. Profili del risarcimento*, in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 436.

<sup>219</sup> A. SCHOPENHAUER, *Aforismi sulla saggezza nella vita*, trad. O. CHILESOTTI, Milano, 1885, p. 14.

formalizzazione di tale volontà (il cartellino “Niente Sangue”), nonché, infine, la *forza* dei *desiderata* lucidamente e consapevolmente espressi (anche un attimo) prima della perdita di coscienza. Si tratta, in altri termini, di un’equazione a due incognite: la validità e vincolatività delle direttive anticipate di trattamento con la legittimità ed invalicabilità del rifiuto del trattamento. Al riguardo, per esempio, la Corte Suprema<sup>220</sup> giudica non più operante il dissenso espresso al momento del ricovero e in assenza di pericolo di vita, «davanti ad un quadro clinico fortemente mutato» a séguito delle complicanze potenzialmente letali insorte durante la fase chirurgica, con il paziente ormai anestetizzato<sup>221</sup>. Tale valutazione viene altresì giustificata dalla richiesta, dallo stesso malato avanzata per l’eventualità in cui una trasfusione si fosse resa necessaria, d’essere «immediatamente» trasferito presso un ospedale attrezzato per l’autotrasfusione (viaggio poi ritenuto dai medici troppo rischioso), «così manifestando (...) il desiderio di essere curato, e non certo di morire pur di evitare di essere trasfuso». Peraltro, l’errore è sempre confondere il rifiuto di un trattamento sanitario con la volontà di morire, laddove il soggetto del caso di specie ha espressamente previsto, invece, la necessità di un’emotrasfusione salvavita, nonché le specifiche procedure da seguire, senza neppure prendere in considerazione l’eventualità stessa di essere trasfuso. A mancare, ancora una volta, è un preliminare, chiaro ed esaustivo (nonché documentato) scambio dialogico-informativo fra il medico ed il suo assistito.

Al riguardo, il problema è la ricorrente tentazione (con l’insofferenza che ne deriva) di un eteronomo giudizio quanto alle motivazioni sottostanti al diniego e alla loro presunta irrazionalità: così, nella fattispecie, il

---

<sup>220</sup> Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Dir. giur.*, 2008, p. 131, con commento di S. CARRO, *Brevi note sull’efficacia del dissenso al trattamento medico-chirurgico tra il diritto di morire e il dovere di curare. Il consenso presumibile e la scriminante dello stato di necessità*; in *Studium iuris*, 2008, p. 89, con nota di A. SCALERA, *Rifiuto di trasfusione salvavita*; in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 30, con commento di G. GUERRA, *Il dissenso alla trasfusione di sangue per motivi religiosi*; in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1885, con nota di G. FACCI, *Le trasfusioni dei Testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*; in *Riv. it. med. leg.*, 2009, p. 71, con commento di B. MAGLIONA, M. DEL SANTE, *Trasfusioni di sangue e Testimoni di Geova: il ruolo del medico tra rispetto della volontà del paziente e stato di necessità*, e in *Foro it.*, 2007, I, c. 1711, con annotazioni di G. CASABURI, *In tema di dissenso ad una emotrasfusione*. V. altresì il commento di M. ROSSETTI, *E io ti salvo lo stesso! (brevi appunti sulla legittimità del rifiuto di cure salvavita)*, in [www.dottorinaediritto.ipsoa.it](http://www.dottorinaediritto.ipsoa.it). La sentenza di secondo grado, App. Trento, 19 dicembre 2003, si legge in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 145. Similmente, cfr. App. Trieste, 25 ottobre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 145, e A. SANTOSUOSSO, F. FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 38, e Cass. pen., Sez. IV, 18 maggio 2006, n. 16995, in *Giur. it.*, 2007, 6, p. 1513, con nota di F. PAVESI, *Causalità omissiva e responsabilità del medico*.

<sup>221</sup> In tal senso, v. anche Trib. Cagliari, 8 aprile 2001, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Sanità pubblica*, n. 369. *Contra*, Corte suprema del Giappone, 29 febbraio 2000, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 453, con nota di G. GENNARI, A. SANTOSUOSSO, *Informazione, libertà e medicina in Giappone: riflessioni a margine di una sentenza*.

giudice di primo grado – come si evince dalla stessa ricostruzione operata in sede di legittimità – invita l'attore persino a rivolgersi, in futuro, a «guaritori e sciamani» (piuttosto che, aggiunge chi scrive, intralciare l'operato degli zelanti professionisti sanitari – per poi, pure, trascinarli in tribunale), nonché insinua l'idea di una mera velleità d'arricchimento, in capo al testimone di Geova e alla base della sua domanda risarcitoria, dal momento che la somma eventualmente percepita non sarebbe certo stata devoluta in beneficenza.

L'anno successivo, la Corte di cassazione<sup>222</sup>, seppur al contempo dichiarando l'esistenza di un vero e proprio diritto di non curarsi (anche a prezzo della vita), esclude la vincolatività del cartellino “Niente Sangue”, personalmente sottoscritto dal soggetto ormai incosciente e altresì controfirmato da testimoni. Infatti, «a fronte di un sibillino sintagma “niente sangue” vergato su un cartellino, sul medico curante graverebbe in definitiva il compito (invero insostenibile) di ricostruire sul piano della causalità ipotetica la reale volontà del paziente secondo un giudizio prognostico *ex ante*, e di presumere induttivamente la reale “resistenza” delle sue convinzioni religiose a fronte dell'improvviso, repentino, non altrimenti evitabile insorgere di un reale pericolo di vita, scongiurabile soltanto con una trasfusione di sangue».

---

<sup>222</sup> Cass. civ., Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1671, con commento di F. FORTE, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*; in *Giur. it.*, 2009, p. 1126, con nota di G. PELLEGRINO, *Il rifiuto delle trasfusioni da parte dei testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, p. 1400, con nota di P. VALORE, *Il dissenso al trattamento terapeutico*, e p. 1661, con nota di M. PETRI, *Preventivo rifiuto alla emotrasfusione e carattere in equivoco della manifestazione*; in *Studium iuris*, 2009, p. 450, con commento di A. SCALERA, *Rifiuto di trasfusione salvavita*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 58, con commento di R. MASONI, *I testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 585 e p. 2112, con note rispettivamente di G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, e di G.E. POLIZZI, *«È vietato mangiare sangue»: il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*; in *Riv. it. med. leg.*, 2009, p. 210, con commento di M. BARNI, *Sul rifiuto del sangue, un compromesso onorevole*, e p. 213, con commento di A.L. SANTUNIONE, E. SLINGARDI, *Il rifiuto anticipato dei trattamenti trasfusionali: la Cassazione civile ancora in bilico tra un passato che non passa ed un futuro ipotetico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 175, con nota di G. CRICENTI, *Il cosiddetto dissenso informato*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 126, con nota di M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, e in *Foro it.*, 2009, I, c. 36, con commento di G. CASABURI, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari «salvavita»*. V. anche M.C. REALE, *Il diritto di non curarsi. Ancora uno scontro tra doveri medici e libertà di autodeterminazione*, in *Soc. dir.*, 2012, p. 159; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 455; P. ZATTI, *«Parole tra noi così diverse»*. *Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 143; L. RIELLO, *Riflessioni in tema di limiti del consenso nel trattamento medico-chirurgico: il difficile equilibrio tra diritto alla salute, dovere di curare e diritto ad una vita (ed una morte) dignitosa*, in *Ind. pen.*, 2010, p. 579, e C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1037.

Si tratta, in definitiva, del riconoscimento di un *dissenso informato*, nei termini seguenti: dinanzi a grave, immediato e non altrimenti evitabile pericolo di vita, il rifiuto dev'essere espresso, inequivoco, attuale, consapevole, successivo all'ottenimento di specifiche informazioni in ordine alla propria situazione sanitaria. È una volontà, dunque, «concretamente accertata», «un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica», «una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni» analitiche, non una mera «precomprensione», bensì – appunto ed infine – un giudizio manifestato *ex post* e non *ex ante*. In questo senso, dunque, dubbio alcuno sussiste quanto al diritto (di fronte al quale non v'è autorità statale – legislativa, amministrativa, giudiziaria – che tenga) di preferire la salvezza dell'anima a quella del corpo, ma il risultato di tale bilanciamento di valori non può essere affidato «ad un sibillino sintagma», ad un'ipotesi (dal medico semplicemente *ricostruita* – seppur con l'ausilio, come nel caso di specie, degli stessi familiari del paziente), bensì deve ricavarsi da una manifestazione puntuale ed articolata, dalla quale emerga l'effettiva *resistenza* delle convinzioni religiose dinanzi ad un concreto pericolo di morire. Di conseguenza, «come la validità di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza della doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso, così la efficacia di uno speculare dissenso *ex ante*, privo di qualsiasi informazione medicoterapeutica, deve ritenersi altrettanto imprevedibile, sia in astratto che in concreto, qualora il paziente, in stato di incoscienza, non sia in condizioni di manifestarlo scientemente, e ciò perché altra è l'espressione di un generico dissenso ad un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermarlo puntualmente in una situazione di pericolo di vita». Orbene, questa stessa giurisprudenza non esclude, d'altra parte, che detta manifestazione provenga da un «rappresentante *ad acta*» dal diretto interessato designato, il quale, «dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari». D'altro canto, e come si avrà modo di considerare<sup>223</sup>, di tale rappresentanza non solo potrebbe spesso neppure esservi bisogno, ma i limiti di cui – secondo alcuni – soffrirebbe sarebbero ben in grado di vanificarne qualsivoglia utilità.

Sulla scorta di queste considerazioni, però, il testimone di Geova che rifiuta l'emotrasfusione diviene il terribile banco di prova per l'(in)utilità del consenso informato: si tratta, in particolare, di pazienti il cui diniego è motivato da un grado di consapevolezza superiore alla "media", è maturato negli anni, è espresso sia oralmente sia per iscritto (all'interno di documenti redatti *ad hoc*) ed è così legato, infine, alle scelte religiose ed esistenziali del singolo da indurre a preferire la morte, anziché la sua viola-

---

<sup>223</sup> Cfr. *infra*, cap. III, § 17, *Rifiuto di cure e amministrazione di sostegno*.

zione. Fa qui i suoi peggiori danni il “sentimentalismo” del medico italiano che informa sì, ma non troppo, che comunque rassicura riguardo al felice esito dell'intervento da eseguire, che omette l'indicazione delle percentuali di realizzazione dei rischi e che sempre rifugge dal porre l'ammalato dinanzi ad alternative *tranchantes*. D'altro canto, se il trattamento del testimone di Geova è vissuto, dal mondo sanitario, quale un vero grattacapo, questo non si risolve certo perseverando nell'infantilizzazione del proprio assistito, tentazione ben nota e alla quale i medici ancora faticano a resistere: al contrario, se esiste una soluzione, è quella dell'estrema responsabilizzazione di questi pazienti “speciali”, degni destinatari di un'informazione, se possibile, “rinforzata” – così come potenziata da un movente circostanziato appare, del resto, la loro volizione.

Offrono il destro per tali valutazioni due recentissime decisioni di merito, entrambe lombarde: la prima è del tribunale di Brescia<sup>224</sup>, ove il rifiuto dell'emotrasfusione, manifestato sia oralmente – e risultante dalla cartella trasfusionale, nonché ribadito persino qualche istante prima dell'ingresso in sala operatoria – sia per il tramite di un documento datato di una decina di mesi, precede, nello specifico, un intervento chirurgico per emoperitoneo massivo da rottura di neoformazione intramesenteriale. Durante l'operazione, però, i medici procedono ugualmente alla trasfusione e il Giudice dà loro ragione: il diniego è stato espresso in un momento in cui la paziente è «abbastanza certa» di non rischiare la vita e quando la trasfusione appare un evento, «con ogni probabilità», non destinato a verificarsi. In particolare, la successiva scoperta, durante l'intervento, non solo di un'emorragia più grave di quella prevista, ma anche di una diffusa neoplasia, ha reso «non più attuale» la volontà della diretta interessata, manifestata in una situazione «completamente diversa» da quella destinata a verificarsi di lì a poco. L'alternativa è secca: sangue o morte; il passo è, quindi, quello che dall'improbabilità va alla certezza: del decesso, appunto, o dell'urgenza di una trasfusione. Il dissenso della paziente viene violato perché non più valido; *melius*, tale dissenso non viene, in realtà, violato, perché quest'ultimo non concerneva le specifiche circostanze successivamente configuratesi.

Ora, il problema principale è quello dell'informazione. Il Giudice, in particolare, scrive che la degente è stata «rassicurata» riguardo all'esito positivo dell'intervento, poiché l'operazione si presentava urgente sì, ma non in pericolo di vita; che l'utilizzo del plasma e l'emorecuperato sono stati prospettati come sufficienti, mentre l'emotrasfusione è stata relegata ad ipotesi «residuale», «possibile», certo, ma non «probabile». Delle due l'una,

---

<sup>224</sup> Trib. Brescia, 17 giugno 2016, n. 1886, inedita. Sia qui consentito rinviare, anche per le considerazioni che seguono, a S. CACACE, *Ma quanto è debole il consenso informato! L'ultima giurisprudenza sul rifiuto dell'emotrasfusione. Apologia di un principio inutile (e qualche tentativo esegetico)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 17.

però: o la disinformazione è addebitabile alla negligenza del medico, così configurandosi una responsabilità per colpa del professionista che non ha correttamente informato la paziente, altresì impedendo il libero svolgersi della sua autodeterminazione, oppure tale inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa al sanitario non imputabile: più chiaramente, l'imprevisto peggioramento era altresì imprevedibile (laddove la prova dell'imprevedibilità, certo, grava sul debitore) e all'ammalata sono state previamente fornite tutte le indicazioni che diligenza imponeva. Questa la prima considerazione, a fronte di una decisione che legittima l'emotrasfusione a causa del difettoso meccanismo in termini di autodeterminazione di cui è stata vittima la paziente: del perché la degente sia stata, appunto, «rassicurata» – e se davvero andasse così confortata. Altro è ragionare sulle percentuali; l'informazione presupponeva una ridotta *probabilità* di pericolo di vita e di conseguente, necessaria trasfusione: la domanda è se la volizione così formatasi sia meritevole di rispetto, valida e vincolante – in sala operatoria. Per contro, una presunta, contrapposta categoria della *possibilità* pare priva di senso e logico e giuridico e medico-scientifico, nell'ambito dell'illustrazione dei rischi insiti in un intervento chirurgico, i quali, semplicemente, potranno presentare percentuali di realizzazione più o meno basse. Ebbene, dubbio appare il motivo per il quale il Testimone di Geova non sia posto, prima, nelle condizioni di decidere sul da farsi nell'eventualità in cui si concretizzi, poi, il rischio di morire – pericolo comunque inizialmente già esistente, seppur limitato. In altri termini, parrebbe che, dinanzi a pazienti *super motivati*, la categoria dell'imprevedibilità sia da ridimensionare; che l'informazione non possa essere *timorosa*, riluttante alla formulazione di domande "chiuse", soltanto preoccupata di ricevere un diniego perentorio quanto alla trasfusione o riguardo alla stessa realizzazione dell'operazione che di sangue altrui potrebbe necessitare. Chiosa, del resto, il Giudice bresciano: «non è vero che si renderebbe impossibile rifiutare di essere trasfusi ogniqualvolta durante un intervento chirurgico la situazione si prospetti più grave del previsto. Non ogni differenza di gravità è rilevante, ma solo quelle che introducono elementi di rischio del tutto nuovi e non valutati dal paziente»; laddove, poi, sia possibile posticipare l'intervento, quest'ultimo sarà sospeso e rinviato, al fine di meglio indagare la volontà dell'ammalato. Ora, ammesso e non concesso che la diretta interessata non si sia rappresentata l'ipotesi del pericolo di vita, questa era eventualità che le andava senz'altro delineata, nell'ambito di un'operazione urgente e comunque complessa, volta a fronteggiare una «grave malattia in atto» (la quale prevedeva anche il pericolo di vita, così come da classificazione A.S.A. previamente compiuta dall'anestesista e altresì sottoscritta dalla paziente<sup>225</sup>), sen-

---

<sup>225</sup> Nello specifico, l'intervento era stato classificato con rischio 3-4, laddove 3 corrispon-

za che possa rilevare, invece, se il rifiuto ha vagliato un evento ad altissima o bassissima probabilità di realizzazione. Certo, siffatta volizione non potrebbe mai risolversi in una croce su un modulo, bensì dovrebbe trovare certificazione nel corso di un dialogo *onesto* con il personale sanitario incaricato: nel caso di specie, la trasparenza della comunicazione è quantomeno messa in discussione dall'indicazione, all'interno della cartella clinica e di seguito all'attestazione del rifiuto all'emotrasfusione, che, al verificarsi di un imminente pericolo di vita, i medici avrebbero senz'altro proceduto con le necessarie trasfusioni di sangue. Come a dire: documento il rifiuto e contemporaneamente mi preparo alla sua immediata, seppur solo eventuale, violazione, con l'alibi dell'imprevisto ed imprevedibile peggioramento, dalla paziente non considerato – ma dai medici sì, verrebbe da aggiungere, tanto da essere stato messo nero su bianco.

La seconda decisione è, invece, milanese<sup>226</sup>: la paziente, testimone di Geova ed incinta, programma con il suo ginecologo un cesareo, al fine di partorire in sicurezza e senza ricorrere a terapie emotrasfusionali; al momento del ricovero, ribadisce verbalmente il proprio rifiuto e consegna altresì una dichiarazione di volontà scritta, firmata anche da due testimoni e inserita in cartella clinica. Nata la figlia, dopo qualche ora la puerpera comincia a lamentare dolori addominali di tipo compressivo; il giorno successivo, a seguito di un sopraggiunto, severo stato di anemizzazione, i medici ritengono necessario un intervento chirurgico di laparotomia esplorativa, per sospetto emoperitoneo, previo trattamento emotrasfusionale al fine di ristabilire i valori ematici della paziente. Quest'ultima, però, continua a ribadire il proprio diniego, «implorando» il personale sanitario di rispettare la sua volontà; si mostra comunque collaborativa nei confronti di medici ed infermieri e, dinanzi alla scelta, prospettata dall'anestesista, fra trasfusione e morte, lasciando vedovo il marito e orfana la figlia, si limita «ad allargare le braccia». Alla fine, l'emotrasfusione – indispensabile per la sopravvivenza stessa della donna, nonché necessaria per l'effettuazione dell'intervento – viene eseguita e l'operazione realizzata con successo: anche questa volta, in conclusione, il Giudice avalla la decisione dei sanitari, poiché, qualora l'ammalata avesse «davvero inteso rifiutare di sottrarsi al rischio di morte che i medici le avevano prospettato, avrebbe allora assai semplicemente potuto impedire tale trasfusione così profondamente avversata, chiedendo di essere dimessa immediatamente dall'ospedale o, almeno, rifiutando (anche) l'intervento».

La prima questione, ancora una volta, è in tema di capacità. La signora è debole sì, ma comunque *compos sui*. Da mesi programma un parto (il

---

de a «grave malattia in atto, senza pericolo di vita» e 4 a «grave malattia in atto, con pericolo di vita».

<sup>226</sup> Trib. Milano, 13 maggio 2015, n. 6052, inedita. Il giudizio d'appello è attualmente in corso. Cfr. S. CACACE, *Ma quanto è debole il consenso informato!*, cit.

suo secondo) che le consenta di non violare i propri precetti religiosi; il suo rifiuto del sangue viene, comunque, altresì reiterato nell'immediatezza dell'intervento chirurgico: certo, probabilmente non si oppone fisicamente o ad alta voce all'emotrasfusione coatta (non sarebbe neppure in grado di farlo, in realtà, considerate le sue condizioni di salute), ma che l'affermazione dell'autodeterminazione individuale debba di necessità passare da una reazione "violenta" di chi ne invoca il rispetto e l'autenticità è istanza quantomeno discutibile<sup>227</sup>. Sul medico grava l'onere di provare il corretto adempimento del dovere d'informazione e la conseguente raccolta del consenso dell'ammalato: per contro, se è pacifico che la paziente ha accettato, anche per iscritto, la laparotomia, lo stesso non può sostenersi quanto alla trasfusione di sangue. Tutt'altro: se i sanitari si risolvono, infine, a chiedere l'autorizzazione del magistrato di turno, non senza prima aver contattato il ministro del culto dei testimoni di Geova di riferimento (al fine di riuscire eventualmente a convincere la puerpera ad accantonare la propria posizione dissenziente), la consapevolezza di procedere nonostante il diniego è cristallina. Uno dei medici coinvolti, infine, arriva ad esclamare «che se la vedrà lui con il Dio» dell'assistita; ancora una volta, è chiaro che nulla ha funzionato, nel dialogo con il paziente del caso concreto: la pretesa irrazionalità delle di lui decisioni ha indotto a non ascoltare o chiedere di più, a non documentare, soprattutto, il dissenso – avendo deciso che, ad ogni modo, lo si sarebbe violato.

Certo, la donna non voleva morire: è naturale che volesse essere operata. Non *doveva* rifiutare anche l'intervento. Né i medici *dovevano* eseguire la laparotomia senza sangue, se ciò significava procedere contrariamente a diligenza, con l'esito pressoché scontato di cagionare il decesso della donna. Semplicemente, in assenza di adeguato consenso ad un atto sanitario necessariamente prodromico all'operazione principale, quest'ultima non *doveva* essere effettuata. Più chiaramente, se il medico non può obbligare l'ammalato ad un trattamento ed è tenuto a rispettarne l'accertata volontà negativa, omettendo (o cessando) d'intervenire<sup>228</sup>, è altrettanto vero, viceversa, che il medesimo ammalato non può obbligare il terapeuta ad agire contrariamente alle proprie *leges artis* (la "scienza" e la "coscienza": una laparotomia senza previa emotrasfusione, per l'appunto)<sup>229</sup>. D'al-

<sup>227</sup> La reazione "violenta", d'altro canto, può neppure essere fruttuosa: cfr. Trib. Milano, 16 dicembre 2008, n. 14883, cit., e App. Milano, 19 agosto 2011, n. 2359, cit.

<sup>228</sup> Non potendosi configurare un diritto, in capo al medico, di obiezione di coscienza *positiva*: cfr. F. MASTROMARTINO, *Contro l'obiezione di coscienza positiva*, in *Ragion pratica*, 2015, p. 629, e P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. BORSELLINO, L. FORNI, S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, 2011, XXVII, 101, pp. 36-54.

<sup>229</sup> Così, priva di senso appare la lettera del sesto comma, art. 1, del disegno di legge n. 2801, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, laddove «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla

tro canto, laddove il rispetto della volontà negativa richieda, in capo al personale sanitario, non una semplice omissione, bensì una condotta *positiva*, ai fini della cessazione del trattamento in atto (lo spegnimento del macchinario o la rimozione di un sondino, per esempio), allora il paziente avrà il diritto di veder assecondata tale sua risoluzione e, a fronte dell'eventuale obiezione di coscienza (tale facoltà ammessa e non concessa) a quel punto eventualmente eccepita dal terapeuta, la struttura ospedaliera dovrà comunque attivarsi in tal senso, individuando un professionista in grado di ottemperare alle sue richieste<sup>230</sup>.

Certo che il medico non può tramutarsi in «mero registratore ed esecutore di volontà»<sup>231</sup>: ciò equivarrebbe a legittimare, come si vedrà<sup>232</sup>, persino il metodo Stamina, la cura Di Bella, la “nuova medicina germanica” di Hamer e tutte le altre terapie “alternative” o presunte “naturali” che da sempre alimentano le speranze e le illusioni di tanti pazienti. Non si può o deve fare, quindi, tutto ciò che l'ammalato richiede: il *discrimen*, appunto, è garantito dal sapere professionale e dalle leggi dell'arte, che non possono essere deformate da una determinata volontà *positiva* del diretto interessato – seppur compiutamente edotto quanto alle caratteristiche del trattamento che egli pretende, nonché riguardo alla sua infondatezza scientifica o, addirittura, circa la sua stessa pericolosità o dannosità. La volontà del paziente, però, non può continuare ad essere considerata un elemento di disturbo per il medico che “fa il suo mestiere”, laddove, nella migliore delle ipotesi, l'ammalato è considerato strutturalmente incapace anche solo d'incamerare e gestire la quantità di informazioni che gli vengono di

---

deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». «A fronte di tali richieste», infatti, il medico ha, per converso, un preciso obbligo professionale: quello di rifiutare al paziente l'esecuzione del trattamento sanitario contrario – per l'appunto – alla legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali.

<sup>230</sup> V. *infra*, cap. III, § 14, *Il caso del paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile*. Inoltre, sia qui consentito rinviare a S. CACACE, *A proposito di scienza e diritto: il «caso Stamina» (ma non solo). Libera scelta della cura e tutela della salute: là dove il dovere del medico s'arresta*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 109. Cfr. altresì A. VALLINI, *Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 495; P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in *D&Q*, 2009, 9, p. 65; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., p. 173; V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 403; M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014, e P. VERONESI, *Tra deontologie e obiezioni di coscienza: il sempre attuale problema del limite*, in *Riv. BioDiritto*, 2016, p. 9. Cfr. altresì il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica *Obiezione di coscienza e bioetica*, 30 luglio 2012, in [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html).

<sup>231</sup> Trib. Milano, 16 dicembre 2008, n. 14883, cit.

<sup>232</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, § 4, *L'affaire Stamina ovvero di un'irragionevole volontà*.

necessità somministrate, nell'impossibilità di colmare in maniera per lo meno soddisfacente l'asimmetria fra curante e curato. Per converso, le decisioni e le indicazioni del paziente delineano, in sede penale, civile e disciplinare, i confini e i contenuti della posizione di garanzia rivestita dal professionista, che non può comunque mai, in un delirio d'onnipotenza, né «vedersela col dio» del diretto interessato né sostituirsi, letteralmente, a Dio – decidendo cosa sia, oggettivamente e soggettivamente, il meglio. Andare in sala operatoria con la consapevolezza di non poter trasfondere equivale a non poter utilizzare, fra le dieci tipologie di bisturi disponibili, quella oggetto del rifiuto previamente opposto dall'ammalato; tuttavia, trattasi di volontà che modifica gli strumenti del gioco, non le sue regole: il medico procede all'intervento senza emotrasfusione solo laddove lo ritenga realizzabile secondo diligenza o, comunque, preferibile al non-intervento, però apprestando preventivamente tutte le cautele idonee alla cura di tali, peculiari (*special needs*) pazienti (come "speciale" è un cardiopatico, un diabetico o una persona di cent'anni). Certo, laddove nel corso dell'operazione fosse la negligenza sanitaria a render necessario il sangue altrui, potrebbe persino eccipirsi, ai sensi dell'art. 1227 c.c., la natura "colposa" di tale diniego (che priva il creditore di una *chance* di sopravvivenza e/o di guarigione), se non, addirittura, un'interruzione del nesso causale<sup>233</sup>. D'altro canto, vero è che la riduzione del pregiudizio che il medico e il suo assicuratore dovranno eventualmente liquidare non potrebbe in alcun modo giustificare la compressione di un diritto fondamentale, quale è quello di rifiutare un determinato trattamento: il rischio *aumentato*, derivante dalle particolari convinzioni del danneggiato, grava esclusivamente, s'è visto<sup>234</sup>, sul terapeuta. Ciò che conta, certo, è che si tratti di volontà proveniente da persona capace d'intendere e di volere, mentre una presunta irrazionalità del diniego non è sindacabile.

La tentazione, allora, potrebbe ben essere di non curare i testimoni di Geova, non accettarne il ricovero ospedaliero, nell'impossibilità di "trattarli" al meglio e al massimo delle conoscenze scientifiche disponibili e nell'incapacità di tollerarne istanze ritenute irrazionali. Problema del tutto simile, invero, a quello del soggetto in stato vegetativo per il quale s'intenda procedere alla rimozione del sondino nasogastrico per l'alimentazione ed idratazione artificiali, sulla base di una ricostruzione della di lui volontà nel senso dell'interruzione di tale trattamento<sup>235</sup>. Al riguardo, infatti,

---

<sup>233</sup> Cfr. Trib. Roma, 15 settembre 2010, n. 18332, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 968, con commento di S. D'ERRICO, E. TURILLAZZI, *Dissenso alla trasfusione di sangue e nesso causale fra omesso intervento e decesso del paziente: il giudizio valutativo evita un'improbabile proporzione statistica*.

<sup>234</sup> Cfr. *supra*, cap. II, § 2, *Un figlio, seppur sano, non è sempre una benedizione*.

<sup>235</sup> V. TAR Lombardia, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, in *Guida dir.*, 2009, 7, p. 87, con commento di G. PALLIGIANO, *Pratiche di sostegno vitale della persona equiparate alle pratiche*

l'accettazione da parte di una struttura sanitaria pubblica «non può essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale»<sup>236</sup>, quale è il diritto ad interrompere/rifiutare il trattamento cui si è sottoposti. È il Servizio Sanitario Nazionale<sup>237</sup>, il quale né può indebitamente limitare il diritto dei propri assistiti ad autodeterminarsi in ordine alle terapie né può addirittura preselezionare gli ammalati meritevoli d'attenzione, sulla base di caratteristiche fisiche o psichiche, di opzioni religiose, filosofiche o ideologiche. Per questi medesimi motivi, la scelta non è, per il paziente, fra il completo affidamento alle cure che i medici ritengono adeguate, da una parte, e abbandonare l'ospedale, firmando le proprie dimissioni, dall'altra. Erroneamente, invece, il Giudice prospetta quest'alternativa, addirittura inferendo l'incapacità decisionale della puerpera dalla mancata visualizzazione di simile possibilità: per non essere trasfusa, andare via, proprio come se la libertà terapeutica potesse esprimersi solo lontano dai medici e senza il loro diretto coinvolgimento. Da ultimo, se non con le dimissioni, l'emotrasfusione avrebbe potuto essere evitata «rifiutando anche l'intervento»; peccato, però, che la prospettiva sia completamente da capovolgere: per essere sottoposta all'intervento, la signora avrebbe dovuto acconsentire *anche* all'emotrasfusione. La volontà della paziente – nei termini di un diniego al prezzo stesso della vita – viene considerata non sufficientemente provata, quindi: in questo caso, la dimostrazione dell'inadempimento (mancata acquisizione del necessario consenso, ma anche: violazione del dissenso) e il nesso eziologico (il paziente avrebbe rifiutato l'intervento, laddove adeguatamente informato, ma anche: il paziente aveva effettivamente rifiutato l'intervento, ma non è stato ascoltato) finiscono per coincidere e confondersi. D'altro canto, a fronte della mancata prova – gravante, s'è detto, sul medico – di aver diligentemente informato, non si è ritenuto, però, che l'attrice abbia soddisfatto

---

*terapeutiche*; in *Gior. dir. amm.*, 2009, p. 267, con nota di A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto*; in *Studium iuris*, 2009, p. 484, con commento di A. SCALERA, *Alimentazione e idratazione artificiale*; in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, p. 981, con nota di V. MOLASCHI, *Riflessioni sul caso Englaro. Diritto di rifiutare idratazione ed alimentazione artificiali e doveri dell'Amministrazione sanitaria*; in *Foro it.*, 2009, III, c. 238, con commento di A. PALMIERI, *In tema di sanità pubblica*; in *Arch. giur. «Filippo Serafini»*, 2009, p. 169, con nota di C. SARTEA, S. ANZILOTTI, *Una pronuncia amministrativa ed i suoi limiti. Ancora sul caso «Englaro»*, e in *Foro it.*, 2010, III, c. 100, con nota di D. MALTESE, *Sul caso E.: decreto camerale e ricorso straordinario per Cassazione*; Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 04460, cit., e TAR Lombardia, Sez. III, 6 aprile 2016, n. 650, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1198, con commento di C. FAVILLI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione nel caso Englaro*, e in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 293, con commento di C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*. Per una trattazione approfondita, cfr. *infra*, cap. III, § 14, *Il caso del paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile*.

<sup>236</sup> Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 04460, cit.

<sup>237</sup> Cfr. anche N. POSTERARO, *Assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia e rimborso delle spese sostenute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 489.

l'onere di dimostrare d'aver opposto un valido diniego: *ergo*, di dimostrare il rapporto causale fra l'emotrasfusione e il danno derivantene.

### 11. *Il danno della vita salvata*

Secondo il Giudice milanese<sup>238</sup>, peraltro, quand'anche il dissenso fosse stato accertato, la condotta del personale sanitario sarebbe stata scriminabile grazie alla verifica di uno stato di necessità. S'è detto<sup>239</sup> come questo sia certamente un problema di gerarchia delle fonti (l'applicazione di un articolo del codice deve conformarsi al dettato costituzionale); si tratta, però, anche di rischiare di vanificare il senso stesso dell'autodeterminazione individuale in ambito terapeutico: se il medico, infatti, può fare ciò che vuole quando il paziente è in pericolo di vita, e proprio quando si tratta, quindi, delle decisioni "estreme", delle scelte più drammatiche e "ad alto tasso esistenziale" (la morte o la gamba amputata; la morte o la violazione di precetti religiosi; la morte o una vita ritenuta non degna, perché afflitta da sofferenze considerate inaccettabili), allora quella del consenso informato è una beffa, una farsa. La scienza e coscienza di colui che soccorre non può sostituirsi alla coscienza di colui che tale soccorso non vuole; tantomeno, poi, si può ragionare – come, invece, fa il Giudice ambrosiano – in termini di «un'indennità, equitativamente liquidata in misura corrispondente a quella che potrebbe essere liquidata a titolo risarcitorio». Il pregiudizio di cui si discorre concerne esclusivamente, infatti, l'autodeterminazione individuale: di conseguenza, se questa è stata scientemente violata, non esiste stato di necessità che tenga, mentre quest'ultimo è configurabile solo qualora non sia stata manifestata (perché non *manifestabile*) una volontà giuridicamente valida – e non sarà mai possibile, allora, prospettare l'oltraggio di qualcosa che non si è verificato. Inoltre, se, da una parte, i sanitari procedono – può darsi – nella convinzione che il testimone di Geova non stia esprimendo un diniego *reale*, costoro agiscono pur sempre, dall'altra, senza il lasciapassare del suo consenso, forse addirittura certi che questa determinata tipologia di ammalati non sia neppure *in grado* di accettare l'emotrasfusione, al contempo, però, aspettando o silentemente chiedendo che sia il giudice o il terapeuta a farlo al posto loro – *costringendoli*, quindi, a rimanere vivi. Peraltro, non v'è consenso presunto o putativo che si possa qui prospettare<sup>240</sup>: v'erano il

<sup>238</sup> Trib. Milano, 13 maggio 2015, n. 6052, cit.

<sup>239</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 5, *La liceità del trattamento sanitario e l'art. 5 c.c.*

<sup>240</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 8, *Il consenso presunto*. V. A. FIORI, D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 57 ss.; M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., pp. 387 ss., F. VIGANÒ, *sub art. 50*, in E. DOL-

tempo e le condizioni perché l'ammalato assentisse – ma ciò non è avvenuto. È un medico che interviene per sollevare l'assistito dalla responsabilità della scelta, laddove l'imperativo, per converso, dovrebbe essere quello di accettarle, queste decisioni, e definitivamente: senza sindacato alcuno e rinunciando ai sistematici tentativi d'indebolirne la forza. Come i primi cristiani preferivano la morte – condannati *ad belvas* – anziché rinnegare la loro fede, così per il Testimone di Geova sono in gioco risurrezione e salvezza eterna: la pervicacia, anche a fronte della certezza dell'*exitus* finale, non può che essere rispettata, benché non condivisa.

La seconda notazione concerne il pregiudizio liquidabile: ecco, il Giudice osserva che, se anche ci fosse stato, sarebbe stato, invero, di poco conto, perché la supposta sofferenza psichica della diretta interessata non ha presentato né una durata né esiti ritenuti *importanti*. Del resto, già in altra sede<sup>241</sup> s'è considerata la necessità di valutare seriamente, invece, un simile pregiudizio, laddove il paziente avrebbe persino preferito la morte, pur di non subirlo; che i medici sappiano, quindi, quanto disvalore l'ordinamento riconosce alla loro condotta, benché salvifica (è la deterrenza, nulla di più): altrimenti si accantonino, e una volta per tutte, la quantità di enunciazioni di principio, giurisprudenziali, dottrinali e anche normative, volte a consacrare la superiorità della libertà personale su una nozione oggettiva di salute e sopravvivenza.

Si tratta, in definitiva, d'insegnare al medico, già all'università, a curare secondo la personale dignità del curato, senza la pretesa d'essere investito di una missione superiore ed assoluta, nonché a dire la verità al proprio paziente, per recuperare e ristrutturare il rapporto fiduciario che dovrebbe legarli. Il contrattare del dovere d'informare, peraltro, non è tanto e solo il diritto d'essere informato, quanto, ancora, il dovere di esserlo, al fine di adottare e poi gestire tutte le decisioni terapeutiche senza delegare ad alcuno. A guardare la giurisprudenza, del resto, la percezione è che il medico non venga mai, comunque, *condannato*: né qualora abbia salvato la vita *contra voluntatem aegroti* né quando questi sia stato lasciato morire, rispettandone le istanze. In altri termini: la volontà andrebbe rispettata, ma il sanitario "se la deve sentire".

In altra occasione, invece, il tribunale fiorentino<sup>242</sup> risarcisce il danno

---

CINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, I, pp. 106 ss. V. GIP Trib. Torino, 15 gennaio 2013 (ord.), in *ArchivioPenale.it*, 2014, p. 23, con commento di J. DE LILLO, *Dissenso informato e trattamento sanitario salvavita terapeutico*; in *Corr. mer.*, 2013, p. 862, con nota di A. VALSECCHI, *Testimone di Geova sedato con l'inganno ed emotrasfuso contro la sua volontà: quale rilevanza penale?*, e in *Dir. pen. cont.*, 21 maggio 2013, con commento di F. VIGANÒ, *Emotrasfusione nonostante il dissenso del paziente testimone di Geova: assolti i medici per errore inevitabile sulla legge penale*.

<sup>241</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 11, *Nesso causale e risarcimento del danno*. V. anche S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso d'ogni equivoco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 547.

<sup>242</sup> Trib. Firenze, 2 dicembre 2008, in *Resp. civ.*, 2009, p. 899, con commento di C. MI-

non patrimoniale per l'emotrasfusione eseguita nonostante il dissenso espresso dalla paziente – pur a séguito delle «esaurenti, approfondite e complete informazioni», fornite dai medici «in modo encomiabilmente deontologico». Non v'è colpa addebitabile all'operato dei sanitari né danno biologico alcuno sofferto da parte attrice: solo, si tratta della lesione del diritto «alla non futile sua autodeterminazione nel non consentire il trattamento salva-vita della trasfusione di sangue, fondato sul proprio convincimento religioso tutelato dalla Costituzione, costituente un limite invalicabile di rispetto della persona umana, nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive».

Del resto, alcuni possibili criteri od elementi per una quantificazione di questo danno vengono suggeriti dal tribunale torinese<sup>243</sup>: la natura radicata e sedimentata dell'esperienza di fede della paziente (che si traduce in una trentina d'anni di rispetto delle medesime convinzioni religiose); la paura di un avvenuto contagio, a séguito dell'emotrasfusione nascostamente praticata – timore comunque destinato ad affievolirsi con il trascorrere del tempo; la *permanenza* del pregiudizio arrecato alla pratica confessionale dell'attrice, conseguente alla necessaria convivenza con il sangue del donatore; l'insorto disagio in ambito familiare, derivante da una supposta incapacità di protezione, da parte del coniuge, a beneficio dell'ammalata; infine, il sofferto senso di tradimento nei confronti dei medici curanti, cui pure l'interessata si era completamente affidata. Orbene, a parere di chi scrive, un'ulteriore riflessione è d'obbligo: se davvero questo danno possa solo concernere la violazione di un diritto fondamentale alla libertà personale e religiosa, nonché all'individuale autodeterminazione in ambito terapeutico, e non possa altresì estendersi, in qualche modo, alla mortificazione dello stesso diritto alla salute. In altri termini, qualsivoglia trattamento sanitario realizzato nonostante la contraria volontà dell'ammalato sarebbe ben suscettibile di configurare un pregiudizio anche e strettamente biologico, conseguente all'avvenuta violazione della sfera d'integrità psico-fisica: il corpo è stato *toccato*, è stato *invaso*, oltre la soglia contrassegnata dal suo titolare. A non essere stata rispettata, in definitiva, è proprio la personale concezione di benessere e di salute, laddove, peraltro, la lesione alla libertà religiosa avviene proprio per il tramite

---

GHELA, *Trasfusioni eseguite contro la volontà del paziente e risarcimento del danno da lesione della libertà di autodeterminazione*: nel caso di specie, peraltro, il Giudice toscano motiva i soli tremila euro liquidati a fronte dell'incertezza giurisprudenziale sussistente in materia al momento del fatto, nonché, a suo tempo, del convincimento, in capo al personale sanitario, d'agire per la salvaguardia del *best interest* dell'ammalato e in conformità, altresì, al Codice deontologico medico; inoltre, tali medesimi elementi vengono valutati ai fini di una decisione che integralmente compensa le spese del giudizio.

<sup>243</sup> Trib. Torino, 13 aprile 2011, n. 2533, cit.: si tratta, in particolare, del danno da lesione «del diritto di libertà personale di identità religiosa», quantificato in circa 38.000 euro.

di quest'altra lesione, quella inflitta al corpo: in questo senso, essa risulta quantomeno *aggravata* dal mezzo dell'offesa – e il giudice non può non tenerne conto<sup>244</sup>.

Nel caso fiorentino, peraltro, la sensazione è che dalla lesione del diritto si pervenga senza ulteriore colpo ferire alla sussistenza di un pregiudizio, la cui prova, quindi, sembra considerarsi *in re ipsa*. Del resto, l'ipotesi del violato dissenso al trattamento sanitario risolve di per se stessa, come già s'è avuto modo di evidenziare<sup>245</sup>, la questione della dimostrazione di un nesso eziologico: *id est*, la prova che il paziente, laddove adeguatamente edotto, avrebbe rifiutato l'atto medico. Il diniego, infatti, non è qui solamente ipotetico od eventuale o *ex post* ricostruito; d'altro canto, il fatto stesso che l'ammalato avrebbe preferito, per esempio, ottemperare alle indicazioni della sua fede religiosa piuttosto che aver salva la vita comprova la sussistenza di un danno: non *in re ipsa*, certo, ma comunque suscettibile di una dimostrazione *alleggerita*, per presunzioni – che benefici, in ipotesi, altresì della valutazione di fattori quali quelli sopra elencati.

All'affermazione di un diritto, invero, non consegue necessariamente una soddisfacente sua tutela: il problema, in particolare, verte proprio attorno al *quantum* del risarcimento eventualmente liquidato – e per quale danno. Il rischio, certo, è quello di una riparazione *irrisoria*, a fronte di un pregiudizio di natura tutt'altro che bagatellare. I problemi, s'è detto<sup>246</sup>, sono svariati: *in primis*, la riparazione di questa specifica voce di danno non patrimoniale (da mera violazione del consenso informato) è oggetto di esplicita esclusione – come altresì rileva il tribunale fiorentino per il caso di specie alla sua attenzione – in seno alle polizze assicurative solitamente stipulate dai medici. Alcune compagnie, infatti, introducono, all'interno dei loro contratti, riferimenti precisi in merito al consenso informato: per esempio, la garanzia s'intende operare a patto che la prestazione medica sia stata preceduta dall'acquisizione di tale consenso; in mancanza, la copertura assicurativa prevede l'applicazione di uno scoperto (che, ragionevolmente, può attestarsi sul 10% dell'intero sinistro). Ancora, la garanzia può non operare affatto per la responsabilità imputabile esclusivamente ad assenza del consenso informato ovvero per i danni derivanti dalla mancata acquisizione del consenso informato: perciò non escludendosi, al ricorrere di tali presupposti, che il sanitario si ritrovi a dover pagare di tasca propria anche pregiudizi economicamente importanti, di natura – questa volta – strettamente biologica (laddove, per esempio, un'alea

---

<sup>244</sup> Cfr., anche per le considerazioni che seguono, S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso d'ogni equivoco*, cit.

<sup>245</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 10, *Il rifiuto dell'emotrasfusione*.

<sup>246</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 11, *Nesso causale e risarcimento del danno*. Il medico dipendente, inoltre, può altresì essere condannato per danno erariale: v. Corte dei Conti, Regione Sicilia, 26 aprile 2010, n. 828, in *www.altalex.it*.

si sia realizzata e il paziente abbia dimostrato che avrebbe rifiutato ovvero laddove il paziente abbia rifiutato, l'emotrasfusione sia stata comunque eseguita e da questa, infine, l'ammalato abbia contratto l'epatite).

## 12. Il rifiuto delle cure in Francia

Anche in materia di dissenso del paziente, l'ordinamento francese gode di un'esplicita previsione normativa: l'art. L. 1111-4 del *Code de la santé publique*, infatti, dispone che «toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif. Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Elle peut faire appel à un autre membre du corps médical. L'ensemble de la procédure est inscrite dans le dossier médical du patient<sup>247</sup>. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L. 1110-10. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment»<sup>248</sup>.

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa, precedente e successiva all'articolazione di suddetta norma, non sembra dividerne appieno i principi, laddove definisce sì la violazione del rifiuto (chiaro e non equivoco) opposto dall'ammalato cosciente una grave ed illecita lesione della libertà individuale (quale libertà *fondamentale*), al contempo autorizzando, però, l'inosservanza di tale volontà nel caso di serio pericolo per la vita

---

<sup>247</sup> D'altra parte, tale reiterazione del rifiuto, se ben risponde ad opportune esigenze di ponderazione di una decisione capitale, mal si coniuga con situazioni di urgenza pressoché assoluta, facilmente configurabili, per esempio, proprio dinanzi alla necessità di procedere con un'emotrasfusione. Al riguardo, v. la seduta dell'*Assemblée Nationale* del 26 novembre 2004, il cui dibattito è riportato in *JOAN*, 27 novembre 2004, p. 10181.

<sup>248</sup> V. P.-L. VIDAL, *Le droit au refus de soins du patient: noli me tangere*, in *RDS*, 2013, p. 244; Y. LACHAUD, *Le droit au refus de soins après la loi du 4 mars 2002: premières décisions de la juridiction administrative*, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 1729; J. BONNEAU, *La clause de conscience et le droit médical*, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 1014; J.P. GRIDEL, *Le refus de soins au risque de la mort*, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 997; A. GARAY, *La reconnaissance légale du refus de soin*, in *Gaz. Pal.*, 2000, p. 1132, e F.-J. PANSIER, *Transfusion et religion*, in *Gaz. Pal.*, 1995, p. 42. Infine, cfr. AA.VV., *Le consentement aux actes médicaux, colloque*, numero speciale della *Gazette du Palais*, 5 gennaio 1999, pp. 1 ss.

del paziente<sup>249</sup>. Ciò al ricorrere, del resto, di specifiche condizioni: 1) che il personale sanitario si sia preliminarmente adoperato al fine di persuadere l'interessato a sottoporsi alle cure indispensabili; 2) che l'atto compiuto sia necessario alla sopravvivenza dell'assistito e sia volto, quindi, a salvarne la vita stessa; 3) che tale trattamento, infine, sia proporzionato alle condizioni di salute dell'ammalato<sup>250</sup>.

Ancora differente la visuale offerta dalla *Charte de la personne hospitalisée* (circolare n. 2006-90 del 2 marzo 2006)<sup>251</sup>, laddove il personale sanita-

<sup>249</sup> Cfr. A. GARAY, *Volontés et libertés dans la relation médecin-malade: la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2003, 10, p. 162. V. G. CLERCO, C. PONTE, *Le refus de soins, une problématique pluridimensionnelle: quand le juridique se fait éthique*, in *Petites Affiches*, 2009, 118, p. 7; V. EDEL, *Le refus de soins*, in *Petites Affiches*, 2007, 250, p. 9; B. MATHIEU, *De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie. Réflexions sur la jurisprudence administrative relative à la transfusion des témoins de Jéhovah*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2003, 9, p. 97; J.-H. SOUTOUL, J. BERTRAND, F. PIERRE, *L'accoucheur face aux juges*, Ellipses, Parigi, 1997, pp. 137 ss.; A. GARAY, S. GROMB, *Consentement éclairé et transfusion sanguine. Aspects juridiques et éthiques*, ENSP, Rennes, 1996, e J.-H. SOUTOUL, J. LAUGIER, *La responsabilité médicale et les problèmes médico-légaux en néonatalogie*, Maloine, Parigi, 1991, pp. 192 ss. Cfr. anche l'avis n. 87 del Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Refus de traitement et autonomie de la personne*, 14 aprile 2005. Più in generale, v. E. DELEURY, D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 2002.

<sup>250</sup> Cons. État, 26 octobre 2001, in *JCP G*, 2002, II, p. 10025, con annotazioni di J. MOREAU; in *Méd. droit*, 2001, 51, p. 28, con annotazioni di P. BICLET, *Privilégier l'obligation de sauver la vie du patient sur l'obligation de respecter sa volonté ne peut constituer une règle*; in *Petites Affiches*, 2002, 11, p. 18, con commento di C. CLEMENT, *Le médecin, son obligation de soins et la volonté du malade*, e in *Rev. gén. droit méd.*, 2002, 1, p. 41, con commento di L. DUBOIS, *Le refus de soins: qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu?* V., poi, Cons. État, 16 août 2002, n. 249552, in *JCP G*, 2002, 48, II, p. 10184, con commento di P. MISTRETTA, *Transfusion sanguine: Jéhovah ne résiste pas à Hippocrate!*; in *D.*, 2002, pp. 2581-2582; in *Gaz. Pal.*, 2003, p. 1470, con commento di J. BONNEAU, *La raison proportionnée en droit médical ou l'empirisme logique. Le refus de soins et ses limites (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 août 2002)*; in *Petites Affiches*, 2003, 85, p. 12, con commento di F. MELIN, e in *Resp. civ. assur.*, 2002, p. 4. In materia, infine, v. D. BERTHIAU, *Comprendre le principe d'autonomie en droit de la santé*, in *Méd. droit*, 2006, p. 53; C. CLEMENT, *Référé «liberté fondamentale» et refus de soins*, in *Petites Affiches*, 2003, 61, p. 4; l'intervista a J. PENNEAU, *Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical*, in *D.*, 2002, pp. 2877-2879; I. CORPART, *Absence de faute médicale et respect par le médecin de son obligation d'information*, in *JCP G*, 2007, 28, p. 25, commento a App. Aix-en-Provence, 21 décembre 2006, n. 325829; C. ROUGE-MAILLART, T. GACHES, N. JOUSSET, M. PENNEAU, *Refus de soins du patient, le problème épineux des témoins de Jéhovah*, in *Presse Méd.*, 2004, 4, p. 223; C. ROUGE-MAILLART, T. GACHES, N. JOUSSET, A. GAUDIN, M. PENNEAU, *Le refus de soins des témoins de Jéhovah: une jurisprudence claire, une pratique médicale difficile*, in *Journ. méd. lég. droit méd.*, 2004, 8, p. 357; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Kant contre Jéhovah? Refus de soins et dignité de la personne humaine*, in *D.*, 2004, 44, p. 3154; S. GABORIAU, H. PAULIAT (a cura di), *Justice, éthique et dignité: actes du colloques organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004*, Presses Universitaires de Limoges, Limoges, 2006, e S. PORCHY-SIMON, *Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002*, *Resp. civ. ass.*, 2002, p. 4.

<sup>251</sup> Cfr., da ultimo, le considerazioni di J.-B. THIBERT, *Le regard d'un praticien. «Refus de transfusion sanguine: la fin de l'acte indispensable et proportionné à la lumière de la loi du 2 février 2016?»*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2016, 59, p. 123.

rio è sempre tenuto al rispetto del rifiuto del paziente, reiterato nell'arco di un lasso di tempo ritenuto ragionevole per le peculiarità del caso concreto – e ciò nonostante l'opera di persuasione già praticata dal medico stesso. Peraltro, l'*imbroglio* risiede qui nel richiesto grado di ponderazione e maturazione della decisione dal malato in tal senso adottata; infatti, il dovere d'assistenza del professionista comunque domina sul dissenso espresso: 1) nelle situazioni d'urgenza e di pericolo per la vita stessa del paziente; 2) laddove l'interessato non abbia potuto beneficiare del lasso di tempo minimo necessario per *réitérer* la sua volontà in tutta cognizione di causa.

Si prospetta, in questo modo, una vera e propria *obligation d'agir*<sup>252</sup> in capo alla comunità medica tutta; ancora una volta, manifesta è la discrasia fra principi enunciati e regole, alla fine, applicate. Così, il tribunale amministrativo lionese<sup>253</sup> riconosce come nessuna libertà, benché *fondamentale*, sia generale o assoluta; saranno le caratteristiche della fattispecie concreta a guidare, di volta in volta, il personale sanitario nel bilanciamento fra i due, contraddittori doveri: salvare il malato e rispettarne la volontà. Se, per esempio e come nel caso di specie, il paziente non versa in condizioni "estreme", la struttura sanitaria deve astenersi dall'esecuzione della rifiutata emotrasfusione<sup>254</sup>.

In definitiva, quest'*ordre public de conservation de la vie*<sup>255</sup> relativizza il

<sup>252</sup> Cfr. Adm. App. Paris, 9 juin 1998, *Donyon c/ AP-HP*, e *Senanayake c/ AP-HP*, in *Petites Affiches*, 1999, 81, p. 11, con commento di G. MEMETEAU, *Refus de soins et traitement imposé par le médecin: la conciliation de valeurs opposées*, e in *Gaz. Pal.*, 1999, p. 84, con nota di J.-B. BLADIER. V. L. FRIOURET, *Le refus de soins salvateurs ou les limites de la volonté du malade face à l'ordre public de conservation de la vie*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2005, 15, pp. 99 ss. Infine, cfr. altresì D. ROMAN, *Le respect de la volonté du malade: une obligation limitée?*, in *Rev. droit san. soc.*, 2005, p. 423; A. GARAY, *Consentement du patient et urgences transfusionnelles*, in *Méd. droit*, 2000, 44, p. 16, e P. KOURI, C. LEMIEUX, *Les témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements: problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du Code civil du Québec*, in *R.U.D.S.*, 1995, 26, pp. 79 ss.

<sup>253</sup> Trib. adm. Lyon, 9 août 2002, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 258, con commento di J. PANSIER, *Droits des patients de refuser toute transfusion sauf en cas de danger immédiat*. V. altresì Trib. adm. Lille, ord. réf., 25 août 2002, in *D.*, 2002, p. 2581, e Cons. État, 27 janvier 1982, in *D.*, 1982, p. 275, con osservazioni di J. PENNEAU.

<sup>254</sup> *Contra*, v. il commento di J. CARBONNIER a Trib. Lille, 18 mars 1947, in *D.*, 1957, p. 507: «Il faut concevoir l'inviolabilité de la personne humaine comme une liberté immatérielle, qui a son siège moins dans le corps que dans la personnalité (...). On croira malaisément qu'il devient plus acceptable d'imposer une opération à un individu par cela seul que cette opération est bénigne. Qu'importe qu'il n'y ait pas mutilation, que l'incision dans les chairs soit superficielle? Ce n'est pas la chair qui est protégée, mais un sentiment, un quant-à-soi, une liberté et ils seront blessés d'identique manière quelle que soit la nature de l'intervention envisagée». Cfr. anche S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. PICARD, *Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Parigi, 2004.

<sup>255</sup> L. FRIOURET, *Le refus de soins salvateurs ou les limites de la volonté du malade face à l'ordre public de conservation de la vie*, cit., p. 103. V. pure E. TERRIER, *Obligations de soins, autopsie de conflits juridiques*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2010, 35, p. 187.

valore della volontà individuale e autorizza il medico, per l'appunto, ad ignorare un eventuale dissenso<sup>256</sup>. D'altra parte, la decisione e l'atto di *annuler la parole* del testimone di Geova (o del paziente che si oppone, a prescindere dalla sua fede) non dovrebbe potersi giustificare, *a posteriori*, con la mera considerazione che l'emotrasfusione gli ha, concretamente, salvato la vita. Invero, la questione non è tanto e solo la risarcibilità di un presunto *préjudice de vie* (di un danno non patrimoniale conseguente alla violazione di un diritto fondamentale; meglio sarebbe stato morire piuttosto che aver salva la vita in spregio dei propri precetti religiosi), bensì – ancor prima e soprattutto – la riconosciuta esistenza ed azionabilità di un *droit à la non-intervention d'un tiers sur son corps*, a prescindere dalle conseguenze che, poi, ne scaturiscano<sup>257</sup>. In questo senso, neppure un'evoluzione giurisprudenziale sempre più incline alla liquidazione di un *préjudice moral autonome*<sup>258</sup> a séguito della violazione delle *obligations d'humanisme* del medico (seppur in ipotesi di esito *fausto* e di guarigione dell'ammalato) può soccorrere il paziente testimone di Geova: è un problema di bilanciamento di valori, riguardo al quale le corti francesi hanno sinora formulato una risposta univoca – a prescindere, appunto, dal dato testuale della norma.

Per contro, la giurisprudenza francese mostra particolare sensibilità quanto alla legittimità/inviolabilità del rifiuto opposto all'intervento suscettibile di migliorare le condizioni di salute della vittima di un fatto illecito, nonché di ridurre, conseguentemente, il risarcimento dovuto dal

---

<sup>256</sup> V. il *Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins des 29 et 30 janvier 2004, Du droit au consentement au droit au refus de soins*, sul sito [www.conseil-national.medecin.fr/CNOM](http://www.conseil-national.medecin.fr/CNOM). D'altra parte, non può sanzionarsi penalmente il medico che abbia ottemperato alla volontà negativa del paziente: cfr. Cass. crim., 3 gennaio 1973, in *D.*, 1973, p. 220. *Contra*, v. la famigerata decisione *Garnier*: Cons. État, 29 juillet 1994, in *Rev. droit san. soc.*, 1995, p. 57, con nota di L. DUBOIS, *Doit-on sanctionner le médecin qui respecte le refus du malade de consentir à un traitement?*. Il rifiuto, poi, dev'essere possibilmente espresso per iscritto, prima di tutto nell'interesse del professionista: Cass. civ., Ch. I, 17 mai 1966, in *Bull. civ.*, I, n. 298, e Cass. civ., Ch. I, 7 novembre 1961, in *Gaz. Pal.*, 1962, p. 249. Peraltro, il personale sanitario non può neppure mostrarsi troppo facilmente accondiscendente verso il rifiuto del malato: Cass. civ., 7 novembre 1961, cit.; App. Toulouse, 15 février 1971, in *Gaz. Pal.*, 1972, p. 35; App. Paris, 20 juin 1960, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1960, p. 647, con nota di A. TUNC, e in *Gaz. Pal.*, 1960, p. 169. Infine, cfr. J.L. CHAGNON, V. FOURNIER, *Fallait-il transfuser contre son gré Madame G., témoin de Jéhovah?*, in *Médecine et Droit*, 2003, 62-63, p. 133; D. BLONDEAU, E. GAGNON, *De l'aptitude à consentir à un traitement ou à le refuser: une analyse critique*, in *Cahiers de Droit*, 1994, p. 651, e J.-L. BAUDOIN, *Le droit de refuser d'être traité*, in R.S. ABELLA, M.L. ROTHMAN (a cura di), *Justice Beyond Orwell*, Ed. Yvon Blais, Montréal, 1985, p. 207.

<sup>257</sup> L. FRIOURET, *Le refus de soins salvateurs ou les limites de la volonté du malade face à l'ordre public de conservation de la vie*, cit., p. 111, e J. SAISON-DEMARS, C. LEUZZI-LOUCHART, L. TILMAN, F. PUISIEUX, N. BOUGHRIET, F. COLLIER, D. MATHIEU, *Consentement et refus de soins: mythe ou réalité de l'autonomie du patient?*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2015, 57, p. 11.

<sup>258</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 15, *Informazione e responsabilità: i francesi cambiano idea*. V. altresì Adm. App. Nantes, 23 mars-20 avril 2006, n. 04NT00534, in [www.droitdesreligions.net](http://www.droitdesreligions.net).

soggetto danneggiante. In proposito, s'è visto<sup>259</sup>, tale diniego *colposo* potrebbe persino comportare un *partage* di responsabilità<sup>260</sup>: si tratterebbe, in particolare, di una colpa *di astensione*, perché sarebbe l'infortunato a doversi "sforzare" alla rieducazione e riqualificazione professionale<sup>261</sup>. Di conseguenza, se anche il danneggiato (e paziente) non viene fisicamente e materialmente costretto al trattamento sanitario, egli è certo quantomeno indirettamente condizionato e coartato a sottoporvisi, dinanzi alla prospettiva, altrimenti, di essere considerato in parte responsabile del pregiudizio finale da lui stesso patito (ovvero, in soldoni, di subire una decurtata liquidazione del danno).

D'altra parte, e a sostegno del principio d'integrale riparazione del danno, la Suprema Corte francese<sup>262</sup> ha negli anni (e anche molto recentemente) statuito che nessuno, al di fuori dei casi previsti dalla legge, può

<sup>259</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 10, *Il rifiuto dell'emotrasfusione*. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., pp. 288-289.

<sup>260</sup> Cass. crim., 30 octobre 1974, in *D.*, 1975, p. 178, con nota di J. SAVATIER; in *JCP G*, 1975, p. 8038, con commento di L. MORGEON; in *RTD civ.*, 1975, p. 18038, con osservazioni di G. DURRY, e in *Gaz. Pal.*, 1975, p. 67. Similmente, cfr. App. Lyon, 6 juin 1975, in *JCP G*, 1976, p. 18322; in *D.*, 1976, p. 415, con nota di J. SAVATIER, e in *Gaz. Pal.*, 1975, p. 610, e Trib. Lille, 18 mars 1947, in *D.*, 1947, p. 507, con nota di P. CARBONNIER. *Contra*, v. Cass. crim., 3 juillet 1969, in *JCP G*, 1970, p. 16447, con nota di J. SAVATIER, e in *RTD civ.*, 1969, p. 782, nonché App. Angers, 19 janvier 1955, in *JCP G*, 1955, p. 8531. V. pure A. GORNY, *La faute de la victime en droit de la santé: où en est-on en 2008?*, in *Gaz. Pal.*, 2008, 275, p. 5; M.-E. ARBOUR, *L'incidence du refus de traitement sur le droit à l'indemnisation de la victime d'un préjudice corporel: pour une interprétation conforme au respect des libertés de conscience et de religion*, in *Cahiers de Droit*, 2000, p. 627; G. MEMETEAU, *Volonté du malade opposée à l'intérêt du malade. Provocation à une réflexion hérétique*, in *R.D.U.S.*, 1988, 18, p. 265; G. DURRY, *La faute de refuser une transfusion sanguine*, in *RTD civ.*, 1975, p. 712; P.J. DOLL, *Des conséquences pecuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures*, in *JCP G*, 1970, p. 2351, e J. MALHERBE, *Médecine et Droit moderne*, Masson, Parigi, 1968, p. 177.

<sup>261</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 326.

<sup>262</sup> V. Cass. crim., 27 septembre 2016, n. 15-83.309, in *Rev. gén. droit assur.*, 2016, p. 525, con commento di J. LANDEL, *La victime non tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable, peut refuser les soins préconisés pour améliorer sa santé*; Cass. civ., Ch. I, 15 janvier 2015, n. 13-21.180, in *Rev. contr.*, 2015, p. 461, con commento di J.-S. BORGHETTI, *L'incidence du refus de soins sur le droit à l'indemnisation de la victime d'un dommage corporel*; in *Gaz. Pal.*, 2015, 77-78, p. 10, con commento di J. GUIGUE, *Conséquences d'un refus de soins sur l'aggravation d'un état pathologique*; in *JCP G*, 2015, p. 719, con nota di J. HOUSIER, *Nouveau revers pour l'obligation de minimiser son dommage*; in *Gaz. Pal.*, 2015, 105-106, p. 18, con commento di A. GUEGAN-LECUYER, *Au nom de l'article 16-3 du Code civil, le refus de soins ne peut pas justifier une limitation de la réparation intégrale*; in *D.*, 2015, p. 1075, con nota di T. GISCLARD, *La victime ne peut voir son indemnisation réduite pour avoir refusé des soins médicaux*, e in *Rev. Lamy droit civ.*, 2015, 124, p. 22, con commento di P. LOUVEL, *Absence d'obligation pour la victime de limiter son dommage*, e Cass. civ., 19 mars 1997, in *RTD civ.*, 1997, p. 675, con nota di P. JOURDAIN, e in *Petites Affiches*, 1999, 47, p. 16, con commento di I. LUCAS-GALLAY, *Le domaine d'application du droit au refus de soins: du nouveau?*.

essere costretto ad un intervento chirurgico, nonostante le richieste avanzate in tal senso dal responsabile dell'incidente e dal suo assicuratore. Ciò conformemente all'art. 16-3 del *Code civil*<sup>263</sup> e a prescindere, peraltro, dalla natura "pericolosa"<sup>264</sup> o meno del trattamento oggetto di rifiuto.

### 13. Il rifiuto delle cure in common law

Il dilemma rifiuto di cure/(accertamento della) capacità di colui che esprime tale volontà si ripropone in seno agli ordinamenti di *common law*, ove, più gravi appaiono le conseguenze di una determinata decisione, maggiore è, proporzionalmente, il livello di *capacity* richiesto in capo all'assistito – al fine, naturalmente, di rispettarne la scelta<sup>265</sup>. A tal proposito, in *Re MB*<sup>266</sup> vengono così analiticamente chiarite le modalità di valutazione della capacità del paziente di decidere e, soprattutto, di rifiutare:

---

<sup>263</sup> Cfr. G. FAURE, *Que bien légiférer est un art difficile! Bref commentaire du nouvel alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 16-3 du Code civil issu de la loi du 27 juillet 1999*, cit.

<sup>264</sup> Distinguono fra trattamenti *bénins* e non: Trib. Laval, 13 février 1967, in *D.*, 1968, p. 39, con nota di C.-J. LE ROY; Cass. civ., 13 janvier 1966, in *Gaz. Pal.*, 1966, p. 375; App. Chambéry, 22 décembre 1947, in *D.*, 1948, p. 172; Trib. Marseille, 23 septembre 1941, in *Gaz. Pal.*, 1941, p. 454; Cass. civ. 25 février 1941, in *Gaz. Pal.*, 1941, p. 564, e Trib. Hazebrouck, 20 juillet 1932, in *Gaz. Pal.*, 1932, p. 676. *Contra*, v. Cass. civ., 3 mai 2006, in *D.*, 2006, p. 1403, e Cass. civ., 19 juin 2003, in *D.*, 2003, p. 2326, con nota di J.-P. CHAZAL, «L'ultra-indemnisation»: une réparation au delà des *préjudices directs*, e in *JCP G*, 2003, p. 1933, con commento di C. CASTETS-RENARD, *La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable*. È invece "colposa" la decisione della paziente di non sottoporsi, nel corso della gravidanza, alle analisi che avrebbero rivelato i limiti e gli errori dell'avvenuta consulenza genetica: cfr. Adm. App. Paris, 6 octobre 2008, n. 07PA03630, in *AJDA*, 2009, p. 214, con commento di S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Conseil génétique et responsabilité: l'embarassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage*, che esclude qualsivoglia risarcimento del danno.

<sup>265</sup> A. HOCKTON, *The Law of Consent to Medical Treatment*, cit., p. 6. V. F.E. VARS, *Illusory Consent: When an Incapacitated Patient Agrees to Treatment*, in *Or. L. Rev.*, 2008, 87, p. 353; C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, cit., p. 309 ss., e R. CRAWFORD MORRIS, A.R. MORITZ, *Doctor and Patient and the Law*, Mosby co., St. Louis, 1971, pp. 147 ss.

<sup>266</sup> *Re MB* [1997] 2 F.L.R. 426 at 436-7. V. M. FREEMAN, A. LEWIS (a cura di), *Law and Medicine. Current Legal Issues 2000*, Oxfrod Scholarship Online, Oxford, 2000, pp. 269 ss.; R. HARPER, *Medical Treatment and the Law. The Protection of Adults and Minors in the Family Division*, Jordan Publishing, Bristol, 1999, pp. 55 ss., e N.K. BELL (a cura di), *Who Decides? Conflicts of Rights in Health Care*, Humana Press, Clifton, 1982, pp. 109 ss. V. altresì il *leading case* *Ciarlariello v. Schacter* (1993) 100 D.L.R. (4th) 609 (SCC), nonché la tutela apprestata al principio di autodeterminazione dalla *High Court* australiana in *Department of Health v. JWB and SMB* (1992) 66 ALJR 300 at 317-8. V. B.A. ARRIGO, J.J. TASCIA, *Right to Refuse Treatment, Competency to be Executed, and Therapeutic Jurisprudence: Toward a Systematic Analysis*, in *Law & Psychol. Rev.*, 1999, 23, p. 1.

1. in primo luogo, detta capacità si presume, salvo prova contraria;
2. inoltre, l'interessato può scegliere di sottrarsi ad un determinato intervento (per esempio, il taglio cesareo) per motivi religiosi o di ordine diverso, razionali o irrazionali (o per nessuna ragione addirittura), più o meno oggetto di approvazione all'interno della comunità sociale di riferimento, nonché a prescindere dalle possibili conseguenze derivantive<sup>267</sup>: la propria stessa morte, ovvero il decesso o il grave *handicap* del figlio atteso. Pertanto, non sussiste per le corti alcun margine d'intervento onde autorizzare il trattamento, né può rilevare il supposto ed eventuale migliore interesse del paziente;
3. la definizione di "irrazionalità" si presta a connotare unicamente quella decisione così «outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could arrived at it». Ciononostante, per quanto difficile sia accettare che simile irrazionalità possa convivere con una *competence to decide*, l'irragionevolezza (così come il panico o l'indecisione) non comporta, di per sé ed automaticamente, un giudizio d'incapacità, bensì costituisce, per lo più, mero sintomo o prova dell'incompetenza stessa. Per contro, tale affermazione non concerne il caso di «misperception of reality» (il sangue è avvelenato perché è rosso – questo l'esempio classico)<sup>268</sup>, la quale più facilmente configura, in effetti, un disordine mentale propriamente inteso;
4. di conseguenza, una persona è *competent* (quindi esente da *deficit* o disturbi mentali che la rendano incapace di prendere una decisione<sup>269</sup>)

---

<sup>267</sup> Cfr. *St George's Healthcare NHS Trust v. S.* [1998] 2 F.L.R. 728 at 739C. V. S. WEAR, *Informed consent. Patient Autonomy and Clinician Beneficence within Health Care*, cit., p. 14: «There is a recognition that decisions that appear to others to be unwise, tragic, or foolish must be acceptable as part and parcel of our status as free men and women. In sum, if we attempt to be overly protective in response to the possibility of "bad choices", or "insufficient" patient competence, freedom tends to evaporate in the process». Cfr. COUNCIL OF THE ROYAL COLLEGE OF SURGEONS OF ENGLAND, *Code of Practice for The Surgical Management of Jehovah's Witnesses*, RCSIENG, Londra, 2002; M. SWARTZ, *The Patient Who Refuses Medical Treatment: A Dilemma for Hospitals and Physicians*, in *Am. J. L. and Med.*, 1985, 11, p. 147, e J. KNOFF LEVY, *Jehovah's Witnesses, Pregnancy, and Blood Transfusions: A Paradigm for the Autonomy Rights of All Pregnant Women*, in *J.L. Med. & Ethics*, 1999, 27, p. 171.

<sup>268</sup> A. HOCKTON, *The Law of Consent to Medical Treatment*, cit., pp. 7 ss. V. anche A. NEHMENS, *Case comment: Constitutional Law – Wisconsin Supreme Court Interprets Competency Standard to Refuse Medical Treatment in Mentally Ill Patients – Outagamie County v. Melanie L.*, 833 N.W.2d 607 (2013), in *J. Health & Biomed. L.*, 2014, 10, p. 297; C. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., pp. 341 ss.; M. FIELD, V. SANCHEZ, *Equal Treatment for People with Mental Retardation*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, e A. GRUBB (a cura di), *Decision-Making and Problems of Incompetence*, Wiley, New York, 1994.

<sup>269</sup> Cfr. *Banks v. Goodfellow* [1870] L.R. 5 Q.B. 549, 569. V. anche B.C. WHITE, *Competence to Consent*, Georgetown University Press, Washington, 1994, e K.R. WOLFF, *Determining Patient Competency in Treatment Refusal Cases*, in *Ga. L. Rev.*, 1990, 24, p. 733. Cfr.

quando: 1) «comprehends and retains the relevant information», specialmente in ordine alle conseguenze derivanti dalla scelta di sottoporsi, o meno, al trattamento sanitario proposto; 2) «believe it», poiché, per esempio, un disordine compulsivo o una fobia può completamente annullare la fiducia che il paziente nutre nell'informazione ricevuta<sup>270</sup>; 3) è in grado di «weight it in the balance so as to arrive to choice»;

5. peraltro, è necessario considerare come alcuni «temporary factors» – quali confusione, shock, fatica, dolore o assunzione di droghe – possano completamente compromettere la capacità individuale<sup>271</sup>;

6. infine, anche panico e paura sono in grado di condizionare il paziente: d'altra parte, tali sentimenti possono sia essere giustificati da un motivo “razionale” di rifiuto avverso una determinata operazione, sia letteralmente paralizzare la volontà ed annientare qualsiasi capacità decisionale.

La tutela del rifiuto di cure è garantita anche laddove si tratti di una manifestazione “anticipata” della volontà negativa dell'interessato. In questo senso, poco o nulla rimane delle incertezze e/o perplessità dell'Europa continentale: non sono richiesti, infatti, requisiti formali di alcun tipo<sup>272</sup>, laddove il documento scritto non è indispensabile e la prova può avvenire anche grazie alla testimonianza di un'unica persona attorno ad una propria, precedente conversazione con il paziente, senza che risultino necessarie conferme di altra natura o derivazione. Certo, la direttiva anticipata dev'essere chiaramente espressa e determinata<sup>273</sup> ed importante appare un accertamento in ordine all'esistenza di un eventuale conflitto di interessi<sup>274</sup> fra il testimone e l'ammalato (sebbene sia senz'altro più agevole, com'è naturale, dimostrare l'avvenuta espressione di una volontà orale in presenza di più d'una persona in grado di deporre a proposito di più d'una conversazione intrattenuta con l'interessato). Infine, qualora sussistano dubbi in merito all'esistenza o ai contenuti di un precedente rifiuto, tale incertezza si risolve sempre a favore del principio di preservazione della vita.

---

K.M. LOMOND, *An Adult Patient's Right to Refuse Medical Treatment for Religious Reasons: The Limitations Imposed by Parenthood*, in *U. of Louisville J. of Fam. L.*, 1993, 31, p. 665.

<sup>270</sup> *Re C* [1994] 1 All. E.R. 891.

<sup>271</sup> Lord Donaldson in *Re T* [1992] 3 W.L.R. 782. V. A. GRUBB, *Principles of Medical Law. Fourth Cumulative Supplement*, Oxford University Press, New York, 2001, pp. 36 ss.

<sup>272</sup> *Contra*, v. il *Mental Capacity Act* (Regno Unito, aprile 2005), che ridimensiona la precedente disinvoltura giurisprudenziale: (25, 6) «A decision or statement complies with this subsection only if (a) it is in writing, (b) it is signed by patient or by another person in patient's presence and by patient's direction, (c) the signature is made or acknowledged by patient in the presence of a witness, and (d) the witness signs it, or acknowledges his signature, in patient's presence».

<sup>273</sup> Lord Donaldson in *Re T* [1993] Fam 95, 112.

<sup>274</sup> *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] AC 789, 817. A tal proposito, v. S. MC LEAN, *Is There a Legal Threat to Medicine? The Case of Anthony Bland*, Center for Applied Ethics, University of Wales, College of Cardiff, Cardiff, 1994.

Per il resto, la giurisprudenza statunitense individua cinque elementi necessario oggetto di prova <sup>275</sup>:

1. che al momento della manifestazione di volontà l'interessato fosse *compos sui*, secondo il giudizio di capacità già adoperato per la prestazione del consenso ad un trattamento sanitario *tout court*;

2. che il paziente conoscesse *in broad terms* la natura e gli effetti della procedura a proposito della quale ha concesso o negato il proprio consenso;

3. che la decisione sia stata «voluntary and unequivocal, real and not expressed in form only, free of vitiating influences» (ovvero «coercion or undue influence, the withholding of relevant information, misinformation or mistake») <sup>276</sup>;

4. che la scelta sia stata adottata con riferimento a quelle particolari circostanze che, in concreto, si sono poi verificate;

5. che la volontà dell'ammalato rappresenti «a firm and settled commitment» e non sia né il frutto di una reazione spontanea ed informale dinanzi ad altrui condizioni medico-sanitarie, né un «offhand remark about not wanting to live under certain circumstances made by a person when young and in the peak of health» <sup>277</sup>.

In mancanza di dichiarazioni esplicite o meglio finalizzate, è altresì possibile interpretare e ricostruire il volere del paziente dalle sue convinzioni religiose (e dai dogmi di tale religione), nonché dalle decisioni in precedenza già direttamente e personalmente adottate in ordine ad altri trattamenti medici <sup>278</sup>. Coerentemente, il paziente testimone di Geova <sup>279</sup> gode dell'inviolabile diritto al rispetto del proprio rifiuto avverso qualsiv-

<sup>275</sup> In particolare, cfr. *In the Matter of Claire Conroy* (1985) 486 A 2d 1209. V. M.A. MATTHEWS, *Suicidal Competence and the Patient's Right to Refuse Lifesaving Treatment*, in *Calif. L. Rev.*, 1987, 75, p. 707, e G.H. MORRIS, *Judging Judgment: Assessing the Competence of Mental Patients to Refuse Treatment*, in *San Diego L. Rev.*, 1995, 32, p. 343.

<sup>276</sup> I. KENNEDY, A. GRUBB, *Principles of Medical Law*, cit., p. 230. V. anche D. PRICE, *Legal and Ethical Aspects of Organ Transplantation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 289 ss.

<sup>277</sup> Questo, come si vedrà, sarà altresì uno dei punti maggiormente discussi ai fini della soluzione e della decisione del caso Engaro: cfr. *infra*, cap. III, § 14, *Il caso del paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile*.

<sup>278</sup> V. P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, cit., p. 288, ove è oggetto di perplessità l'opportunità di ricostruire la volontà dell'infermo tramite «micro-storie, brandelli sparsi, confidenze notturne, ammiccamenti, reazioni e commenti occasionali, tutto il pulviscolo biografico, insomma». Il medesimo dilemma si ripropone nel *leading case* italiano: cfr. Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, per la quale v. *infra*, *sub* nota 288.

<sup>279</sup> Per un'analisi comparata del rapporto medico-paziente così come concepito dalle diverse religioni, cfr. J.R. DUNSTAN, M.J. SELLER (a cura di), *Consent in Medicine. Convergence and Divergence in Tradition*, King's Edward's Hospital Fund for London, Londra, 1983. Cfr. altresì T. McCONNEL, *Inalienable Rights. The Limits of Consent in Medicine and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

glia terapia emotrasfusionale, anche laddove tale volontà sia espressa solo in un documento, in ragione dell'impossibilità di una dichiarazione "attuale" da parte dell'interessato (incosciente). Per converso, se non spetta alle corti o ai medici di speculare circa le ragioni del rifiuto o la natura o forza delle convinzioni personali o religiose del paziente, né per quale decisione (eventualmente diversa, o meno) egli avrebbe davvero optato se fosse stato cosciente nel momento del bisogno, il grado di consapevolezza (e d'informazione) del dichiarante riguardo agli effetti concretamente derivanti dal rispetto della sua volontà resta comunque oggetto delle più ampie e svariate interpretazioni e manipolazioni giurisprudenziali<sup>280</sup>.

Infine, mentre nel Regno Unito l'intervento legislativo è relativamente recente<sup>281</sup>, negli Stati Uniti si è per la prima volta disciplinato l'ambito del *living will* nel 1976 – con il californiano *Natural Death Act*<sup>282</sup>. In particola-

---

<sup>280</sup> Cfr. *Werth v. Taylor* (1991) 475 NW 2d 426 (Mich CA), a proposito del rifiuto opposto da una donna incinta di due gemelli (già madre di altri due bambini) alla trasfusione di sangue: «The trial court determined that Cindy's refusals were made when she was contemplating merely routine elective surgery and not when life-threatening circumstances were present and concluded that it could not be said that she made the decision to refuse a blood transfusion while in a competent state and while fully aware that death would result from such refusal». Cfr. altresì N. KANABOSHI, *Competent Persons'Constitutional Right to Refuse Medical Treatment in the U.S. and Japan: Application to Japanese Law*, in *Penn St. Int'l L. Rev.*, 2006, 25, p. 5; D.M. VUKADINOVICH, S.L. KRINSKY, *Ethics and Law in Modern Medicine*, Kluwer Academic, Londra, 2001, p. 47 ss., e M.L. PERLIN, D.A. DORFMAN, *Is It More Than «Dodging Lions and Wastin'Time»? Adequacy of Counsel, Questions of Competence, and the Judicial Process in Individual Right to Refuse Treatment Cases*, in *Psych. Pub. Pol. and L.*, 1996, 2, p. 114.

<sup>281</sup> Cfr. il *Mental Capacity Act* (aprile 2005), cit., che raccoglie e riordina, sostanzialmente, i principi già affermatasi in *common law*. In particolare, i criteri che abilitano una persona maggiorenne a redigere simili volontà anticipate sono la piena capacità al momento della sottoscrizione di tali dichiarazioni e la corretta informazione, ovvero la consapevolezza delle conseguenze delle proprie scelte. V. E. STEFANINI, *Direttive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Dir. comp. eur.*, 2006, pp. 703 ss. D'altra parte, cfr. anche il precedente *British Medical Association Code of Practice* (aprile 1995), dal titolo *Advance Statements About Medical Care*. V. R. FRANCIS, C. JOHNSTONE, *Medical Treatment. Decisions and the Law*, Butterworths, Londra, 2001, pp. 22 ss. Peraltro, si consideri come uno dei più grandi ospedali londinesi (lo Hammersmith Hospital Trust) chieda ai degenti più anziani di scrivere dove e come vorrebbero morire una volta seriamente ammalati. In particolare, i ricoverati devono determinare il momento in cui intendono sospendere i trattamenti, in caso di perdita della lucidità o della possibilità di esprimere la loro volontà. Si tratta, infine, di una dichiarazione sottoscritta davanti a testimoni e inserita dall'ospedale stesso nelle cartelle sanitarie dei pazienti: v. l'articolo comparso sul quotidiano *La Repubblica* il 24 febbraio 2003, 21, Londra, *Modulo per i malati: «Ecco come vorrei morire»*. Da ultima, cfr. *Lee-Hirons v Secretary of State for Justice*, [2016] UKSC 46 (27/07/2016).

<sup>282</sup> Per un'analisi della legislazione nordamericana in materia, cfr. L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, Ipsoa, Milano, 2000, pp. 25 ss. Inoltre, v. S. HOLLAND, *Bioethics. A Philosophical Introduction*, Polity, Cambridge, 2003; S. BANAKAS, *Regulations of English Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life*, Springer Verlag, Norwich, 1999; N. KING, *Making Sense of Advance Directives*, Georgetown University Press, Washington, 1996; S.T. MURPHY, J.M.

re, poi, l'odierna disciplina federale statunitense (*Patient Self-Determination Act*, in vigore dal primo dicembre 1991) prevede l'obbligo, per gli ospedali, le cliniche e gli organismi che gestiscono programmi di *medicare* e *medicaid*, di fornire informazioni scritte ai pazienti adulti circa il loro diritto di assumere decisioni riguardo ai trattamenti sanitari proposti, ivi compreso il diritto a rifiutarli, nonché di formulare direttive anticipate. Inoltre, secondo tale mandato federale, ciascuno stato deve redigere una descrizione della propria regolamentazione («whether statutory or as recognized by the courts») in materia di direttive anticipate, «that would be distributed by providers or organizations»<sup>283</sup>.

Attualmente, più di quaranta stati nordamericani possiedono testi di legge riguardanti il *living will*<sup>284</sup>. In particolare, le scelte circa il trattamento dei pazienti incapaci sono assunte secondo quest'ordine: 1) ossequio alle istruzioni chiaramente enunciate dall'interessato in via preventiva; 2) in mancanza di espresse indicazioni, ricostruzione presuntiva della volontà dell'ammalato, tenendo conto dei suoi valori e desideri<sup>285</sup>; 3) laddove non

---

PALMER, S. AZEN, G. FRANK, V. MICHEL, L.J. BLACKHALL, *Ethnicity and Advance Care Directives*, in *Jour. Law, Med. & Eth.*, 1996, 24, p. 108; A. BERGER, *When Life Ends. Legal Overviews, Medicolegal Forms, and Hospital Policies*, Praeger, Londra, 1995, specie pp. 33 ss.; G. GRIENER, *Living Will/Advance Directives. An Ethicist's View*, in *Health Law Rev.*, 1991, 1, p. 6; E.J. EMANUEL, *The Ends of Human Life. Medical Ethics in a Liberal Polity*, Harvard University Press, Cambridge, 1991; F.A. ROZOVSKY, *Consent to Treatment. A Practical Guide*, Wolters Kluwer, Boston, 1990, specie pp. 518 ss.; AGE CONCERN INSTITUTE OF GERONTOLOGY AND KING'S COLLEGE LONDON, *The Living Will*, E. Arnold, Londra, 1988, e S. VOCATURO, *La volontà del soggetto nell'ambito dell'advance health care planning: brevi riflessioni in tema di testamento biologico*, in *Notariato*, 2007, p. 905.

<sup>283</sup> V. J.M. TENO, C. SABATINO, L. PARISIER, F. ROUSE, J. LYNN, *The Impact of the Patient Self-Determination Act's Requirement That States Describe Law Concerning Patient's Rights*, in *J. Law Med. Eth.*, 1993, p. 102. Cfr. M. ORTMAN TYMINSKI, *The Current State of Advance Directive Law in Ohio: More Protective of Provider Liability Than Patient Rights*, in *J.L. & Health*, 2004/2005, 19, p. 411, e S.E. WILBORN MALLOY, *Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment*, in *Wake Forest L. Rev.*, 1998, 33, p. 1035.

<sup>284</sup> V. N. ANDERSON, *Dr. Jekyll's Waiver of Mr. Hyde's Right to Refuse Medical Treatment: Washington's New Law Authorizing Mental Health Care Advance Directives Needs Additional Protections*, in *Wash. L. Rev.*, 2003, 78, p. 795; S.E. WILBORN, *The Right to Refuse Medical Treatment Where There Is a Right, There Ought to Be a Remedy*, in *N. Ky. L. Rev.*, 1998, 25, p. 649; M.J. RANDALL ROBB, *Living Wills: The Right to Refuse Life Sustaining Medical Treatment – A Right Without A Remedy?*, in *Dayton L. Rev.*, 1997, 23, p. 169; L.J. PERLING, *Health Care Advance Directives: Implications for Florida Mental Health Patients*, in *U. Miami L. Rev.*, 1993, 48, p. 193, e R.M. VEATCH, *Limits of Guardian Treatment Refusal: A Reasonableness Standard*, in *Am. J. L. and Med.*, 1984, 9, p. 427.

<sup>285</sup> Le difficoltà derivanti dall'applicazione di tali criteri sono ben esemplificate dal più che noto caso di Nancy Cruzan: cfr. *Cruzan v. Director* (1990) Mdh, 497 U.S. 261, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 66, con commento di G. PONZANELLI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti e il «right to die»*, e di A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*. In particolare, trattatasi del valore da attribuire alle dichiarazioni rese dalla paziente qualche tempo prima di cadere in stato vegetativo permanente (in cui la stessa affermava che mai avrebbe accettato di vivere come un vegetale). Cfr.

sia possibile risalire nemmeno in via presuntiva al volere del paziente, perseguimento del suo *best interest*.

Peraltro, il personale sanitario è tenuto non solo alla mera informazione circa la possibilità di redigere direttive anticipate, ma altresì alla spiegazione, a beneficio dei pazienti stessi, delle modalità con cui tali atti debbono essere redatti e confezionati. In questo senso, sono tre le tipologie di documento accolte e regolamentate dall'ordinamento statunitense, laddove la prima è la *health care proxy (designation of patient advocate for health care/ appointment of health care agent/power of attorney for health care/designation of health care surrogate)*, con cui viene nominato un *agent* dotato di poteri di vera e propria rappresentanza. Nello specifico, è richiesta la forma scritta con la sottoscrizione dinanzi a due testimoni (ovvero, in qualche stato, con l'attestazione di un *notary*) e la nomina diviene efficace solo previa certificazione, da parte di due terapeuti (di cui uno non dev'essere il medico curante), che il paziente non è più in grado di formulare opzioni di sorta circa un determinato trattamento. In generale, sono escluse dai poteri del rappresentante le scelte inerenti ai trattamenti di sostentamento della vita, mentre solo un numero ridotto di legislazioni prevede in capo all'*agent* un campo di azione pressoché illimitato, salvo eventuali ed espresse restrizioni del disponente stesso. Infine, le decisioni del terzo dovranno conformarsi al *best interest* del paziente, pena la sospensione o la revoca giudiziale in caso di evidente pregiudizio per quest'ultimo. Ancora, la procura può essere revocata dal malato stesso per iscritto o con la distruzione materiale del documento ovvero con una dichiarazione verbale, destinata ad assumere rilievo una volta che il medico curante ne sia venuto a conoscenza.

Per contro, con il *living will (instruction for health care/declaration)*, l'interessato manifesta la propria, personale volontà in relazione (anche) ai trattamenti sanitari di fine vita, normalmente sottratti, invece, alla disponibilità dell'*agent*. D'altra parte, le legislazioni più recenti disciplinano la possibile redazione di un unico documento, composto di due distinte sezioni (*proxy e living will*), laddove il paziente può scegliere di compilarne una sola o entrambe. Qualora vengano redatte l'una e l'altra, l'*agent* potrà adottare anche decisioni di fine vita, conformemente – appunto – alle istruzioni del *living will*<sup>286</sup>.

---

J.A. COHAN, *Judicial Enforcement of Lifesaving Treatment for Unwilling Patients*, in *Creighton L. Rev.*, 2006, 39, p. 849; C.H. NOONING, *Surrogate Health Care Decision Making: The Pennsylvania Supreme Court Recognizes the Right of an Individual in a Permanent Vegetative State to Refuse Life-Sustaining Measures Through a Surrogate Decision Maker*, in *Duq. L. Rev.*, 1997, 35, p. 849, e J.N. SUHR, *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health: A Clear and Convincing Call for Comprehensive Legislation to Protect Incompetent Patients' Rights*, in *Am. U.L. Rev.*, 1991, 40, p. 1477. V. anche, infine, V. SAN JULIAN PUIG, *Les directives anticipées en France et en Espagne*, in *Rev. droit san. soc.*, 2007, p. 86; G.J. ANNAS, *Some Choice. Law, Medicine, and the Market*, Oxford University Press, Oxford, 1998, e E.J. O'BRIEN, *Refusing Life-Sustaining Treatment: Can We Just Say No?*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1992, 67, p. 677.

<sup>286</sup> Cfr. N.F. SPLAINE, *The Incompetent Individual's Right to Refuse Life-Sustaining Medical*

## 14. *Il caso del paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile*

Eluana Englaro ha vent'anni quando, a séguito d'incidente stradale, cade in uno stato vegetativo persistente e permanente. La sua vicenda è più che nota: dopo oltre quindici anni, la paziente ancor conserva le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, nonché una respirazione spontanea, pur nella radicale incapacità di vivere esperienze cognitive ed emotive o di relazionarsi in alcun modo con l'esterno; la sua sopravvivenza fisica è preservata dall'alimentazione e idratazione artificiali, per il tramite di un sondino nasogastrico. Non esistono dichiarazioni anticipate di trattamento; solo, poco tempo prima dell'incidente, Eluana reiteratamente dichiara preferibile la morte «piuttosto che rimanere immobile in ospedale in balia di altri attaccato ad un tubo» – e ciò a séguito di un sinistro stradale che tragicamente aveva coinvolto alcuni suoi amici. Infine, neppure è possibile individuare un soggetto dalla giovane già prescelto e deputato a determinare il corso del suo destino in caso di sua incoscienza/incapacità ovvero, come nella fattispecie concreta, nell'ipotesi di sua interdizione giudiziale.

È una *via crucis* giurisprudenziale<sup>287</sup> quella che si consuma attorno a

---

*Treatment: Legislating, not Litigating, a Profoundly Private Decision*, in *Suffolk U. L. Rev.*, 1993, 27, p. 905.

<sup>287</sup> Cfr. Trib. Lecco, 2 marzo 1999 (decr.), in *Bioetica*, 2000, p. 83; App. Milano, 31 dicembre 1999 (decr.), in *Foro it.*, 2000, I, c. 2022, con annotazioni di G. PONZANELLI, *Eutanasia passiva: sì, se c'è accanimento terapeutico*, e di A. SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo «stato vegetativo persistente»*; App. Milano, 18 dicembre 2003 (decr.), in *Famiglia*, 2004, p. 1167, con commento di G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*; Cass. civ., Sez. I, 20 aprile 2005, n. 8291 (ord.), cit., in *Questione giustizia*, 2005, p. 872, con nota di A. SANTOSUOSSO, *Il confine tra difficile e indecidibile (dopo dodici anni di coma irreversibile)*; in *Corr. giur.*, 2005, p. 788, con nota di E. CALÒ, *Richiesta di sospensione dell'alimentazione a persona in stato vegetativo: la Cassazione decide di non decidere*; in *Fam. dir.*, 2005, p. 481, con commento di G. CASSANO, *Scelte tragiche e tecnicismi giuridici: ancora in tema di eutanasia*; in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 42, con commento di A. SASSI, *L'atto eutanasi al vaglio della Cassazione civile: nessuna decisione nel merito*, e in *Famiglia*, 2005, p. 1186, con commento di D. BOFFOLI, *Eutanasia e potestà del tutore*; Trib. Lecco, 2 febbraio 2006 (decr.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 470, con nota di A. SANTOSUOSSO e G.C. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, e App. Milano, 16 dicembre 2006 (decr.), in *Foro it.*, 2007, I, c. 571, con nota di G. CASABURI, *L'infondatezza del provvedimento d'urgenza per l'interruzione dell'alimentazione artificiale di persona in stato vegetativo persistente*, e *ivi*, I, c. 2231, con commento di D. MALTESE, *Diritto al rifiuto delle cure, accanimento terapeutico e provvedimenti del giudice*. Cfr. altresì P. FLORIS, *Il «paradigma Englaro»: scelte personali, regole etiche e risposte giuridiche*, in *Quad. dir. pol. eccles.*, 2015, p. 173; M. BARNI, *Stato vegetativo persistente: l'ineludibile protagonismo del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 628; V. POCAR (a cura di), *Studi e saggi sul «caso E.E.»*, in *Bioetica*, 2000, pp. 29 ss., con interventi di P. SINGER, *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, p. 31, C.A. DEFANTI, *Lo stato vegetativo persistente: un appello alla nostra responsabilità*, p. 50, V. POCAR, *In merito ai decreti sul caso «E.E.»*, p. 60, e A. SANTOSUOSSO, *Aperture importanti e remore inspiegabili della Corte d'appello di Milano sul ca-*

questo caso, (almeno) fino al 16 ottobre 2007<sup>288</sup>, quando la prima sezione

---

so «E.E.», p. 66. V., infine, M. GALLETI, *Scelte di fine vita, identità, autonomia. Alcune riflessioni su rifiuto di cure e testamento biologico*, in *Biodiritto*, 2012, p. 29; S. ZULLO, *La forza della legge e i casi «difficili». Considerazioni sulla decisione legale, giusta e morale*, in *Biodiritto*, 2012, p. 109; F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 11 ss.; A. PANEBIANCO, *Corte di Cassazione e caso Englaro*, in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, pp. 259 ss., e P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, pp. 101 ss.

<sup>288</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Dir. giur.*, 2007, p. 573, con commento di C. GHIONNI, *Il «consenso dell'incapace» alla cessazione del trattamento medico*; in *DUDI*, 2009, p. 356, con commento di L. NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*; in *Giust. civ.*, 2008, p. 1727, con commento di D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 363, con commento di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 330, con nota di E. CECCARELLI, D.M. PULITANÒ, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 100, con commento di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 432 e p. 438, con note rispettivamente di F. BONACCORSI, *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro*, e di G. GUERRA, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*; in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 107, con commento di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*; *ivi*, p. 131, con commento di A. GALIZIA DANOVÌ, *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*; *ivi*, p. 594, con nota di P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere*; in *Iustitia*, 2008, p. 55, con commento di G. SALITO, P. STANZIONE, *Il rifiuto «presunto» alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*; in *Fam. dir.*, 2008, p. 136, con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 520, con nota di M. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1119, con commento di G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*; in *Corr. giur.*, 2007, p. 1686, con commento di E. CALÒ, *La Cassazione «vara» il testamento biologico*; in *Studium iuris*, 2008, p. 90, con nota di A. SCALERA, *Interruzione dell'alimentazione forzata*; in *Ind. pen.*, 2009, p. 227, con nota di G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*; in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 583, con commento di C. SARTEA, G. LA MONACA, *Lo Stato Vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti*; *ivi*, p. 607, con commento di G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso «Englaro»: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*; in *Foro it.*, 2008, I, c. 125, con nota di D. MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, e *ivi*, I, c. 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario «life-sustaining»*. Successivamente, cfr. App. Milano, 9 luglio 2008 (decr.), in *Corr. mer.*, 2008, p. 1043, con commento di G. MARRA, *Il rifiuto ai trattamenti di sostegno vitale può essere espresso dal tutore e fondarsi su prove presuntive*, e in *Foro it.*, 2009, I, c. 786, con nota di F. MAZZARELLA, *Appunti storico-giuridici in margine a due recenti pronunce sul diritto alla vita*; in *Vita not.*, 2009, p. 173, con nota di M. DELLI CARRI, *Il problema del rifiuto delle cure «salvavita» e l'ammissibilità del testamento biologico*; Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334 (ord.), decisione che dichiara inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dalle Camere, in *Foro it.*, 2009, I, c. 35, con nota di R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*; in *Giur. it.*, 2009, p. 1630, con commento di C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul caso Englaro e la «cattiva battaglia» giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, e in *Il Quotidiano Giuridico*, 10 ottobre 2008, con commento di F. CONTI, *La Corte*

civile della Suprema Corte statuisce che, riguardo all'interruzione o al prosieguo dell'idratazione e alimentazione artificiali, sia il tutore a dover decidere: non *al posto* dell'incapace né *per* l'incapace, ma *con* l'incapace, alla ricerca della sua presunta volontà e secondo elementi probatori chiari, univoci e convincenti, sia alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, sia in base all'esperienza da questi precedentemente

---

*costituzionale boccia i conflitti di attribuzione*; Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 2008, n. 27145, che dichiara inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnativa per cassazione il ricorso presentato dal procuratore generale presso la corte di Milano, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 542, con commento di G. PAESANO, *Stato vegetativo permanente e libera scelta del rifiuto di cure*, e in *Foro it.*, 2009, I, c. 786, con nota di F. MAZZARELLA, *Appunti storico-giuridici*, cit.; *Stati vegetativi, nutrizione e idratazione*, 16 dicembre 2008, atto d'indirizzo del Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali; TAR Milano, 26 gennaio 2009, n. 214, in *Il Foro amm. TAR*, 2009, p. 981, con nota di V. MOLASCHI, *Riflessioni sul caso Englaro. Diritto di rifiutare idratazione ed alimentazione artificiali e doveri dell'amministrazione sanitaria*, e in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 267, con commento di A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto; La legge del governo sul fine vita viola i diritti umani. I professori di diritto civile contestano punto per punto le aberrazioni della proposta di legge governativa*, appello firmato dai Professori di Diritto civile il 15 febbraio 2009 in merito al disegno di legge sulle direttive anticipate, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/la-legge-del-governo-sul-fine-vita-viola-i-diritti-umani>; TAR Lazio, 12 settembre 2009, n. 8650, riguardo al ricorso presentato dal Movimento Difesa del Cittadino proprio per l'annullamento dell'atto d'indirizzo del Ministro Sacconi, in *Foro amm. TAR*, 2009, p. 2477, con nota di D. MESSINEO, *La doppia tutela dei diritti «incomprimibili»*; in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 386, con nota di A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute e la «direttiva Sacconi» sull'obbligatorietà di nutrizione e idratazione artificiali*; in *Corr. mer.*, 2009, p. 1268, con commento di A. SCALERA, *Alimentazione e idratazione artificiale*; in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con nota di M. CONZUTTI, *Non si può imporre l'alimentazione artificiale*, e in *Foro it.*, 2009, III, c. 548, con note di richiami di A. PALMIERI, *Infine, v. F. MANTOVANI, Caso Eluana Englaro e inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2009, p. 7; M.J. FONTANELLA, *Il dovere di curare e il diritto di autodeterminazione: antitesi o sintesi?*, *ivi*, p. 13; E. SAMBRIZZI, *La eutanasia de Eluana Englaro*, in *La Ley del día*, 25 de Febrero de 2009; A. SANTOSUOSSO, *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 127; G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 485; A. STEFANI, *Il caso Englaro: le due Corti a confronto*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 95; C. CASONATO, *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, *ivi*, p. 99; IDEM, *Riflessioni sul fine vita. La tutela multilivello dell'autodeterminazione individuale*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), scritto che riprende e aggiorna la relazione svolta dall'autore in occasione dell'incontro organizzato dalla Fondazione italianeuropei il 17 marzo 2009, Palazzo Marini, Roma; IDEM, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 1053; L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1227; E. CALÒ, *Caso Englaro, il Senato valuta se sollevare il conflitto di attribuzioni*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 21 luglio 2008; C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4069; M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 331; C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 545; F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1035; L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 759; A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 1, e S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1561.

vissuta, allo stile e al carattere della sua vita passata<sup>289</sup>. Certo, già la Corte d'appello ambrosiana<sup>290</sup> (poi sconfessata, sul punto, dai giudici di legittimità) aveva ritenuto le dichiarazioni di Eluana eccessivamente generiche, espresse in un momento di forte emotività e in uno stato di perfetto benessere fisico, nonché ad un'età di dubbia maturità. Tali rilievi ben esprimono, peraltro, le possibili riserve riguardo ad una simile ricostruzione della volontà individuale, ovvero a proposito dell'effettiva conseguibilità, in merito, di una «clear and convincing evidence»<sup>291</sup>. È proprio l'esigenza di un *dissenso informato*, infatti, ad evidenziare i limiti del riferimento ad esternazioni decontestualizzate e fors'anche espresse in maniera assolutamente estemporanea, ovvero i limiti del collegamento al precedente *modus vivendi* e ad una presunta concezione della morte e della dignità umana.

In definitiva, in assenza di un documento scritto (quantomeno indice di una profonda consapevolezza, ponderazione e determinazione), può apparire imprudente addirittura accordare un compito interpretativo ad un soggetto che nemmeno sia stato preliminarmente indicato dal beneficiario quale propria *personne de confiance*<sup>292</sup>. In questo senso, infatti, il rappresentante legale assurgerebbe a *bouche de la volonté* del malato senza che quest'ultimo lo abbia, del resto, previamente investito di tale, capitale incarico, nonché in mancanza di qualsivoglia reale certezza riguardo a quelle che sarebbero davvero state (se solo avesse potuto formularle) le

---

<sup>289</sup> Di conseguenza, l'intervento giudiziario ha esclusiva natura di controllo circa la legittimità della scelta operata dal tutore, la quale viene autorizzata laddove ricorra altresì il requisito dell'irreversibilità dello stato vegetativo che affligge il paziente.

<sup>290</sup> App. Milano, 16 dicembre 2006, cit.

<sup>291</sup> Cfr. *Cruzan v. Director*, cit., nonché la lunga vicenda processuale di Theresa Schiavo, per la quale si rimanda a G. FRANCOLINI, *Eutanasia e tutela penale della persona: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 2005, pp. 1154-1155, e a C. BOLOGNA, *Il caso di Terri Schiavo*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 404. Cfr. altresì L. MONTICELLI, *Il problema dell'eutanasia in U.S.A.: il «caso Glucksberg»*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 644. Infine, *ex pluribus*, v. S. RODE, *End-of-Life Decisionmaking for Patients in Persistent Vegetative States: A Comparative Analysis*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2007, 30, p. 477; L. SHEPHERD, *In Respect of People Living in a Permanent Vegetative State and Allowing Them to Die*, in *Health Matrix*, 2006, 16, p. 631; M. GRISSOM, *A Balance Between Life and Death: A Look at the Government's Role in the Right to Die Debate*, in *How. L.J.*, 2006, 49, p. 615; M. GOODMAN, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in *Neb. L. Rev.*, 2006, 84, p. 740; M.A. FLOOD, *Treatment of the «Vegetative» Patient: The Legacies of Karen Quinlan, Nancy Cruzan and Terri Schiavo*, in *J. Health & Biomed. L.*, 2005, 1, p. 1; R.A. BURT, *The Schiavo Case: A Symposium: Family Conflict and Family Privacy: The Constitutional Violation in Terri Schiavo's Death*, in *Const. Commentary*, 2005, 22, p. 427, e B.A. NOAH, *Politicizing the End of Life: Lessons from the Schiavo Controversy*, in *U. Miami L. Rev.*, 2004, 59, p. 107.

<sup>292</sup> Cfr., *ex pluribus*, V. MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1985; A. FIGONE, *Poteri del tutore, diritti del malato in coma vegetativo e questioni processuali*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 674, e S. SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 533. Infine, cfr. S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 390.

scelte e i convincimenti del paziente, i quali finirebbero, così, e a dispetto dei buoni propositi, per confondersi e perdersi nelle personali e peculiari scelte e convincimenti del tutore/amministratore di sostegno<sup>293</sup>.

Non che gli ermellini di casa nostra abbiano inventato qualcosa di nuovo<sup>294</sup>: il *substituted judgement* (ovvero l'attribuzione della potestà decisionale al rappresentante legale del paziente) viene utilizzato negli Stati Uniti già a beneficio di Karen Quinlan<sup>295</sup>, quale unica *chance* di tutela del *right of privacy* in merito alle decisioni di fine vita (ovvero del diritto di *controllare* il proprio corpo, ai sensi del V emendamento), dinanzi all'impossibilità in cui versa l'originario titolare. Peraltro, le peculiari modalità d'adozione di simile *surrogate decision* vengono specificate dieci anni più tardi (e neppure al ricorrere di uno stato vegetativo permanente), grazie all'individuazione di tre modelli decisionali, ovvero secondo un ragionamento *per standards*, tanto caro agli americani. Si tratta di addivenire ad una risoluzione la più aderente possibile alla (presunta) volontà di Claire Conroy<sup>296</sup>, mediante, in successione:

1) un *subjective test*, volto alla ricostruzione dei desideri dell'ammalato, espressi nell'ambito di direttive scritte (*living will*) o di dichiarazioni soltanto orali, nonché suscettibili d'interpretazione sulla base delle convizioni religiose dell'interessato o della sua condotta riguardo a scelte sanitarie del passato. Nondimeno, l'attendibilità di tali elementi probatori viene vagliata alla luce della loro risalenza nel tempo e coerenza, nonché del livello di ponderatezza che caratterizza le esternazioni dell'interessato, della loro attinenza alle specifiche condizioni di salute in cui questi versa e del grado di maturità del soggetto al tempo dell'espressione di dette dichiarazioni;

2) (nell'impossibilità di pervenire ad una piena prova riguardo alla presunta volontà dell'incapace) un *limited-objective test*, in virtù del quale i trattamenti vitali vengono interrotti al ricorrere di una qualche prova at-

---

<sup>293</sup> Cfr. L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona: istruzioni per l'uso*, in L. SAVARINO (a cura di), *Autonomia e limite. Siamo liberi di scegliere?*, in *Bioetica*, 2010, Insetto 1A, p. 61.

<sup>294</sup> V. E. BOLOGNA, *Il diritto e le decisioni di fine vita nella tradizione giuridica occidentale*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 450.

<sup>295</sup> *In re Quinlan* (1976), cit. V. E.A. LYON, *The Right to Die: An Exercise of Informed Consent, not an Extension of the Constitutional Right to Privacy*, in *U. Cin. L. Rev.*, 1990, 58, p. 1367, e F.R. PARKER, *The Withholding or Withdrawal Of Lifesustaining Medical Treatment Under Louisiana Law*, in *Loy. L. Rev.*, 1999, 45, p. 121. Cfr. altresì A.M. TORKE, G.C. ALEXANDER, J. LANTOS, *Substituted Judgement: The Limitations of Autonomy in Surrogate Decision Making*, in *Journ. Gen. Int. Med.*, 2008, 23 (9), p. 1514, e C.H. BARON, *The Right to Die: Themes and Variations*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., pp. 1841 ss.

<sup>296</sup> *In the Matter of Claire Conroy* (1985), cit. Similmente, v. *In re Jobes* (1987), cit., e *In re Peter*, 108 N.J. 365, 529 A.2d 419 (1987).

tendibile non solo che il soggetto li avrebbe effettivamente rifiutati, ma anche che il *peso* e le sofferenze connessi all'operato sanitario superano, per lo stesso paziente, i benefici che ne derivano;

3) (in assenza di qualsivoglia prova/indizio riguardo alla presunta volontà dell'ammalato) un *pure-objective test*, unicamente volto a bilanciare i patimenti insiti nei trattamenti di sostegno vitale, da una parte, con i vantaggi da questi recati, dall'altra.

Nel caso *Conroy*, peraltro, la Corte Suprema del New Jersey consacra, in capo al paziente cosciente, il diritto di rifiutare un trattamento sanitario, anche salva-vita. La capacità dell'ammalato, infatti, giustifica la soccombenza degli interessi statuali (nell'ordine, la preservazione della vita umana, la prevenzione del suicidio, la tutela dell'integrità morale della professione medica e la protezione, infine, di «terzi innocenti») dinanzi alla sovranità dell'autodeterminazione individuale di cui all'*informed consent doctrine* di *common law*. Nel caso di paziente incosciente, invece, il rischio è quello messo in evidenza dallo *slippery slope argument*, cui già si accennava, fra l'altro, poco sopra: laddove le maglie della ricostruzione della volontà dell'ammalato si rivelino troppo larghe, infatti, ad essere rispettati saranno i desideri e i propositi del rappresentante, non del paziente. In questo senso, quindi, sarà determinante il grado di prova richiesto dai giudici ai fini della statuizione di tale volontà: al riguardo, la Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>297</sup> individua nel XIV emendamento del *Bill of Rights* la libertà *sui e dai* trattamenti sanitari, richiedendo, d'altro canto, la presenza di un'evidenza chiara e convincente. Nell'ipotesi, invece, in cui tali elevati *standards* probatori non vengano soddisfatti, a prevalere saranno gli interessi statuali di cui sopra, nell'ambito e a séguito di un differente bilanciamento fra valori – nel quale s'inserisce altresì la superiore tutela dei soggetti incapaci e più deboli. Peraltro, i limiti di cui il *substituted judgement* soffre si sono chiaramente mostrati nel corso della vicenda di Theresa Schiavo<sup>298</sup>: non basta, naturalmente, che si tratti di persone vi-

---

<sup>297</sup> *Cruzan v. Director* (1990), cit. V. L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008: percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, pp. 399 ss.

<sup>298</sup> *Ex pluribus*, cfr. P. NORWOOD HARRIS, *Money, Fear and Prejudice: Why the Courts Killed Terri Schiavo*, in *Women's Rights L. Rep.*, 2008, 30, p. 42; L. LEVI, *A New Model for Media Criticism: Lessons from the Schiavo Coverage*, in *U. L. Miami Rev.*, 2007, 61, p. 665; L. PICKERING FRANCIS, A. SILVERS, *(Mis)Framing Schiavo as Discrimination Against Persons with Disabilities*, in *U. Miami L. Rev.*, 2007, 61, p. 789; B.J. WINICK, *A Legal Autopsy of the Lawyering in Schiavo: A Therapeutic Jurisprudence/Preventive Law Rewind Exercise*, in *U. Miami L. Rev.*, 2007, 61, p. 595; K.L. CERMINARA, *The Politics of Health Law: Collateral Damage: The Aftermath of the Political Culture Wars in Schiavo*, in *W. New Eng. L. Rev.*, 2007, 29, p. 279; ID., *Critical Essay: Musings on the Need to Convince Some People With Disabilities That End-*

cine all'ammalato, per presumere che quanto da questi riportato e ricostruito corrisponda agli effettivi *desiderata* del diretto interessato; del resto, l'ipotesi in cui i familiari non concordino circa l'interruzione o il proseguo del trattamento conduce ad esiti drammatici, nella difficoltà di determinare chi debba *rappresentare* il paziente. Quale alternativa alla finzione giuridica in cui il *substituted judgement* rischia di sostanzarsi (in assenza di una documentata volontà precedentemente espressa), rimane il criterio del *best interest*: al posto dell'autodeterminazione, il giudizio del medico. La *House of Lords* risolve proprio in questo senso il caso *Bland*<sup>299</sup>: non è legittimo proseguire con l'alimentazione e l'idratazione artificiali laddove un medico *responsabile* giunga alla ragionevole conclusione (in accordo con l'orientamento «of a responsible body of medical opinion») che continuare con tali supporti vitali di natura invasiva non corrisponda, appunto, al miglior interesse del paziente. È il *pure-objective test*: anche dinanzi ad un soggetto incapace, della cui volontà non si abbia contezza alcuna, è possibile ridimensionare l'assolutezza del principio di sacralità della vita umana, affidandosi alla diligente valutazione dell'operatore sanitario di cui al *Bolam test*<sup>300</sup>.

D'altro canto, è il Consiglio Superiore della Sanità<sup>301</sup> ad esprimere bene la lacerante difficoltà, per il medico, non tanto di veder morire il proprio paziente, bensì di *lasciarlo* morire, cessando di prendersene *cura*, ancor più laddove il tramite sia una sua condotta attivo-omissiva: in particolare, infatti, «se non vi è alcun dubbio sul diritto al rifiuto delle cure da parte del paziente capace di autodeterminarsi, non pochi interrogativi sorgono

---

*of-Life Decision-Making Advocates Are Not Out to Get Them*, in *Loy. U. Chi. L.J.*, 2006, 37, p. 343; L. SHEPHERD, *Terry Schiavo: Unsettling the Settled*, *ivi*, p. 297; M. RAHDERT, *End of Life Decision Making: The Right to Die?: The Schiavo Litigation: A Case Study for Federalism*, in *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, 2006, 15, p. 423; L. SHEPHERD, *End of Life Decision Making: The Right to Die?: State Legislative Proposals Following Schiavo: What Are They Thinking?*, in *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, 2006, 15, p. 361; E.J. LARSON, *From Cruzan to Schiavo: Similar Bedfellows in Fact and at Law*, in *Const. Commentary*, 2005, 22, p. 405; G.J. ANNAS, «I Want to Live»: *Medicine Betrayed by Ideology in the Political Debate over Terri Schiavo*, in *Stetson L. Rev.*, 2005, 35, p. 49; T.W. MAYO, *Living and Dying In a Post-Schiavo World*, in *AHLA Journ. Health Law*, 2005, 38, p. 587; R. SAAD, *Living Wills: Validity and Morality*, in *Vt. L. Rev.*, 2005, 30, p. 71; J. WOLFSON, *Schiavo's Lessons For Health Attorneys When Good Law Is All You Have: Reflections Of The Special Guardian Ad Litem To Theresa Marie Schiavo*, in *Journ. Health L.*, 2005, 4, p. 535; K.L. CERMINARA, *Tracking the Storm: The Far-Reaching Power of the Forces Propelling the Schiavo Cases*, in *Stetson L. Rev.*, 2005, 35, p. 147; W. ALLEN, *Erring too Far on the Side of Life: Déjà Vu All Over Again in the Schiavo Saga*, in *Stetson L. Rev.*, 2005, 35, p. 123, e *Id.*, *The Constitution at the Threshold of Life and Death: A Suggested Approach to Accommodate an Interest in Life and a Right to Die*, in *Am. UL Rev.*, 2004, 53, p. 971.

<sup>299</sup> *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993], cit. Cfr. M. AQUINO, R. TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, 2-3, p. 641.

<sup>300</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 14, English law e standards informativi.

<sup>301</sup> Cfr. il parere del Consiglio Superiore di Sanità del 20 dicembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, p. 37.

per l'interruzione delle terapie di sostegno alle funzioni vitali, la cui sospensione determini *sic et simpliciter* la terminazione biologica della vita».

La questione, però, appare sempre la medesima: la coincidenza fra il rispetto della negativa volontà dell'ammalato e il decesso più o meno immediato di quest'ultimo – e ciò a prescindere che l'alternativa sia la piena guarigione (a séguito, in ipotesi, di una forzata emotrasfusione) ovvero il prosieguo di una sopravvivenza meramente artificiale, nell'ambito di una patologia che comunque cagionerà, nel breve o medio periodo, l'*exitus* finale. In merito, a qualsivoglia esterna valutazione e distinguo conseguirebbe un più o meno implicito giudizio ed ingerenza nelle personali determinazioni in ordine alla propria qualità della vita – al ricorrere, è naturale, di un'accertata e piena capacità individuale, seppur in qualche modo sempre deformata e condizionata, com'è inevitabile, dalla natura impietosa di un'implacabile patologia. Inoltre, pare irrilevante che il trattamento sia o meno già iniziato: infatti, che si debba rispettare il principio del consenso informato del paziente solo sino al punto in cui questi non lo abbia ancora prestato equivale ad intrappolare l'ammalato nella posizione di garanzia dal medico rivestita, la quale finirebbe per perdere qualsivoglia connotazione *solidale* e per assumere, invece, i contorni di ulteriore vincolo e catena a danno di un soggetto già sufficientemente imprigionato dall'infermità che lo affligge<sup>302</sup>.

È la negazione, in altre parole, di una «visione assolutizzante, autoritativa, della «cura», in termini di necessario beneficio del paziente»<sup>303</sup>, che illegittimamente anela a sostituirsi ai desideri e alle aspettative del diretto interessato: non esiste, quindi, una Cura che dall'alto giunge a segnare il destino del singolo; esiste, invece, uno «specifico bisogno di cura»<sup>304</sup>, coerente con il principio personalistico che informa il nostro ordinamento e che s'impone a qualsivoglia soggetto, pubblico o privato<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> *Contra*, cfr. L. EUSEBI, *Menomazioni gravi della salute: 'Diritto di vivere' o 'diritto di morire'?* *Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 483, nonché ID., *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, in *Arco di Giano*, 2013, p. 57; ID., *Eutanasia (Parte giuridica – Diritti positivi odierni, parti speciali)*, in TARANTINO, E. SGRECCIA (diretta da), *Enc. Bioet. Sc. giur.*, V, cit., p. 1002; ID., *Autodeterminazione. Profili etici e biogiuridici*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Giappichelli, Torino, 2011, p. 957; ID., *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., p. 173; ID., *Dignità umana e indisponibilità della vita. Sui rischi dell'asserito «diritto» di morire*, in *Med. mor.*, 2009, p. 389, e ID., *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1227.

<sup>303</sup> Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 04460, cit.

<sup>304</sup> Cons. Stato, 2 settembre 2014, cit.

<sup>305</sup> Cfr. Cons. Stato, 2 settembre 2014, cit.: «Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire».

Certo, il problema è proprio quello della volontà: in questo senso, la decisione Englaro<sup>306</sup> potrebbe non convincere pienamente, s'è visto, nel momento in cui accorda al tutore – né previamente designato dal diretto interessato né da questi investito dell'autorità di rappresentare determinati *desiderata* – un potere decisionale ad alternativa secca (vita/morte), per il tramite di una mera ricostruzione della volontà che il paziente avrebbe in merito espresso, se solo avesse potuto. Nel caso di specie (è noto), trattasi di valutazione ed interpretazione costruite sullo stile di vita e sul sistema di pensiero caratterizzanti una donna fra l'altro ancora molto giovane, al momento dell'avvenuto incidente, nonché su dichiarazioni da questa esternate riguardo a fatti di cronaca, in assenza di qualsivoglia reale consapevolezza o ponderazione – quantomeno proveniente da un'informativa o da un rapporto medico-paziente. Si può ben (forse) decidere, in determinati casi estremi, che sia un rappresentante a scegliere; ma che lo scudo utilizzato sia quello della volontà del paziente – questo sembra quantomeno discutibile.

In conclusione, quindi, così come *deve* essere prestato (pena l'impossibilità, per il medico, di attivarsi), il consenso *può* essere revocato: nessun disagio del personale sanitario può valere a fronte dell'esercizio di una libertà fondamentale che coinvolge i supremi diritti e valori costituzionali – la vita, la salute, la conservazione e il rispetto della propria identità personale nell'esercizio di capitali scelte esistenziali. D'altro canto, pur laddove s'intendesse invocare – da parte del singolo professionista – la clausola *di coscienza* di cui all'art. 22 del Codice di deontologia medica (*Rifiuto di prestazione professionale*)<sup>307</sup>, al contempo così negando la natura eccezionale delle norme che nel nostro ordinamento prevedono e disciplinano l'istituto dell'obiezione di coscienza, tale diritto all'interruzione delle cure dovrebbe comunque rinvenire tutela nella complessiva organizzazione della struttura sanitaria di volta in volta considerata: la coscienza, infatti, è per antonomasia del singolo, non dell'amministrazione regionale; la "coscienza" delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano<sup>308</sup>. Per converso, pare, comunque, a chi scrive che tale obiezione non possa essere legittimamente esercitata al di fuori delle ipotesi espressamente e tassativamente indicate, ovvero al di fuori delle fattispecie *tipizzate*: non sembrerebbe possibile, quindi, prescindere dall'*interpositio legislatoris*, eccezion fatta per un riconoscimento giurisprudenziale di volta in volta operato, che consideri l'urgenza di un bilanciamento fra valori di rilievo costi-

---

<sup>306</sup> Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

<sup>307</sup> «Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». V. anche L. PALAZZANI, *Le linee del dibattito bioetico tra dovere di vivere e diritto di morire*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, p. 197.

<sup>308</sup> Così anche Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 04460, cit.

tuzionale. In questo senso, la clausola di cui all'art. 22 non sarebbe sufficiente a legittimare il rifiuto di atti giuridicamente dovuti: la disciplina deontologica, infatti, parrebbe piuttosto chiamata ad integrare una normativa già esistente, nonché univoca, da sola, nel suo contenuto permissivo o precludente<sup>309</sup>. Ciò perché l'obiezione di coscienza, con le sue fortissime potenzialità disgregative, rappresenta un'eccezione al generale principio secondo il quale alla legge si deve obbedienza indipendentemente dalla sua conformità con le convinzioni del singolo interessato: la richiesta, d'altro canto, non concerne l'abrogazione dell'obbligo giuridico rifiutato, bensì, semplicemente, il riconoscimento dell'esenzione per l'individuo nella sua particolarità.

### 15. *La fatica del legislatore italiano*

A séguito della decisione del padre/tutore, il 6 febbraio 2009 un'*équipe* di medici e paramedici procede con l'attuazione del protocollo di sospensione dell'alimentazione ed idratazione forzata; la paziente muore tre giorni dopo. L'archiviazione delle indagini viene disposta dall'Ordine dei Medici di Bergamo il 23 giugno 2009, dal Gip di Udine con un decreto dell'11 gennaio 2010<sup>310</sup>.

Similmente a quanto avvenuto negli Stati Uniti per Terri Schiavo, così la vita e la morte di Eluana Englaro hanno fatto letteralmente tremare i polsi ai partiti politici dei diversi schieramenti, nonché scardinato gli equilibri fra i differenti poteri dello Stato (magistratura-Parlamento e Parlamento-Presidente della Repubblica, per menzionare gli scontri più aspri ed eclatanti)<sup>311</sup> e addirittura rimesso in discussione, dopo quarant'anni, il concetto stesso di morte cerebrale<sup>312</sup>. In particolare, protagonista del di-

---

<sup>309</sup> L'univocità non contraddistingue, peraltro, il comma 6 dell'art. 1 del disegno di legge n. 2801, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*: «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Del resto, non poche perplessità genera, in termini di legittimità e validità, un'obiezione di coscienza "camuffata" grazie al richiamo del Codice deontologico e, di conseguenza ed implicitamente, del suo art. 22.

<sup>310</sup> Trib. Udine, 11 gennaio 2010, decreto inedito.

<sup>311</sup> Cfr. E. MALFATTI, *Nella babele delle lingue, una logica di inclusione porta con fatica alla composizione giudiziaria del caso Englaro*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Jovene, Napoli, 2009, p. 1073. V. anche C. CONSOLO, *La Cassazione «vertice immanente», non «ambiguo». Fra jus cogens prevalente sulla immunità giurisdizionale degli Stati (caso greco-tedesco risalente all'eccidio di Distomo e altri crimini bellici) e libertà di vivere con dignità fino all'ultimo (caso Englaro)*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1041.

<sup>312</sup> *Report of the Harvard Brain Death Committee, A definition of irreversible coma*, in JA-

battito italiano diviene il disegno di legge<sup>313</sup> (destinato ad essere approvato, in origine, entro la fine del 2008) la cui discussione viene avviata alle

---

MA, 1968, pp. 337-340. La polemica è avviata da L. SCARAFFIA, *A quarant'anni dal rapporto di Harvard. I segni della morte*, editoriale apparso sull'*Osservatore Romano* il 3 settembre 2008. Cfr. altresì il parere del Comitato Nazionale di Bioetica *I criteri di accertamento della morte*, 24 giugno 2010. Cfr. E. LECALDANO, *La questione della morte. Definizioni tra etica e filosofia*; C.A. DEFANTI, *La morte cerebrale. Definizioni tra etica e scienza*; P. BECCHI, *Definizione e accertamento della morte: aspetti normativi*; D. RODRIGUEZ, *Definizione e accertamento della morte: la prospettiva medico-legale*, e N. ZAMPERETTI, *I protocolli di prelievo in asistolia: rinuncia a definire la morte?*, tutti in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., rispettivamente pp. 2025 ss., p. 2037 ss., p. 2053 ss., pp. 2087 ss. e pp. 2105 ss., nonché S. CACACE, *Voce Morte*, in A. TARANTINO, E. SGRECCIA (diretta da), *Enc. Bioet. Sc. Giur.*, Esi, Napoli, 2015, VIII, 722-741.

<sup>313</sup> Trattasi della proposta di legge «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento», approvata dal Senato il 26 marzo 2009 in testo unificato (S. 10), trasmessa alla Camera e assegnata alla 12<sup>a</sup> Commissione permanente (Affari sociali) in sede referente il 2 aprile 2009 (C. 2350 – XVI Legislatura). Il 12 luglio 2011 il testo viene approvato dalla Camera con modificazioni; l'esame in seconda lettura presso il Senato, avviato nel settembre 2011, non è, tuttavia, mai giunto a conclusione. *Ex pluribus*, cfr. A. BONSIGNORE, R. CILIBERTI, F. DE STEFANO, M.T. PANICI, T. PEDRUCCI, *Le direttive anticipate di trattamento nella prospettiva del legislatore ed i riflessi medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1479; G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive delle dichiarazioni anticipate di volontà tra diritto vivente e proposte legislative*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 529; F. DE LUCA, M. FOCARDI, G. NORELLI, *Il disegno di legge circa le disposizioni anticipate di trattamento (alla luce delle modifiche del testo emanate dalla camera il 12 luglio 2011): un'occasione mancata?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1061; F. CEMBRANI, *Alcune note critiche sulla proposta di legge intesa a disciplinare le «dichiarazioni anticipate di trattamento»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1347; G. COLACINO, *Il disegno di legge sul c.d. testamento biologico: riflessioni critiche a margine di una discussa iniziativa legislativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1067; M. VILLONE, *Costituzione liberale vs. legislatore illiberale. Il caso del testamento biologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, p. 8; A. GALATONE, F. GARZONE, *Osservazioni sulla proposta di legge c.2350 in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Riv. pen.*, 2011, p. 471; A. GORASSINI, *Appunti sparsi sul c.d. testamento biologico*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 41; A. BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 85; C. CASINI, *Il dibattito sulle dichiarazioni anticipate di trattamento. Valutazioni e prospettive*, in *Med. mor.*, 2010, p. 617; G. TRAISCI, *L'attuale situazione giuridica in tema di dichiarazioni anticipate di trattamento (dat) nell'ambito del contesto europeo e delle singole legislazioni degli stati europei*, *ivi*, p. 705; A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 627; L. SAVARINO (a cura di), *Autonomia e limite*, cit., specie l'intervento di D. NERI, *Autonomia e dignità della persona alla fine della vita: chi decide?*, pp. 45-57; S. AGOSTA, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni detruentes ed almeno una proposta costruens)*, in *Dir. soc.*, 2009, p. 615; L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1281; A. SCALISI, *Il diritto a morire: profili problematici*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1069, e A. SCACCHI, *Il testamento biologico tra tutela del diritto alla vita e libertà di autodeterminazione*, in *Vita not.*, 2009, p. 1345. Infine, cfr. le raccomandazioni dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 779 «relativa ai diritti dei malati e dei morenti» (29 gennaio 1976, n. 779) e n. 1418 (25 giugno 1999, n. 1418), *Protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants*.

Camere proprio nei mesi, concitati, immediatamente precedenti alla morte di Englaro, anche perché sostanzialmente deputato ad impedirne il decesso. Peraltro, appare ancora interessante indagarne i punti salienti, che mettono in evidenza, ad ogni modo, gli snodi cruciali della problematica:

1) l'espressione del consenso informato e l'alleanza terapeutica così costituitasi fra medico e paziente si esplicita (sempre) in un documento da quest'ultimo sottoscritto, che diventa parte integrante della cartella clinica (art. 2, *Consenso informato*);

2) la dichiarazione anticipata di trattamento deve rendersi «in situazione di compiuta informazione medico-clinica» e contiene «il proprio orientamento circa l'attivazione o non attivazione di trattamenti sanitari, purché in conformità a quanto prescritto dalla legge e dal codice di deontologia medica». La DAT può altresì ricomprendere la rinuncia «ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti sanitari in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale» (art. 3, *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*). Infine, essa può contenere la nomina di un fiduciario (art. 6, *Fiduciario*);

3) l'alimentazione e l'idratazione, «nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente», non possono formare oggetto di dichiarazioni anticipate di trattamento e devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui risultino non più efficaci nel fornire al paziente i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo (art. 3, *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*);

4) la dichiarazione anticipata assume rilievo nel momento in cui sia accertato che il soggetto in stato vegetativo non è più in grado di comprendere le informazioni o di assumere le decisioni sanitarie che lo riguardano (art. 3, *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*);

5) tale forma di *living will* ha una validità di cinque anni, salvo che il soggetto sia divenuto incapace; la revoca, anche parziale, dev'essere sottoscritta dall'interessato. D'altra parte, in condizioni d'urgenza o quando il paziente versa in pericolo di vita immediato, la DAT non si applica (art. 4, *Forma e durata della dichiarazione anticipata di trattamento*);

6) le DAT sono «prese in considerazione» dal medico, il quale, una volta sentito il fiduciario, deve annotare nella cartella clinica le motivazioni per cui ritiene opportuno rispettarle o meno (art. 7, *Ruolo del medico*);

7) nell'ipotesi di conflitto fra fiduciario e professionista, interviene la valutazione di un collegio di medici, il cui parere è vincolante per il sanitario. Quest'ultimo, però, non è comunque tenuto a compiere atti contrari alle proprie convinzioni di carattere scientifico e deontologico (art. 7, *Ruolo del medico*);

8) eventuali dichiarazioni d'intenti o orientamenti espressi al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente normativa non possono con-

siderarsi dichiarazioni anticipate di trattamento: pertanto, non hanno alcun valore, nemmeno ai fini della ricostruzione della volontà dell'ammalato e anche se antecedenti all'entrata in vigore della legge stessa (artt. 3 e 4).

La fatica del legislatore italiano ne evidenzia altresì l'inettitudine: così formulato, infatti, si tratta di un testo di legge privo di sistematicità alcuna o di un reale intento dirimente, bensì esclusivamente orientato a sconfessare gli ultimi approdi giurisprudenziali in materia<sup>314</sup>. In definitiva, ad essere delineato e formalizzato è un documento la cui redazione sembra sprovvista di qualsivoglia utilità, poiché:

1) l'individuo non ancora "paziente" – quale è, per esempio, il testimone di Geova interessato a che un medico rispetti, in un futuro solo eventuale ed ipotetico, la sua opposizione ad un'emotrasfusione – non può, in generale, redigere una valida direttiva anticipata di trattamento, per carenza, in ipotesi, di *compiuta informazione medico-clinica*;

2) peraltro, lapalissiana appare la possibilità di rinunciare, per il tramite del *living will*, a trattamenti sanitari «sproporzionati o sperimentali», riguardo ai quali, per contro, il medico dovrebbe generalmente astenersi, salvo espressa e positiva richiesta del diretto interessato<sup>315</sup>. Inoltre, tale *sproporzione* non potrebbe mai riferirsi ad alimentazione ed idratazione (fatta salva l'ipotesi di completa loro inefficacia nel fornire al paziente gli essenziali fattori nutrizionali), per le quali è sempre preclusa al soggetto l'espressione di qualsivoglia volontà anticipata;

3) l'equivoco trova il suo culmine laddove (art. 3, comma 6) ci si riferisce all'autore e beneficiario delle DAT quale «soggetto in stato vegetativo», come se solo questa tipologia (del tutto peculiare, invero) di pazienti potesse usufruire di tale strumento di perpetuazione della volontà. Peraltro, specificare che il testamento biologico viene applicato dal momento in cui tale soggetto abbia perduto le sue capacità decisionali e di comprensione è

---

<sup>314</sup> Cfr. C. PICCOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare «forma al vuoto» in attesa di una legge*, in *Riv. AIC*, 2016, p. 21; ID., *Di una malintesa idea di libertà, per un rinnovato senso di responsabilità*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, p. 5; A. GIANNINI, G. GRISTINA, L. ORSI, V. VERGANO, *Le cure di fine vita in Italia: il problema e la sua possibile soluzione nella prospettiva dei clinici*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, p. 8; G. BATTIMELLI, *Il dibattito sul fine vita: note a margine di alcuni recenti documenti*, in *Med. mor.*, 2015, p. 452, e C. CASONATO, *Stato di derivazione liberale e fine vita: fra regola ed eccezione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, p. 15.

<sup>315</sup> Cfr. l'art. 16 del Codice deontologico, *Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati*: «Il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. Il controllo efficace del dolore si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato. Il medico che si astiene da trattamenti non proporzionati non pone in essere in alcun caso un comportamento finalizzato a provocare la morte».

quantomeno ultroneo e fuorviante, ad intendere che esistano ammalati in stato vegetativo ancora titolari di tali abilità;

4) infine, se si considera che la dichiarazione anticipata di trattamento viene disattesa («non si applica») in condizioni d'urgenza o d'immediato pericolo di vita (così escludendo, per esempio, la possibilità di un previo rifiuto della ventilazione artificiale), davvero non si comprende quali possano seriamente essere, allora, il legittimo contenuto e l'effettiva utilità di questo documento.

Detti rilievi acquistano tanto più valore se si associano alla sostanziale non-vincolatività, per il sanitario, di tali volontà, persino in caso di contrasto con il fiduciario e successivo intervento di un collegio di medici; trattasi, peraltro, di documento sì inutile, ma comunque capace di fare *tabula rasa* di tutto ciò che non è al suo interno contenuto (ma la domanda che potrebbe porsi è anche *quali* siano i possibili e legittimi contenuti di una DAT), si tratti di precedenti dichiarazioni dell'interessato o del mero riferimento al suo *way of life*. Tutta diversa, invece, appare, per esempio, la scelta tedesca, ove il legislatore senz'altro codifica il compito dell'amministratore di sostegno di ricostruzione di una presunta volontà del beneficiario in assenza di un'utile *Patientenverfügung*, considerando non solo le precedenti esternazioni sia orali sia scritte, ma altresì le convinzioni etiche e religiose, nonché altre personali rappresentazioni di valori dell'interessato (§ 1901a)<sup>316</sup>.

## 16. Rifiuto di cure, trattamenti sanitari e accanimento terapeutico

La legge francese 22 aprile 2005, n. 370, *relative aux droits des malades et à la fin de vie*<sup>317</sup>, con le successive modifiche di cui alla *loi n° 2016-87 du*

---

<sup>316</sup> Peraltro, al configurarsi di un grave e durevole danno alla salute quale conseguenza del consenso/dissenso dell'amministratore di sostegno, l'intervento autorizzatorio del tribunale è previsto nella sola ipotesi di contrasto, fra l'amministratore e il medico curante, circa l'interpretazione della volontà del beneficiario. Tale autorizzazione, del resto, non può essere negata laddove «il consenso, il rifiuto o la revoca siano conformi alla volontà dell'amministrato» (§ 1904).

<sup>317</sup> In particolare, v. i commenti di A.-M. LEROYER, *Droits des malades. Fin de vie*, in *RTD civ.*, 2005, p. 645, e di D. DE SAINT AFFRIQUE, *Regard sur la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie*, in *Méd. droit*, 2005, p. 133. L'emanazione di tale legge è seguita dai decreti attuativi 6 febbraio 2006, n. 119, *relatif aux directives anticipées prévues par la loi n. 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires)*; 6 febbraio 2006, n. 120, *relatif à la procédure collégiale prévue par la loi n. 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires)*, e 6 febbraio 2006, n. 122, *relatif au contenu du projet d'établissement ou de service social ou médico-social en matière de soins palliatifs*. V. A. LIENHART, *Fins de vie: que prévoit la proposition de loi?*, in

2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie<sup>318</sup>, prevede (art. L. 1111-11 del Code de la santé pu-

*Méd. droit*, 2005, p. 10, e M. BERTRAND, *Euthanasie: ne pas céder à l'émotion*, in *JCP G*, 2008, 14, p. 3. L'approvazione della *loi Léonetti* avviene, in Francia, a séguito del dibattito scaturito dall'*affaire Humbert* e quale frutto dei lavori della *Mission parlementaire sur l'accompagnement de la fin de vie*, presieduta, appunto, da Jean Léonetti, medico e deputato: v. A. CAYOL, *La loi sur la fin de vie*, in *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, 25, p. 75; S. LACOMBE-RINCK, *La légalisation de l'euthanasie: l'arrêt de soin peut-il être considéré comme une mort naturelle?*, in *Quaderni*, 2006, 62, p. 45; V. HUMBERT, *Je vous demande le droit de mourir*, Babelio, Parigi, 2004; E. PULICE, *La disciplina del fine vita nell'ordinamento francese*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., pp. 609 ss., e E. CAPRINO, *Francia: l'approvazione della legge sulla fin de vie*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 maggio 2005. Cfr. altresì C. PASOLINI, *Francia, finito il calvario di Chantal: chiese l'eutanasia, trovata morta*, in *La Repubblica*, 20 marzo 2008, riguardo al caso di Chantal Sébire. V. anche la legge del Granducato di Lussemburgo del 16 marzo 2009, *relative aux soins palliatifs, à la directive anticipée et à l'accompagnement en fin de vie*.

<sup>318</sup> V., *ex pluribus*, C. BOURDAIRE-MIGNOT, T. GRÜNDLER, *La nuova legge francese sul fine vita. i primi sguardi sulla legge del 2 febbraio 2016 e la creazione di nuovi diritti per i malati e le persone in fin di vita*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 16; L. GAUDINO, *Novità in tema di fine vita: Canada, Inghilterra, Francia ... e Friuli-Venezia Giulia*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 2046; A. DENIZOT, *Le nouveau droit de fin de vie*, in *RTD civ.*, 2016, p. 460; F. VIALLA, P. VERON, *Fin de vie (loi du 2 février 2016): légalité d'une décision d'arrêt des traitements*, in *D.*, 2016, p. 2345; L. FERMAUD, *Les droits des personnes en fin de vie*, in *AJDA*, 2016, p. 2143; G. RAOUL-CORNEIL, *Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée*, in *Droit fam.*, 2016, 10, p. 20; J.-R. BINET, *Présentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, *ivi*, 10, p. 16; F. VIALLA, *Penser sa mort? A propos des décrets du 3 août 2016*, in *D.*, 2016, p. 1869; J.-P. VAUTHIER, *Fin de vie: les précisions réglementaires*, in *JCP G*, 2016, p. 1587; R. DESGORCES, *La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, in *Petites Affiches*, 2016, 117, p. 12; J. LEONETTI, F. VIALLA, *Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2016, 59, p. 75; J.-C. BONNEAU, *Traitement de la douleur du patient en fin de vie: le prix de l'abstention*, in *JCP G*, 2016, p. 936; A. CHEYNET DE BEAUPRE, *Loi sur la fin de vie: «tu ne tueras point»*, in *Rev. jur. pers. fam.*, 2016, 4, p. 7; E. TERRIER, *Première lecture de la loi Léonetti créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, in *Gaz. Pal.*, 2016, 13, p. 13; Y.-M. DOUBLET, *La loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, in *Petites Affiches*, 2016, 56, p. 7; C. MAISONNEUVE, *Note sous décret numéro 2016-5 du 5 janvier 2016 portant création du Centre national des soins palliatifs et de la fin de vie*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2016, p. 357; B. US, *Note sous proposition de loi de Messieurs Alain Clayses et Jean Léonetti, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, *ivi*, p. 356; B. LEGROS, A. GHOZIA, A. DIAS PEREIRA, *Les directives anticipées*, *ivi*, p. 193; C. BERGOIGNAN ESPER, *La loi du 2 février 2016: quels nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie*, in *RDSS*, 2016, p. 296; A. CHEYNET DE BEAUPRE, *Du nouveau pour les soins palliatifs?*, in *Rev. jur. pers. fam.*, 2016, 3, p. 23; V. DEPADT, *Le droit à une sédation et les directives anticipées: principaux apports de la loi «Clays-Léonetti» du 2 février 2016*, in *Lexbase*, 2016, 645, p. 43; A. CHEYNET DE BEAUPRE, *Fin de vie: l'éternel mythe d'Asclépios*, in *D.*, 2016, p. 472; P. MISTRETTA, *De l'art de légiférer avec tact et mesure. A propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016*, in *JCP G*, 2016, p. 417; F. VIALLA, *Fin de vie (proposition de loi): accord en commission mixte paritaire*, in *D.*, 2016, p. 2014, e N. JOUSSET, C. ROUGE-MAILLART, *La fin de vie: 7e journée de droit médical du CHU d'Angers (21 octobre 2014) en présence de Monsieur Jean Léonetti et du Pr. Régis Aubry*, in *Méd. Droit*, 2016, 136, p. 1.

*blique*) che «toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux (...)». Ai sensi del terzo e quarto comma del medesimo art. L. 1111-11, peraltro, tali direttive anticipate, «s'impongono al médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement, sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale. La décision de refus d'application des directives anticipées, jugées par le médecin manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale du patient, est prise à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire et est inscrite au dossier médical. Elle est portée à la connaissance de la personne de confiance désignée par le patient ou, à défaut, de la famille ou des proches».

Benché il grado di vincolatività qui prescelto e tratteggiato appaia elevato<sup>319</sup>, il contenuto di tali documenti viene circoscritto, con una precisazione che appare inspiegabile, ai desideri dell'ammalato relativi alla fine della sua vita<sup>320</sup>. Al contrario, s'è visto<sup>321</sup> come l'impellenza che ispira e motiva l'istituto del testamento biologico non è tanto e solamente l'approssimarsi della morte, bensì è, soprattutto, la situazione d'incapacità, anche assolutamente transitoria, in cui venga a trovarsi colui che lo ha redatto. Di conseguenza, si è già avuto modo di sottolineare come le direttive anticipate possano senz'altro contenere indicazioni attorno alle opzioni diagnostico-terapeutiche dal paziente prescelte e all'opportunità o meno, per esempio, di procedere ad un'emotrasfusione, anche non indispensabile alla sopravvivenza, altresì riguardo ad interventi d'elezione o da tempo programmati e per nulla emergenziali, nonché prevedere, addirittura, una volontà *positiva* riguardo alla propria sottoposizione a determinati trattamenti sanitari.

---

<sup>319</sup> V. anche l'art. R. 4127-37-1 del *Code de la santé publique*. Cfr., invece, il punto quarto della *Charte de la personne hospitalisée* (circolare del 2 marzo 2006): «Les directives anticipées n'ont pas de valeur contraignante pour le médecin. Celui-ci reste libre d'apprécier les conditions dans lesquelles il convient d'appliquer les orientations exprimées par le patient (...) compte tenu de la situation concrète et de l'éventuelle évolution de l'état de l'art médicale». Cfr. L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Famiglia*, 2006, p. 445. V., infine, l'avis del *Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la vie et de la santé*, n. 121, *Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir*, 1° luglio 2013, sul quale v. il commento di F. VIALLA, «*Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir*»: *avis du CCNE*, in *D.*, 2013, 25, p. 1690.

<sup>320</sup> Tale limitazione è più volte ribadita dal testo di legge, nonché dalla lettera del decreto attuativo 6 febbraio 2006, n. 119. Cfr. F. MISLAWSKY, *Directives anticipées et autonomie de la personne en fin de vie*, in *Méd. droit*, 2009, p. 103.

<sup>321</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 7, *Le direttive anticipate di trattamento*.

In sede di discussione a camere unificate, peraltro, i francesi hanno considerato idratazione e alimentazione artificiali a tutti gli effetti dei trattamenti sanitari – in ordine ai quali, di conseguenza, il paziente può esprimere la sua volontà. Parimenti, in Italia, e a dispetto del parere già espresso dal Comitato Nazionale di Bioetica<sup>322</sup> sull'onda della vicenda di Terri Schiavo, la Corte di cassazione<sup>323</sup> identifica quali *trattamenti sanitari* alimentazione ed idratazione forzata tramite sondino nasogastrico, poiché integrano un'attività che «sottende un sapere scientifico», posta in essere da medici, seppur poi proseguita da non medici, nonché consistente «nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche»<sup>324</sup>. Orbene, non è (solo) questo il punto. La libertà personale non è diritto oggetto di tutela nel mero ambito sanitario (e ciò senza dover neppure necessariamente scomodare l'ipotesi esemplificativa del detenuto in sciopero della fame<sup>325</sup>) né è mai stato oggetto di reale di-

---

<sup>322</sup> Parere del 30 settembre 2005, *L'alimentazione e idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*. Similmente, cfr. il parere *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit. V. anche il glossario «Stato vegetativo e stato di minima coscienza», 17 novembre 2008, presentato dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali.

<sup>323</sup> Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

<sup>324</sup> Così anche l'ultimo disegno di legge, n. 2801, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*: «ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici» (art. 1, comma 5).

<sup>325</sup> Esclude l'intervento coattivo sul detenuto in sciopero della fame (salvo il ricorrere degli estremi per un trattamento sanitario obbligatorio, ovvero l'accertamento di uno stato patologico che spieghi il rifiuto dell'alimentazione): Trib. Milano, 10 aprile 1989, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Sanità pubblica*, n. 147. Cfr. la giurisprudenza riportata da F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 2, nonché CEDH, 12 ottobre 2005, *Nevmerjitski c. Ukraine*, n. 54825/00. Al riguardo, si è da ultimo affermato che, «nello sciopero della fame, la libertà di scelta, per essere libera, deve essere informata, vale a dire forgiarsi solo sulla scorta di una corretta ed esaustiva informazione da parte del medico». Di conseguenza, dinanzi al paziente/detenuto che, nonostante un importante suo stato di denutrizione, rifiuti di alimentarsi e d'idratarsi (quale estrema forma di protesta onde far valere le proprie ragioni), i sanitari devono comunicare all'ammalato i dettagli delle condizioni di salute in cui versa e la «prognosi a breve inevitabilmente infausta», laddove egli persistesse nei suoi propositi: si tratta della perizia disposta dalla terza sezione della Corte d'assise di Roma al fine di determinare le cause della morte di Stefano Cucchi, avvenuta il 21 ottobre del 2009 nel reparto giudiziario dell'ospedale Sandro Pertini di Roma, a pochi giorni dal suo arresto: cfr. [www.lastampa.it](http://www.lastampa.it), notizia del 13 dicembre 2012. Il processo penale perciò avviato vede imputati sei medici, tre infermieri e tre agenti della polizia penitenziaria: la colpa è quella di aver sottovalutato le condizioni di salute dell'ammalato e di non averne disposto il trasferimento in un reparto di terapia intensiva, cagionandone la morte per inanizione. Infine, v. G. GLIATTA, *Il consenso informato in ambito medico-chirurgico tra diritto alla salute e alla autodeterminazione*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 460. Parimenti dev'essere osservato il fermo diniego all'apposizione di bandine laterali di sicurezza al proprio letto, salvo voler integrare il reato di sequestro di persona: cfr. Trib. Trieste, 12 gennaio 2011, in *Banca Dati Sistema Leggi d'Italia (De Agostini)*, che esclude la responsabilità della struttura ospedaliera per il danno

scussione se il contenuto del *living will* sia da limitarsi ai soli trattamenti medici (tutt'altro, se si considera che le direttive anticipate potrebbero ben vertere sulla disposizione di parti del proprio cadavere o sulle modalità di svolgimento della cerimonia funebre<sup>326</sup>). In definitiva, laddove si accogla la possibilità di rifiutare, per il tramite della redazione di un testamento biologico, anche un trattamento sanitario salva-vita, non si comprende affatto la ragione di un distinguo rispetto ad una volontà simile, ma concernente alimentazione ed idratazione artificiali.

Dalla natura *sanitaria* di tali atti assistenziali<sup>327</sup> dipende, invece, la configurabilità di un accanimento terapeutico. Del resto, si è visto come i giudici di legittimità<sup>328</sup> abbiano risolto il caso Englaro con la carta della volontà della paziente, non con quella dell'accanimento terapeutico: infatti, il sondino nasogastrico è considerato «presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza (...) alla particolare forma di alimentazione»<sup>329</sup>. Non c'è sproporzione: senza il sondino, Eluana muore; le condizioni della paziente sono irreversibili sì, ma non terminali: grazie al sondino, è ancora ella in grado di vivere per molto tempo ancora o, quantomeno, per un tempo indefinito. In Francia, al contrario, l'idratazione e la nutrizione artificiali a beneficio di un paziente in stato (questa volta) di

---

riportato dalla paziente caduta dal letto, la quale, seppur di età avanzata (novantatreenne), era perfettamente lucida e in grado d'autodeterminarsi.

<sup>326</sup> E persino – si è altresì ipotizzato – sui rapporti sessuali che eventualmente verranno intrattenuti una volta sopraggiunta l'incapacità: cfr. A. BONI-SAENZ, *Sexual Advance Directives*, in *Ala. L. Rev.*, 2016, 68, p. 1.

<sup>327</sup> Cfr. C. LEQUILLERIER, *L'arrêt de l'alimentation artificielle des personnes en fin de vie ou atteintes de maladie incurable*, in *Rev. droit san. soc.*, 2009, p. 115.

<sup>328</sup> Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

<sup>329</sup> Cfr. il parere del Consiglio superiore della sanità, in *Guida al dir.* 2007, 37, reso nella seduta del 20 dicembre 2006 (in risposta al seguente quesito del Ministro della Salute: «se nel trattamento cui è sottoposto attualmente il Signor Welby non possa ravvisarsi la fattispecie del c.d. *accanimento terapeutico*»), che adotta una nozione di accanimento terapeutico quale «somministrazione ostinata di trattamenti sanitari in eccesso rispetto ai risultati ottenibili e non in grado, comunque, di assicurare al paziente una più elevata qualità della vita residua, in situazioni in cui la morte si preannuncia imminente e inevitabile», accezione che «non si fonda su elementi clinici e scientifici rigorosamente oggettivi, né sull'evidenza codificata di netti limiti di demarcazione tra ciò che è sicuramente auspicabile e vantaggioso per il paziente e ciò che sicuramente non lo è». Inoltre, la «ben nota individualità e specificità di ciascun caso clinico che giunge all'osservazione del medico (...) rende non solo sconsigliabile, ma anche potenzialmente foriera di tragiche conseguenze, l'adozione e l'applicazione automatica di stereotipi clinici di riferimento». V. altresì C. VIAFORA, *La proporzionalità delle cure: orizzonte normativo dell'etica dell'accompagnamento*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., pp. 565 ss.; S. ROMANO, F. BELLINO, *Accanimento terapeutico*, in E. SGRECCIA, A. TARANTINO (diretta da), *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, Esi, Napoli, 2009, I, p. 98 ss., e ROMANO, *Astensione terapeutica*, *ivi*, pp. 626 ss.

minima coscienza possono ben essere ritenuti sproporzionati ed inutili, manifestazione di un'«obstination déraisonnable» volta ad un mero «maintien artificiel de la vie» (artt. L. 1110-5-1 e R. 4127-37 del *Code de la santé publique*), previa collegiale valutazione medica e, laddove possibile, grazie alla ricostruzione della volontà del paziente (anche non espressa per il tramite delle direttive anticipate, bensì, eventualmente, esternata con altre modalità informali). È il caso, in particolare, di Vincent Lambert<sup>330</sup>: la

---

<sup>330</sup> Cons. Etat, 24 juin 2014, nn. 375081, 375090, 375091, e CEDH, *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, n. 46043/14: cfr., *ex pluribus*, R.G. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra corti*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, 3, p. 12; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Pourquoi l'affaire Lambert n'en finit pas?*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, 3, p. 5; M.R. DONNARUMMA, *Retour sur l'affaire Lambert à la lumière de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Nomos*, 2015, 2, p. 8; U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Riv. AIC*, 2016, 2, p. 31; L. BUSATTA, *Per la costruzione di un pluralismo sostenibile nel rapporto tra diritto e scienze della vita*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 30; L. REED, *Il margine di apprezzamento dei giudici nazionali su questioni oggetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 7; N. MARCHEL, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il «diritto a morire»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, p. 87; C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso «Lambert» fra necessità e rischi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 489; G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, p. 20; T. COUSSENS-BARRE, *Affaire Lambert: illégalité de la décision suspendant la procédure collégiale*, in *AJDA*, 2016, p. 1932; A. CLAEYS, *L'affaire Lambert à l'épreuve du choc des convictions et des exigences de l'éthique et du droit*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2015, 57, p. 79; J.-P. VAUTHIER, E. MARTINEZ, R. BOURRET, C. GIQUEL, F. VIALLA, *La loi règne sur tout. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 5 juin 2015, Lambert et autres c/France*, in *Méd. droit*, 2015, 135, p. 137; J.-R. BINET, *Fin de vie: complexité sur complexité ne vaut!*, in *Droit fam.*, 2015, 11, p. 1; X. DUPRE DE BOULOIS, *La Cour européenne des droits de l'homme et l'affaire Vincent Lambert: à la recherche du temps perdu ...*, in *Rev. droits lib. fond.*, 2015, p. 24; L. BURGORGUE-LASEN, *Droit à la vie*, in *AJDA*, 2015, 31, p. 1737; Id., *Méthodologie de la Cour*, in *AJDA*, 2015, 31, p. 1736; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles d'une personne en état végétatif ne méconnaît pas l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme; Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, 5 juin 2015, affaire numéro 46043/14, Lambert contre France*, in *Gaz. Pal.*, 2015, 254-255, p. 17; G. MEMETEAU, *Traversée civiliste du couloir de la mort*, in *Gaz. Pal.*, 2015, 245-246, p. 7; C. LEUZZI-LOUCHAR, *Note sous Cour européenne des droits de l'homme, grande Chambre, 5 juin 2015, Lambert et autres contre France, arrêt numéro 46043/14*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2015, 56, p. 404; B. US, *Note sous Cour Européenne des Droits de l'homme, Grande Chambre, 5 juin 2015, Affaire Lambert et autres contre France, arrêt numéro 46043/14*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2015, 56, p. 263; J. SAISON, *Le juge administratif, l'absence de consentement et la fin de vie*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2015, 57, p. 59; G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, F. VIALLA, *L'affaire Vincent Lambert: l'épilogue au niveau européen?*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2015, p. 56, 17; J.-R. BINET, *Pas de violation du droit à la vie du patient en cas d'interruption de son alimentation et de son hydratation*, in *Droit fam.*, 2015, 9, p. 72; F. SAUMON, *Affaire Lambert et autres contre France-Chronique d'une procédure ad vitam aeternam*, in *JDSAM*, 2015, 3, p. 43; V. DEPADT, *Le droit français sur la fin de vie à l'épreuve de la CEDH*, in *RJPF*, 2015, 9, p. 14; F. VIALLA, *Nous savons qu'il faut mourir, et qui sait si ce n'est pas aujourd'hui même*, in *D.*, 2015, p. 1625; J.-G. MAHINGA, *Noli me tangere*, in *Petites Affiches*, 2015, 136, p. 7; F. SUDRE, *La fin de vie devant la Cour EDH: un brevet de conven-*

carta utilizzata, allora, non è più quella dei *desiderata* dell'ammalato, i quali condizionano sì la decisione, laddove presenti, ma la cui mancanza non impedisce, ai sanitari, di procedere comunque con l'interruzione delle cure. Il problema, dunque, si sposta nell'ambito delle linee guida della professione e sulla possibilità di configurare un accanimento terapeutico (una *sproporzione*) in assenza di condizioni di terminalità e di straordinaria invasività delle terapie, ma in presenza – questo sì – di un soggetto gravemente disabile, con una qualità della vita ritenuta molto bassa o, addirittura, inesistente<sup>331</sup>.

---

*tionnalité délivré à la loi Leonetti*, in *JCP G*, 2015, p. 1331; J.-M. LARRALDE, *La Cour de Strasbourg face à «l'obstination déraisonnable» des traitements dispensés aux personnes en état végétatif chronique*, in *RTDH*, 2015, p. 1097; I. CORPART, *Épilogue signé par la CEDH dans l'affaire Vincent Lambert*, in *RJPF*, 2015, 7, p. 20; L. CIMAR, *Nul n'est censé ignorer les droits fondamentaux des patients en fin de vie, pas même le médecin, encore moins la Justice ...*, in *Rev. droit lib. fond.*, 2015, p. 18; F. SUDRE, *Brevet de conventionnalité pour la loi Leonetti*, in *JCP G*, 2015, p. 1210; F. VIALLA, M. REYNIER, *Usque adeone mori miserum est?*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2015, 131, p. 32; B. DESOLNEUX, *Épilogue de l'affaire Vincent Lambert: la CEDH confirme la décision du Conseil d'État*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2015, 129, p. 50; N. BELRHOMARI, *L'affaire Vincent Lambert, un cas de conscience pour le juge*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2014, 53, p. 131; F. VIALLA, M. DELOUVEE, J. DUGNE, J. FONTANA, A. GIBELIN, A. NIETO, P. VERON, *Affaire Vincent L.: les maux de la fin*, in *Méd. Droit*, 2014, 129, p. 135; G. MEMETEAU, *L'affaire Lambert*, in *Méd. Droit*, 2014, 129, p. 129; D. THOUVENIN, *L'arrêt «Lambert», miroir des limites de la loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti*, in *RDSS*, 2014, p. 1101; C. BERNARD-XEMARD, *Vincent, sa famille, ses médecins et les autres ...*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2014, 120, p. 40; Y.-M. DOUBLET, *La décision du Conseil d'État du 24 juin 2014 sur l'arrêt des traitements de Vincent Lambert: une décision sage et raisonnée*, in *Petites Affiches*, 2014, 208, p. 6; H. PAULIAT, D. BORDESSOULE, S. TRARIEUX-SIGNOL, *Affaire Vincent Lambert: au-delà de la légalité, la volonté du patient*, in *JCP A*, 2014, 41, p. 32; G. KOERCKEL, *Observations critiques sur l'affaire Vincent Lambert*, in *JCP A*, 2014, 41, p. 29, e D. VIGNEAU, *L'affaire Vincent Lambert et le Conseil d'État*, in *D.*, 2014, p. 1856; D. TRUCHET, *L'affaire Lambert*, in *AJDA*, 2014, p. 1669. Per l'ordinamento inglese, v., similmente, *United Lincolnshire Hospitals NHS Trust Applicant – and N (by her litigation friend the Official Solicitor)* [2014] EWCOP 16.

<sup>331</sup> Cfr. l'art. R. 4127-37-2 del *Code de la santé publique*: «La décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté et en l'absence de directives anticipées, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés, au titre du refus d'une obstination déraisonnable, ne peut être prise qu'à l'issue de la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 et après qu'a été recueilli auprès de la personne de confiance ou, à défaut, auprès de la famille ou de l'un des proches le témoignage de la volonté exprimée par le patient. Le médecin en charge du patient peut engager la procédure collégiale de sa propre initiative. Il est tenu de le faire à la demande de la personne de confiance, ou, à défaut, de la famille ou de l'un des proches. La personne de confiance ou, à défaut, la famille ou l'un des proches est informé, dès qu'elle a été prise, de la décision de mettre en œuvre la procédure collégiale. (...). La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est motivée. La personne de confiance, ou, à défaut, la famille, ou l'un des proches du patient est informé de la nature et des motifs de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement. La volonté de limitation ou d'arrêt de traitement exprimée dans les directives anticipées ou, à défaut, le témoignage de la personne de confiance, ou de la famille ou de l'un des proches de la volonté exprimée par le patient, les avis recueillis et les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient».

Piergiorgio Welby, al contrario, richiede l'interruzione della terapia di ventilazione assistita accompagnata dalla somministrazione di farmaci a scopo sedativo, dinanzi alla prospettiva (ormai d'imminente realizzazione) di una morte per mancanza d'aria, a causa di una distrofia facio-scapolo-omerale giunta, infine, al suo ultimo stadio. Anche in questo caso, difficile è ragionare di accanimento terapeutico; non v'è sproporzione: una volta spento il respiratore automatico, Welby muore. Di conseguenza, il mantenimento della terapia di ventilazione assistita rappresenta *semplicemente* una violazione gravissima del diritto al rispetto della propria volontà in ordine alle cure cui continuare (o meno) a sottoporsi<sup>332</sup>. Nella vicenda di Welby, peraltro, l'attuazione di tale indefettibile diritto «a rifiutare liberamente e consapevolmente la terapia, anche nel caso in cui quest'ultima consentirebbe di salvare la vita al paziente», viene erroneamente subordinata<sup>333</sup> proprio alla possibilità d'individuare un'ipotesi di accanimento te-

---

<sup>332</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *I presupposti di liceità del trattamento medico*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 345. V. altresì D. NERI, *Il diritto di decidere la propria fine*; F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, e G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, tutti in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., rispettivamente pp. 1785 ss., pp. 1813 ss. e pp. 1865 ss.

<sup>333</sup> Così respingendo la richiesta di Welby di cessazione della terapia meccanica salvavita: v. Trib. Roma, 16 dicembre 2006 (ord.), in *Foro it.*, 2007, I, c. 571 e c. 2231, con commenti rispettivamente di G. CASABURI e di D. MALTESE, *Diritto al rifiuto delle cure*, cit.; in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 78, con annotazioni di G. ALPA, *Il danno da accanimento terapeutico*, e in *Fam. dir.*, 2007, p. 292, con nota di R. CAMPIONE, «Caso Welby»: il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazioni degli interpreti. A tal proposito, cfr. altresì C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1145; F. VIGANÒ, *Esiste un «diritto ad essere lasciati morire in pace»? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 5; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del «caso Welby»*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1002; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno «spazio libero dal diritto»*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 902; G.M. SALERNO, *Un rinvio della questione alla Consulta poteva essere la soluzione appropriata*, in *Guida al dir.*, 6 gennaio 2007, p. 46; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice, la legge e i diritti di Welby*, articolo comparso sulla prima pagina del quotidiano *La Repubblica* il 19 marzo 2007; S. RODOTÀ, *Su Welby l'occasione mancata dei giudici*, in *La Repubblica*, 18 dicembre 2006, e G. GILARDI, *La difficile vita e la morte dignitosa di Piergiorgio Welby*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 1117. Infine, *ex pluribus* (e senza alcuna volontà esaustiva), attorno a tematiche che sconfinano pressoché inevitabilmente nella questione eutanasi: G. CRICENTI, *Diritti soggettivi e bioetica*, in *Biodiritto*, 2012, p. 15; B. TASSONE, *Riflessioni multidisciplinari e comparatistiche sull'eutanasia*, *ivi*, p. 69; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 206 ss.; S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 147 ss.; F. MANCUSO, *Valori, democrazia, principi: a partire dal testamento biologico*, e G. BISOGNI, *Interpretazione e decisione: riflessioni sul caso Welby*, entrambi in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita*, cit., rispettivamente p. 213 e p. 247; M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La muerte digna como proyecto existencial*, in *La Ley* 17 de febrero de 2009, p. 1; P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos: questioni bioetiche di fine vita*, Jovene, Napoli, 2009; G. MÉMETEAU, «Par principe d'humanité: la marche vers l'euthanasie», in *Méd. droit*, 2009, p. 45; V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica*, in *Riv. pen.*, 2009, p. 31; A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Utet, Milanofiori Assago, 2008; M. GHEZA, *Essai de déconstruction juridique*

rapeutico<sup>334</sup>. Per contro, la necessità d'indagare la sussistenza di un caso

*du droit à la mort*, in *Revue droit sanit.soc.*, 2008, p. 1071; M. CORLETO (a cura di), *Diritto e diritti di fronte alla morte. Dall'eutanasia al diritto di morire*, Esi, Napoli, 2006; F. INTRONA, *Direttive anticipate: sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 9; D. RODRIGEZ-ARIAS VAILHEN, *Una muerte razonable: testamento vital y eutanasia*, Desclée de Brouwer, Henao, 2005; G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 32; A. BARBISAN, *Sacralità della vita e bilanciamenti nella giurisprudenza inglese ed in quella della Corte europea di Strasburgo*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 61, nota di commento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 aprile 2002, *Pretty v. United Kingdom*, e a quella dell'Alta Corte di Giustizia d'Inghilterra, 22 marzo 2002, *B. v. NHS Hospital Trust*; D. VISENTIN, *La legge olandese sull'eutanasia: un esempio da seguire?*, in *Il dir. fam. pers.*, 2002, p. 663; M. AQUINO, R. TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, *ivi*, p. 641; P. PEDROT, *Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité? L'affaire Pretty c/ Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002*, in *Rev. droit san. soc.*, 2002, p. 475; A. GARAY, *Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme: le «précédent» de la dramatique affaire Pretty*, in *Gaz. Pal.*, 2002, p. 1244; G. CASSANO, *L'eutanasia*, in *Il dir.fam.pers.*, 2002, p. 618; ID. *L'eutanasia nella legge olandese ed in un recente caso giurisprudenziale italiano*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 573; F.D. BUSNELLI, E. PALMERINI, *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, V aggiornamento, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 151 ss.; R. COHEN-ALMAGOR, *The Right to Die with Dignity*, Rutgers University Press, Londra, 2001; H. BIGGS, *Euthanasia. Death with Dignity and the Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001; M. SOMERVILLE, *Death Talk*, McGill-Queen's University Press, Montréal, 2001; M. OTLOWSKI, *Voluntary Euthanasia and the Common Law*, Clarendon Press, New York, 2000; L. RAVILLON, *Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique*, in *Rev. droit san. soc.*, 1999, p. 191; D.C. THOMASMA, *Asking to Die: Inside the Dutch Debate about Euthanasia*, Kluwer Academic, Dordrecht, 1998; E. DUNET-LAROUSSE, *L'euthanasie: signification et qualification au regard du droit pénal*, in *Rev. droit san. soc.*, 1998, p. 265; H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 185 ss.; F. ONGARO BASAGLIA, *Eutanasia: libertà di scelta e limiti del consenso*, in *Dem. dir.*, 1996, p. 205; R. DWORIN, *Il dominio della vita: aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994; J.-L. BAUDOIN, D. BLONDEAU, *Ethique de la mort et droit à la mort*, PUF, Parigi, 1993; D. BROCK, *Life and Death. Philosophical Essays in Biomedical Ethics*, Cambridge University Press, New York, 1993; H. JONAS, *Il diritto di morire*, Il melangolo, Genova, 1991; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, *cit.*, pp. 301 ss.; H. KUHSE, *The Sanctity-of-Life Doctrine in Medicine. A Critique*, Oxford University Press, Oxford, 1987; D. LABETOULLE, *Un traitement palliatif pratiqué sur un patient qui se refuse à l'intervention nécessaire par son état n'est pas contraire à la déontologie médicale*, in *Rev. droit san. soc.*, 1981, pp. 413 ss., e E. FORTUNA, *La responsabilità professionale del medico nella terapia del dolore*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 717.

<sup>334</sup> Trib. Roma, 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049, in *Corr. mer.*, 2010, p. 237, con nota di G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*; in *Ind. pen.*, 2009, p. 227, con commento di G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro*, *cit.*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 68, con commento di A. VALLINI, *Rifiuto di cure «salvavita» e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*; in *Cass. pen.*, 2008, p. 1807, con commento di C. CUPELLI, *Il «diritto» del paziente (di rifiutare) e il «dovere» del medico (di non perseverare)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 73, con nota di M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 463, con commento di M. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*; in *Studium iuris*, 2008, p. 502, con nota di A. GUAZZAROTTI, *Rifiuto trattamenti sanitari salvavita*; in *Foro it.*, 2008, II, c. 105, con commento di G. CASABURI, *Diritto di morire e omicidio del consenziente scriminato*; *ivi*, I, p. 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del tratta-*

d'insistenza terapeutica sorgerebbe nella sola evenienza in cui l'interessato sia nella condizione «di non poter esprimere la propria volontà, che, se positiva», potrebbe «riconvertire il presunto accanimento in terapia voluta e che, se negativa», ne potrebbe «lamentare la violazione»<sup>335</sup>. Pertanto, la definizione di accanimento terapeutico, con la conseguente, necessaria demarcazione dei confini dell'obbligo giuridico del medico d'agire, d'intervenire o di continuare ad intervenire per la cura del proprio paziente, nonché proprio al fine di scongiurare qualsivoglia trattamento *sproporzionato*, rileva soltanto al capezzale di un malato incosciente. Per il resto, dinanzi ad un soggetto cosciente e capace, la sua volontà rappresenta l'unica guida nella concreta applicazione di un sapere scientifico. È per questo motivo, dunque, che già il titolo – poi modificato in sede di approvazione a testo unificato, avvenuta alla Camera il 20 aprile 2017 – della proposta di legge n. 1142, *Norme in materia di consenso informato e di di-*

---

*mento*, cit., e in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 676, con nota di R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*. Infine, cfr. D. CARUSI (a cura di), *Davanti allo specchio. La persona, il diritto, la fine della vita*, Giappichelli, Torino, 2013; P. BECCHI, *La giustizia tra la vita e la morte. Welby, Englaro e il testamento biologico*, Giappichelli, Torino, 2012; C. SARTEA (a cura di), *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 111 ss.; P. FUNGHI (a cura di), *Curare e prendersi cura. Temi di bioetica e di biodiritto*, FrancoAngeli, Milano, 2009, pp. 189 ss., e S. MAGRA, *La responsabilità professionale medica*, in *La Resp. civ.*, 2008, p. 842.

<sup>335</sup> Trib. Roma, 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049, cit. Coerentemente, cfr. il parere del Consiglio superiore della sanità (in *Guida al dir.*, 2007, p. 37) reso nella seduta del 20 dicembre 2006 (in risposta al seguente quesito del Ministro della Salute: «se nel trattamento cui è sottoposto attualmente il Signor Welby non possa ravvisarsi la fattispecie del c.d. *accanimento terapeutico*»), secondo il quale «nel paziente cosciente, con funzioni intellettive integre, capace quindi di esprimere una volontà attuale (ma anche nell'ambito delle c.d. «dichiarazioni anticipate di trattamento»), il concetto di accanimento si intersec[a] con la soggettività percettiva e la volontà dello stesso, che può decidere, in ogni istante, di non intraprendere o di interrompere un trattamento, anche in contrasto con l'indirizzo suggerito in scienza e coscienza dal medico». Al riguardo, cfr. gli artt. 16 (*Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati*): «Il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. Il controllo efficace del dolore si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato. Il medico che si astiene da trattamenti non proporzionati non pone in essere in alcun caso un comportamento finalizzato a provocare la morte», e 39 (*Assistenza al paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza*) del Codice deontologico medico: «Il medico non abbandona il paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza, ma continua ad assisterlo e se in condizioni terminali impronta la propria opera alla sedazione del dolore e al sollievo dalle sofferenze tutelando la volontà, la dignità e la qualità della vita. Il medico, in caso di definitiva compromissione dello stato di coscienza del paziente, prosegue nella terapia del dolore e nelle cure palliative, attuando trattamenti di sostegno delle funzioni vitali finché ritenuti proporzionati, tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento».

chiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico<sup>336</sup>, originava non poche perplessità, così come gli stessi obiettivi inizialmente dichiarati (e anch'essi emendati a séguito del dibattito parlamentare): «finalità della presente legge è evitare l'accanimento terapeutico nei trattamenti sanitari, subordinandoli al consenso informato e consapevole da parte dell'interessato nel rispetto dell'articolo 32 della Costituzione» (art. 1). Al fine di scongiurare l'accanimento terapeutico, infatti, non è necessaria né una legge né, in realtà, una volontà del paziente chiaramente espressa, poiché la ricerca e l'esecuzione di trattamenti proporzionati quanto a modalità ed efficacia rientrano nella medesima professionalità del medico e a questi, anzi, senz'altro s'impongono; inoltre, le considerazioni di cui sopra quanto alla definizione stessa di tale accanimento, tanto più laddove si tratti di soggetti coscienti e capaci, spiegano il timore che davvero si tratti di un legislatore poco istruito, con esiti caotici, se non deleteri<sup>337</sup>.

È noto, del resto, come la vicenda di Piergiorgio Welby si sia conclusa grazie alla personale iniziativa di un singolo medico, il quale, nonostante il diniego opposto dal giudice romano<sup>338</sup>, ha comunque proceduto al distacco del ventilatore automatico che garantiva la sopravvivenza del paziente. Il suo proscioglimento dall'accusa di omicidio del consenziente avviene, infine, con una decisione di non luogo a procedere «per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere»<sup>339</sup>, laddove l'anestesista, pur

---

<sup>336</sup> Disegno di legge presentato alla Camera il 4 giugno 2013, d'iniziativa dei deputati Mantero, Cecconi, Baroni, Dall'Osso, Di Vita, Silvia Giordano, Grillo, Lorefice.

<sup>337</sup> V. *supra*, cap. III, § 7, *Le direttive anticipate di trattamento*.

<sup>338</sup> Trib. Roma, 16 dicembre 2006, cit. Cfr. altresì la vicenda di Giovanni Nuvoli, come Welby affetto da sclerosi laterale amiotrofica, al quale ugualmente venne negato il distacco del respiratore artificiale e morto, infine, a séguito del suo rifiuto di continuare ad alimentarsi ed idratarsi. La lettura dei quotidiani che, alla fine del 2006 e nel corso del 2007, hanno dedicato ampio spazio a tale caso contribuisce alla sua ricostruzione: cfr., *ex pluribus*, i siti [www.corriere.it](http://www.corriere.it) e [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it), nonché [www.lucacoscioni.it](http://www.lucacoscioni.it). V. Trib. Alghero, sez. dist. Sassari, 16 luglio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3025, con commento di G. CASABURI, *Interruzione dei trattamenti medici: nuovi interventi della giurisprudenza di legittimità e di merito*. V. altresì Procura della Repubblica di Sassari, 13 febbraio 2007, in *Guida dir.*, 2007, 16, p. 92, con nota di G.M. SALERNO, *A questo punto diventa indispensabile avviare una «conversione costituzionale»*, e Procura della Repubblica di Sassari, 23 gennaio 2008, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008, p. 727. Cfr. S. NAPOLITANI, *L'amministratore di sostegno e la pianificazione anticipata delle cure mediche*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 126; F. MAZZA GALANTI, *Il sintetizzatore vocale e la manifestazione di volontà del malato*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 1264, e A. FERRATO, *Il rifiuto alle cure e la responsabilità del sanitario: il caso Nuvoli*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1148. Da ultimo, v. F.G. PIZZETTI, *Considerazioni a margine del «caso Piludu» fra principi costituzionali e pronunce giurisprudenziali in materia di rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, p. 219, e A. SCALERA, *L'amministrazione di sostegno e il rifiuto delle cure "life-sustaining"*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 357, riguardo al decreto del giudice tutelare cagliaritano del 16 luglio 2016.

<sup>339</sup> Trib. Roma, 23 luglio-17 ottobre 2007, cit. Il provvedimento di archiviazione della

tramite «una condotta direttamente causativa della morte del paziente», ha risposto ad «un preciso dovere», gravante, ai sensi del comma 2 dell'art. 32 Cost., sul medico soltanto (ad esclusione di qualsiasi altro soggetto), nonché circoscritto all'ambito di un rapporto di cura. L'appello di Welby rappresentava, infatti, il mero esercizio del suo diritto costituzionale ad opporsi alla continuazione, sulla sua persona, di un trattamento sanitario<sup>340</sup>, laddove la tutela della vita e dell'integrità psico-fisica non possono costituire oggetto d'imposizione eteronoma né prescrivere una valutazione giudiziaria specifica e preventiva di qualsivoglia manifestazione di rifiuto alle cure. Peraltro, neppure sussiste qui dubbio alcuno circa la natura terapeutica (ovvero di trattamento *sanitario*) della ventilazione assistita, a nulla valendo la sua inerenza «al sostegno di funzioni vitali», in ragione dell'azione meccanica dell'induzione artificiale della respirazione, necessariamente associata, del resto, alla somministrazione di terapie antibiotiche, onde scongiurare l'insorgere di possibili infezioni. D'altro canto, se chiaro appare come il rifiuto di una condizione di accanimento terapeutico sia solo una *species* del più ampio, e sacrosanto, diritto al rifiuto di cure (inteso quale *genus*), è il Consiglio superiore della sanità<sup>341</sup> a rivelare, infine, il motivo di tanta riluttanza nel soddisfare i desideri di Piergiorgio Welby, dal momento che «è parimenti vero che è preciso dovere professionale e morale del medico “prendersi cura” del paziente in ogni circostanza o condizione in cui quest'ultimo si trovi», nell'ottica di una concezione «primaria ed ineludibile della giustizia e della solidarietà sociale».

D'altra parte, uno degli ostacoli al distacco del respiratore artificiale pareva configurato dalla pretesa assenza del requisito dell'attualità della volontà dal paziente espressa. In altri termini, dal sopravvenuto stato d'incoscienza, ineluttabilmente derivante dalla disattivazione dei macchinari salva-vita, sarebbe discesa la possibilità d'ignorare in automatico le determinazioni assunte fino a qualche secondo prima dal diretto interessato, dietro il baluardo di un sopraggiunto stato di necessità e di un conseguente dovere d'intervento da parte del medico. Gli esiti di simile logica appaiono, invero, paradossali: il principio stesso del consenso informato verrebbe, infatti, pressoché interamente annientato, dinanzi all'espressione di qualsivoglia volontà (certo anche *positiva*) cui consegua un'incapacità, seppur temporanea, seppur indotta da mera sedazione (interventi in anestesia). Per contro, la perfetta contestualità fra la cessazione dello stato di

---

Commissione disciplinare dell'Ordine provinciale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Cremona è, invece, reperibile al link [http://www.ordinemedicivenezia.it/files/Medici\\_03-07.pdf](http://www.ordinemedicivenezia.it/files/Medici_03-07.pdf). Cfr. A. BIANCHI, *Una vittoria della ragione e del dialogo. Come si è giunti al parere della Commissione di disciplina dell'Ordine dei Medici di Cremona*, in *Bioetica*, 2008, p. 55.

<sup>340</sup> *Contra*, cfr. l'intervento fortemente critico di F. D'AGOSTINO, *Il caso umano e politico di Piergiorgio Welby: «pietà e chiarezza»*, in *Iustitia*, 2007, p. 75.

<sup>341</sup> Parere del 20 dicembre 2006, cit. Cfr. altresì D. LAMB, *L'etica alle frontiere della vita*, Il Mulino, Bologna, 1998.

coscienza e la morte naturale per il distacco della macchina è d'assoluta irrilevanza: ai fini di una valutazione circa l'ossequio dovuto alle deliberazioni dell'ammalato, infatti, ad importare è la stretta prevedibilità dell'evento, «ovvero se il paziente permanga nella sua decisione, pur sapendo quello a cui sta andando incontro e sempre che quello che effettivamente poi avviene è ciò che era stato previsto e che era comunque da lui ragionevolmente prevedibile»<sup>342</sup>.

Peraltro, tali considerazioni appaiono tanto più opportune laddove si consideri come il *deficit* di attualità potrebbe sistematicamente costituire utile artificio per negare valore alla volontà del paziente ogniqualvolta si tratti di procedere ad un intervento che richieda la sedazione dell'interessato, ovvero la temporanea perdita di coscienza (e di capacità) dello stesso. In definitiva, affermare la possibilità d'ignorare automaticamente la volontà espressa fino a qualche secondo prima da un paziente poi divenuto incosciente, individuando uno stato di necessità ed un conseguente dovere d'intervento del medico, svuoterebbe di qualsiasi significato il principio stesso del consenso informato e ridurrebbe a carta straccia quanto scritto al riguardo fino ad oggi<sup>343</sup>.

D'altronde, se le decisioni di Welby e di Englaro perfettamente coincidono nel consacrare la libera disponibilità del bene salute da parte del soggetto capace d'intendere e di volere, queste non possono essere affatto assimilate in termini di natura e qualità della volontà, sottostante, dei due pazienti coinvolti. Del primo caso, infatti, resta al giurista la luminosa vittoria di un'impavida volontà e la deferenza mostrata verso l'ultima, possibile manifestazione dell'autodeterminazione individuale (grazie all'iniziativa di un singolo, però, e con un avallo giudiziario concesso solo *a posteriori*); dal secondo, invece, scaturisce la statuizione di criteri fragili, incerti, a rischio d'apparire arbitrari, che inseguono sì il rispetto dell'autonomia individuale, ma senza la certezza di conseguirlo – a cagione dell'intrinseca aleatorietà della mera ricostruzione di un volere non *ad hoc* espressosi. D'altro canto, l'esigenza stessa di un dissenso informato (perché «espresso, inequivoco, attuale»<sup>344</sup>) dovrebbe trovare un adeguato con-

---

<sup>342</sup> Trib. Roma, 23 luglio-17 ottobre 2007, cit. Cfr. P. MACCHIA (a cura di), *Ai confini delle cure: terapia, alimentazione, testamento biologico*, Esi, Napoli, 2012; G. MILANO, M. RICCIO, *Storia di una morte opportuna. Il diario del medico che ha fatto la volontà di Welby*, Galapagos, Milano, 2008, e P. BECCHI, *Piergiorgio Welby e il diritto di lasciar(si) morire*, in *Ragion pratica*, 2008, p. 245.

<sup>343</sup> Cfr. A. VALLINI, *A proposito del «caso Welby». Linguaggi e principi tra la legge, la politica e i media*, in *Problemi dell'informazione*, 2007, p. 31: «(...) Siamo davvero disposti ad ammettere che tutti i desideri espressi dal paziente *prima* dell'intervento perdano significato *durante* l'intervento? (...) Che ne facciamo, allora, di decenni di giurisprudenza volta ad implementare il valore del consenso informato in ambito medico-chirurgico? A che serve far firmare tutti quei moduli?».

<sup>344</sup> Da ultimo, cfr. Cass. civ., 27 ottobre 2016, n. 21743, in *Banca Dati De Jure*.

temperamento con la necessità di dover e di poter rispettare le dichiarazioni anticipate eventualmente già verbalizzate<sup>345</sup> (e la normativa francese pare, al riguardo, di assoluta ragionevolezza, laddove prevede, s'è visto, che siano disattese solo se «manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale du patient»: art. L. 1111-11 del *Code de la santé publique*), nonché con la necessità di onorare convinzioni sì particolari, determinate e radicate da prescindere dalle caratteristiche del trattamento sanitario di specie. Riguardo al paziente testimone di Geova, quale esempio meramente paradigmatico, s'è già scritto<sup>346</sup>: in particolare, irrinunciabile appare, in capo al diretto interessato, la consapevolezza e la conseguente accettazione dell'esito fatale, mentre non sembra ostativa, al ricorrere di convincimenti di tal fatta, la mancata informazione quanto alle peculiari condizioni cliniche (soggetto che arriva in ospedale già incosciente). È il rispetto della libertà religiosa, nonché della libertà personale e d'espressione, che arriva a prescindere da una qualsivoglia relazione previamente instauratasi con un medico.

Riguardo al paziente capace, d'altronde, si è soliti distinguere l'ipotesi in cui il suo dissenso intervenga prima che il trattamento sanitario venga attivato (*rifiuto*: richiesta di non inizio) ovvero in un momento successivo (*rinuncia*: richiesta di sospensione)<sup>347</sup>. Il problema, certo, è sempre l'indi-

---

<sup>345</sup> V. la decisione della *Cour de cassation* del 15 novembre 2005, in *JCP G*, 2006, p. 617 (per la quale la sottoscrizione di un modulo attestante il rifiuto opposto non basta alla dimostrazione dell'avvenuta, dovuta esplicitazione delle conseguenze della decisione adottata dal paziente), con commento di P. MISTRETTA, *Le médecin doit veiller à ce que le refus de soins du patient soit éclairé en cas d'opposition au traitement préconisé*. V. altresì F. MAGNI, *Bioetica*, Carocci, Roma, 2011, pp. 81 ss.; M. MORI, *Introduzione alla bioetica. 12 temi per capire e discutere*, Espres Edizioni, Torino, 2012, pp. 110 ss.; P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 289 ss.; F. SANTEUSANIO, *Problemi di fine vita: accanimento terapeutico, eutanasia, testamento biologico*, in F. DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, Università degli Studi di Perugia, Perugia, 2010, p. 67; G. CRICENTI, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, ETS, Roma, 2012; L. MOCCIA, *Identità personale e direttive anticipate: il caso della demenza avanzata*, in *Bioetica*, 2012, p. 411; A. RIMEDIO, *Il ruolo di garanzia del medico di fronte al dissenso del malato. Il caso di un diritto violato*, *ivi*, p. 429; P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, *ivi*, p. 447; F. NEGRI, *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore alla luce della nuova legge 15 marzo 2010, n. 38*, in *San. pubbl. priv.*, 2011, 3, p. 15; F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 153; M.N. BUGETTI, *Stato vegetativo permanente e adeguata protezione della persona: necessaria applicazione dell'interdizione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 692, e C. RAFFAELE, *Ai confini dell'autonomia*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2010, p. 459. V. anche l'art. L. 1111-12 del *Code de la santé publique*: «Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin a l'obligation de s'enquérir de l'expression de la volonté exprimée par le patient. En l'absence de directives anticipées mentionnées à l'article L. 1111-11, il recueille le témoignage de la personne de confiance ou, à défaut, tout autre témoignage de la famille ou des proches».

<sup>346</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 10, *Il rifiuto dell'emotrasfusione*.

<sup>347</sup> V. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, parere del 24 ottobre 2008.

viduazione dei limiti e dei contenuti del dovere, in capo al medico, di *curare*: tuttavia, benché la rinuncia *in itinere* possa apparire maggiormente giustificata dall'aver realmente provato l'inefficacia e l'eccessiva gravosità della terapia<sup>348</sup>, questa è comunque percepita come eticamente più problematica rispetto al mero ossequio di un rifiuto iniziale – anche solo per la diversa condotta *materiale* richiesta al medico, talvolta qualificabile in termini, in qualche modo, *attivi*. L'istanza del paziente – quale espressione della propria personale libertà – è di non essere sottoposto a cure indesiderate (accettando, infine, che la patologia segua il suo corso naturale, eventualmente fino alle estreme conseguenze), non di essere aiutato a morire: la differenza, appunto, è fra il provocare la morte e il lasciar morire<sup>349</sup>; la differenza, d'altro canto, è solo nell'intenzione.

Così, la legge francese n. 370/2005 (art. L. 1111-10 del *Code de la santé publique*) prevede che, «lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix (...)»<sup>350</sup>.

D'altro canto, non è qui d'interesse indagare il comportamento *attivo* del medico, diretto a cagionare la morte del malato che questo richieda, in

<sup>348</sup> V. J.M. STANLEY, *The Appleton Consensus: Suggested International Guidelines for Decisions to Forego Medical Treatment*, in *Journ. med. eth.*, 1989, 15, p. 129.

<sup>349</sup> V. A. NICOLUSSI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari e obblighi del medico*, e M.G. FURNARI, *Tra autonomia e responsabilità: la rinuncia alle cure del paziente consapevole e la rinuncia anticipata*, entrambi in M.G. FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico: profili medici, filosofici e giuridici: atti di due incontri di studio (Messina, 3 aprile e 15-16 ottobre 2009)*, Giappichelli, Torino, 2010, rispettivamente pp. 35 ss. e pp. 76 ss., e D. MAZZON, *Etica del morire e cure intensive: la questione del «limite»*, in M.G. FURNARI (a cura di) *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, 2, pp. 108 ss. Infine, cfr. S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTA, P. ZATTI, *Il governo del corpo*, II, cit., pp. 1819 ss.

<sup>350</sup> V. D. BAILLEUL, *Le droit de mourir au nom de la dignité humaine. À propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie*, in *JCP G*, 2005, p. 1055; F. VIALLA, *Droits des malades en fin de vie*, in *D.*, 2005, p. 1797; A. CHEYNET DE BEAUPRE, *La loi sur la fin de vie*, in *D.*, 2005, p. 164. Cfr. altresì la giurisprudenza menzionata da C. BIK, *L'euthanasie en droit français*, in *Rev. int. droit comp.* 2006, 657. V., infine, anche l'art. L. 1110-5 del *Code de la santé publique*: «Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. (...). Toute personne a le droit d'avoir une fin de vie digne et accompagnée du meilleur apaisement possible de la souffrance. Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour que ce droit soit respecté». V. *Le cadre législatif de la fin de vie*, 25 avril 2012, in <http://www.soin-palliatif.org/actualites/cadre-legislatif-fin-vie>.

special modo laddove il suicidio gli sia precluso da una gravissima infermità fisica. Certo, sottile può apparire il *discrimen* tra azione ed omissione laddove si tratti, per esempio, del distacco da un respiratore artificiale; la prospettiva qui adottata, però, è quella della volontà del paziente rispetto ad un trattamento sanitario (il quale, per sua stessa natura, non può presentare, quale primaria finalità, il conseguimento del decesso dell'ammalato), ovvero del diritto di richiederne l'interruzione (così come la non attivazione), anche laddove ciò comporti, per esempio, lo spegnimento (*azione*) di un macchinario. In più chiari termini, i confini sono tracciati dall'ampiezza del diritto di consentire e di rifiutare: così, se alla signora Pretty<sup>351</sup>, paralizzata e affetta da malattia degenerativa ed incurabile, viene negato il suicidio assistito, diversa è la soluzione per Miss B e Mr Rossiter, nello stesso modo immobilizzati, ma che soltanto richiedono, rispettivamente, il distacco dal ventilatore artificiale<sup>352</sup> e l'interruzione dell'idrata-

---

<sup>351</sup> Cfr. *supra*, sub nota 333. V. P. SINGER, *Special Clinical Ethics Symposium: The Case of Ms B. Ms B. and Diane Pretty: A Commentary*, in *Journ. Med. Eth.*, 2002, 28, pp. 234 ss.; G. FRANCOLINI, *Il dibattito sull'eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, pp. 795 ss.; P. BORSELLINO, *Decisioni di fine vita a confronto: i casi di «Miss B.» e Diane Pretty*, in *Bioetica*, 2004, pp. 200 ss., e A. SIMONCINI, O.C. SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 7. Cfr. DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS, *Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide*, febbraio 2010, in [http://www.cps.gov.uk/publications/prosecution/assisted\\_suicide\\_policy.html](http://www.cps.gov.uk/publications/prosecution/assisted_suicide_policy.html). V. altresì *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997), decisione sulla quale si rinvia a V. BARSOTTI, *L'eutanasia, il Caso Quill e la concurring opinion del giudice Calabresi. Un approccio mite alla Judicial Review*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, pp. 493 ss.; *R (Purdy) v. Director of Public Prosecutions* [2009] UKHL 45, [2010] AC 345, commentata da M. MORI, *Svolta storica sul fine vita in Inghilterra: lo sgretolamento del vitalismo prosegue inarrestabile*, in *Bioetica*, 2010, pp. 5 ss., e CEDH, *Koch c. Allemagne*, 19 luglio 2012, n. 497. V. *Carter v. Canada* 2015 SCC 5, a proposito della quale, *ex multis*, A. DI MARTINO, *La Corte suprema canadese fa un «overruling» e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in *Oss. cost.*, 2015, p. 19; D.L. BESCHLE, *Carter v. Canada (Attorney General): Canadian Courts Revisit the Criminalization of Assisted Suicide*, in *Wayne L. Rev.*, 2013, 59, p. 561; M. SOMERVILLE, *Is Legalizing Euthanasia an Evolution or Revolution in Societal Values?*, in *Quinnipiac L. Rev.*, 2016, 34, p. 747; J. KEOWN, *A Right to Voluntary Euthanasia? Confusion in Canada in Carter*, in *ND J. L. Ethics & Pub Pol'y*, 2014, 28, p. 1; N. WHITE, *Physician Aid-in-Dying*, in *Hous. L. Rev.*, 2015, 53, p. 595, e P.T. MENZEL, *Freedom of Choice at the End of Life: Patients' Rights in a Shifting Legal and Political Landscape: Advance Directives, Dementia, and Eligibility for Physician-Assisted Death*, in *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 2013/2014, 58, p. 321. Cfr. altresì A. GHOZIA, *Responsabilité médicale en droit canadien*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2016, 60, p. 417. Per l'ordinamento inglese, v., infine, *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, e CEDH, *Nicklinson and Lamb v UK*, nn. 2478/15 e 1787/15, 16 luglio 2015.

<sup>352</sup> *Ms B v An NHS Hospital Trust*, in *Lloyd's Rep Med* 265, caso deciso il 22 marzo 2002 dal giudice Elizabeth Butler Sloss. V. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto: la bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006, pp. 248 ss. Cfr. anche G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Life-support treatment refusal as a fundamental right: the case of Inmaculada Echeverría*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto* 2008, cit., p. 277 ss.; C. VENTRELLA MANCINI, *L'eutanasia tra diritto alla vita e diritto di libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna*, in *Dir. fam. pers.*, 1996, pp. 1583 ss., e B. GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, *Il diritto alla vita in Spagna*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 363.

zione ed alimentazione forzata<sup>353</sup>. Tutti questi pazienti sono capaci d'intendere e di volere<sup>354</sup>; in tutti e tre i casi l'esito ultimo è il decesso; la differenza, però, risiede nella necessità di rispettare, per le ultime due fattispecie, il legittimo rifiuto avverso un atto sanitario, ovvero la volontà che la malattia, infine, possa fare il proprio drammatico e definitivo corso – la differenza è l'intenzione, s'è scritto poco sopra<sup>355</sup>.

Dall'inizio del 2016<sup>356</sup>, peraltro, il medico francese è legittimato – «à la demande du patient d'éviter toute souffrance et de ne pas subir d'obstination déraisonnable» – a procedere con (art. L. 1110-5-2 del *Code de la santé publique*) «une sédation profonde et continue, provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie et à l'arrêt de l'ensemble des traitements de maintien en vie, est mise en œuvre dans les cas suivants:

<sup>353</sup> *Brightwater Care Group (Inc) v Rossiter* [2009] WASC 229.

<sup>354</sup> Diverso è il caso *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 370 N.E.2d 417, 373 Mass. 728 (1977), ove si ritiene d'interrompere il trattamento chemioterapico su un paziente affetto sin dalla nascita da grave ritardo mentale, onde evitargli inutili sofferenze, sebbene a prezzo di una riduzione del lasso di sopravvivenza.

<sup>355</sup> Cfr. P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, pp. 11-12: «che rapporto c'è tra diritto all'identità e diritto alla vita? Può esistere un dovere alla vita contro un diritto all'identità? Il diritto alla vita è diritto alla sopravvivenza del corpo o è diritto ad essere vivo, cioè a essere se stesso in vita? (...) Possiamo davvero ammettere che un potere sociale mi imponga di essere ciò che non riconosco come me, semplicemente che mi imponga di esistere contro la mia identità? (...) la società non può impormi la sopravvivenza, perché uccide il mio io mentre fa sopravvivere il mio – non più mio – corpo». V. anche S. CANESTRARI, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici. Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., pp. 1901 ss., e C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., pp. 583 ss. Cfr. altresì F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1008; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, II, p. 74, e D. NERI, *Eutanasia: valori, scelte morali, dignità delle persone*, Laterza, Roma, 1995, p. 140. Infine, v. E. RESTA, *L'identità nel corpo*; F. MAGNI, *I confini del corpo*; S. RODOTÀ, *Il corpo «giuridificato»*; D. LE BRETON, *L'appartenance du corps*; P. ZATTI, *Principi e forme del «governo del corpo»*, e P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, tutti in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, cit., rispettivamente pp. 3 ss., pp. 29 ss., pp. 51 ss., pp. 77 ss., pp. 99 ss. e pp. 137 ss.

<sup>356</sup> Si tratta, in particolare, della già menzionata *loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*. Cfr. altresì i successivi decreti attuativi: n. 2016-1066, *du 3 août 2016 modifiant le code de déontologie médicale et relatif aux procédures collégiales et au recours à la sédation profonde et continue jusqu'au décès prévus par la loi numéro 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, e n. 2016-1067, *relatif aux directives anticipées prévues par la loi numéro 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*.

1. lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements;

2. lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable.

Lorsque le patient ne peut pas exprimer sa volonté et, au titre du refus de l'obstination déraisonnable mentionnée à l'article L. 1110-5-1, dans le cas où le médecin arrête un traitement de maintien en vie, celui-ci applique une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie».

Tale sedazione, altresì associata all'interruzione delle terapie di sostegno vitale, viene alternativamente consentita a séguito di domanda del paziente (il quale, eventualmente, può aver al contempo richiesto l'interruzione di un trattamento) ovvero, nell'ipotesi di soggetto incapace, previa valutazione medica («excepté si le patient s'y était opposé dans ses directives anticipées»: art. R. 4127-37-3 del *Code de la santé publique*), la quale si sia altresì risolta per la cessazione di cure oramai ritenute inutili, sproporzionate, funzionali al mero prolungamento artificiale dell'esistenza e configuranti, infine, un'irragionevole ostinazione. Si tratta, in altri termini, di quelle ipotesi in cui la prosecuzione delle terapie è suscettibile d'integrare, appunto, solo un'ipotesi di accanimento terapeutico. Orbene, lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica<sup>357</sup> italiano prevede, molto similmente, le circostanze che legittimano, se al contempo presenti, l'attivazione di un protocollo di sedazione profonda e continua: il consenso informato (a tal fine, si ritiene necessaria «un'adeguata comunicazione, data in termini progressivi e modulati, anche in tempi anticipati rispetto al progredire della malattia»<sup>358</sup>); una malattia inguaribile in uno stadio avanzato; la morte imminente, generalmente attesa entro poche ore o pochi giorni; la presenza di uno o più sintomi refrattari o di eventi acuti terminali con sofferenza intollerabile per il paziente. Si tratta, comunque, della richiesta di un trattamento che è pur sempre («per l'obiettivo, le procedure e gli esiti») a carattere sanitario, a dif-

---

<sup>357</sup> È il parere *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, cit. Cfr., altresì per tutti i riferimenti bibliografici, G. ZANINETTA, F. NICOLI, M. PICOZZI, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: aspetti clinici*; S. CACACE, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, e F. NICOLI, G. ZANINETTA, M. PICOZZI, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: aspetti etici*, tutti in *Riv. it. med. leg.*, 2017, in corso di pubblicazione.

<sup>358</sup> Cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, *Guida al processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, dicembre 2014, 19: «a prescindere dalla validità legale delle direttive anticipate in ogni sistema giuridico, esse avranno sempre più peso nel processo decisionale quanto più corrispondono alla situazione reale e sono redatte alla luce di uno specifico contesto medico. Questo è il caso del paziente che si trova nella condizione di comprendere le conseguenze della sua malattia».

ferenza dell'eutanasia, del suicidio assistito o dell'omicidio del consenziente: è la *ratio* delle cure palliative<sup>359</sup>, l'attenuazione o l'eliminazione della sofferenza. Il problema, certo, è quello dell'abbreviazione della vita: al riguardo, mentre il legislatore francese accetta tale, eventuale, effetto collaterale («*même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrèger la vie*»: art. L. 1110-5-3 del *Code de la santé publique*), purché ne siano stati informati, nell'ordine, l'ammalato, il fiduciario, i familiari o, comunque, una persona vicina (*proche*), il Comitato Nazionale di Bioetica esclude che dalla sedazione, «se applicata in modo appropriato»<sup>360</sup>, possa conseguire l'accelerazione del processo del morire, addirittura dichiarando, per converso, che la durata dell'esistenza possa risultarne aumentata, in ragione delle condizioni di maggiore «tranquillità» e «stabilità» che al paziente, in questo modo, verrebbero garantite. La questione, d'altro canto, sembra dal CNB mal posta e risolta, così, non senza qualche ipocrisia: infatti, come lo spegnimento del macchinario cagiona il decesso del paziente quale mero effetto secondario (mentre l'intenzione del medico, nonché l'obiettivo *in primis* perseguito dall'ammalato, è la cessazione del trattamento da questi non più desiderato, per potersi infine consegnare alla patologia che lo sta uccidendo), così la sedazione profonda e continua è un atto sanitario volto (questa è l'intenzione primaria, questo il risultato che si vuole ottenere) ad alleviare o eliminare lo stress e la sofferenza attraverso il controllo dei sintomi refrattari, non certo a provocare la morte con il consenso della vittima (ancora una volta, si tratterà di mera conseguenza *collaterale*)<sup>361</sup>. Non ci si può nascondere, peraltro, come tale sedazione ottenga, in qualche modo, il medesimo risultato dell'atto eutanasiaco<sup>362</sup>: benché il medico non cagioni il decesso, infatti, la sofferenza viene annullata e viene spenta, con tutto il suo carico d'angoscia, qualsivoglia consapevolezza eventualmente residua, mentre il paziente si accomiata

---

<sup>359</sup> Cfr. la legge 15 marzo 2010, n. 38, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*. V. anche l'art. 39 (*Assistenza al paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza*) del Codice deontologico medico: «Il medico non abbandona il paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza, ma continua ad assisterlo e, se in condizioni terminali, impronta la propria opera alla sedazione del dolore e al sollievo dalle sofferenze, tutelando la volontà, la dignità e la qualità della vita. Il medico, in caso di definitiva compromissione dello stato di coscienza del paziente, prosegue nella terapia del dolore e nelle cure palliative, attuando trattamenti di sostegno delle funzioni vitali finché ritenuti proporzionati, tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento».

<sup>360</sup> CNB, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, cit., p. 9.

<sup>361</sup> Così CONSIGLIO D'EUROPA, *Guida al processo decisionale*, cit., pp. 28-29.

<sup>362</sup> Cfr. l'ordinanza con cui il Gip del Tribunale di Milano dispone l'imputazione coatta di Marco Cappato (10 luglio 2017, p. 3): «CAPPATO, avendo ormai contezza del pieno, irremovibile proposito di ANTONIANI, provvedeva ad informare lo stesso che, per dar esecuzione ad un simile intendimento, si poteva ricorrere alla "strada svizzera, ma c'era anche la strada italiana, che avrebbe potuto consistere nell'interruzione di qualsiasi trattamento accompagnato dalla sedazione profonda"».

dal mondo circostante e trascorre in un limbo neutrale il tempo che rimane – neutrale, *in primis*, proprio per il diritto, specie laddove neppure sia in discussione la riduzione in termini quantitativi dell'esistenza dell'ammalato. D'altro canto, in tutte queste ipotesi, la patologia non offre alternativa alcuna, rispetto alla morte: si tratta, però, di chiarire i confini della posizione di garanzia del sanitario, nell'ambito del giuridicamente lecito, del rispetto della volontà del paziente e della definizione di atto sanitario. In questo senso, la richiesta d'interrompere un trattamento; la richiesta di annullare la sofferenza; la richiesta di un'iniezione letale non differiscono, nel senso di cui sopra, rispetto agli esiti molto nel concreto realizzati, bensì differiscono per l'intenzione (del medico e del paziente), per la natura della condotta (sanitaria, o meno: ovvero attinente alla *cura* della patologia e dei suoi sintomi) e, di conseguenza, nonché diametralmente, per la qualificazione giuridica (lecita o penalmente rilevante).

### 17. Rifiuto di cure e amministrazione di sostegno

In Italia, s'è visto<sup>363</sup>, non v'è nulla della meticolosità legislativa d'oltralpe: il coniugio fra direttive anticipate e fiduciario può eventualmente beneficiare della sola ègida dell'art. 408 c.c., con la facoltà, in capo al medesimo interessato, di designare l'amministratore di sostegno «in previsione della propria eventuale futura incapacità». Il *leading case*, in particolare, è quello di una paziente affetta da sclerosi laterale amiotrofica, la quale rifiuta pervicacemente la tracheostomizzazione e la ventilazione artificiale e meccanica che a breve si renderanno necessarie. Nello specifico, l'ammalata teme che, al verificarsi di una crisi respiratoria non più superabile con i mezzi di cura già in atto e approfittando del suo stato confusionale da carenza di ossigeno, il personale sanitario proceda comunque alle terapie oggetto di diniego, schermandosi dietro allo stato di necessità e alla non attualità del dissenso manifestato. Di conseguenza, al fine di scongiurare tale eventualità, la paziente richiede la nomina del marito quale suo amministratore di sostegno, con l'attribuzione del potere-dovere di sostituirla sia nell'atto di rifiuto di cui sopra sia nel consenso alle cure palliative più efficaci al fine di alleviare le sue sofferenze nell'approssimarsi del decesso. Dopo essersi personalmente recato in ospedale onde accertare l'autenticità della volontà della malata, il giudice tutelare provvede all'emanazione del relativo decreto di nomina<sup>364</sup>. Quindici giorni più tardi, in sé-

---

<sup>363</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 15, *La fatica del legislatore italiano*.

<sup>364</sup> Trib. Modena, 13 maggio 2008 (decr.), in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1828, con nota di G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*; in *Danno e responsabilità*, 2008,

guito ad insufficienza respiratoria, la paziente muore, assistita da un'adeguata terapia del dolore. Certo, il soggetto così incaricato acquista piena legittimazione ad esprimere rifiuto o consenso rispetto ad un determinato trattamento sanitario, non già in considerazione di un più o meno discrezionale (e oggettivamente inteso) *best interest* del paziente, bensì in ottemperanza ai desideri da quest'ultimo indubitabilmente manifestati in sede di decreto di nomina<sup>365</sup>. D'altra parte, la bontà di tale istituto non ne giustifica e spiega appieno la sua applicazione nel caso di specie, ove il rifiuto ad uno specifico trattamento sanitario è opposto da una paziente capace e nell'attualità della malattia, nonché esaurientemente informata riguardo al significato e alle conseguenze del suo diniego. Si è già osservato, infatti, come ignorare una volontà manifestata in un momento immediatamente anteriore alla perdita di coscienza e alla conseguente impellenza dell'intervento sanitario equivarrebbe a negare alla radice il significato e il valore dello stesso principio del consenso informato (sia nella sua forma "positiva" sia in quella "negativa" del dissenso), ogniquale volta si trattasse di operazioni con necessaria sedazione del paziente<sup>366</sup>. Coerentemente, la

---

p. 889, con commento di S. CACACE, *Consenso informato: novità sul fronte giurisprudenziale. Rappresentazione in tre atti*; in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1413, con nota di M. BARNI, *La via giudiziaria al testamento biologico*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 913, con commento di A. LANDINI, *Amministrazione di sostegno ed autodeterminazione terapeutica*; in *Fam. dir.*, 2008, p. 923, con commento di G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1299, con nota di M. PICCINI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, e in *Bioetica*, 2008, p. 227, con nota di M.G. SCACCHETTI, *Il testamento biologico è già previsto e tutelato dalle norme sull'amministrazione di sostegno. Il leading-case del decreto del Giudice Tutelare di Modena*. Il testo integrale del decreto è altresì riportato dal sito [www.personae danno.it](http://www.personae danno.it), con commento di R. ROSSI, *Dillo tu per me: che non voglio essere 'salvata' a tutti i costi*. Infine, alla vicenda è stato dato ampio risalto sui principali quotidiani nazionali: *ex pluribus*, cfr. l'articolo «Lasciatemi morire» e il giudice applica il testamento biologico, pubblicato da *La Repubblica*, 30 maggio 2008, p. 23. Al riguardo, v. anche G. GRASSO, *Tra norma e prassi: i poteri del giudice e l'audizione del beneficiario nel procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 375, commento a Trib. Piacenza, 16 settembre 2008 (decr.).

<sup>365</sup> «Lo specifico potere-dovere andrà esercitato a condizione che la beneficiaria non manifesti una volontà opposta quando ancora le resti coscienza. Entrata in uno stato di incoscienza senza che questo sia accaduto, dovranno essere rispettati gli intenti espressi a nulla valendo la trita obiezione di un possibile e non manifestato ripensamento all'atto del passaggio nello stato di incoscienza. Mentre costituisce, da un lato, principio consolidatosi "ab immemorabile" nell'ordinamento giuridico quello per cui la volontà resta ferma fino a sua revoca da manifestarsi nella stessa forma in cui fu espressa, non si scorge la ragione, dall'altro, di un presunto regime delle disposizioni sul proprio corpo difforme da quello delle volontà testamentarie patrimoniali» (quest'ultima equiparazione, del resto, appare non del tutto esente da critiche).

<sup>366</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 16, *Rifiuto di cure, trattamenti sanitari e accanimento terapeutico*. V. App. Cagliari, 21 gennaio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 639, che provvede alla nomina dell'amministratore di sostegno designato da un paziente testimone di Geova in

stessa legge tedesca che modifica il *Bürgerliches Gesetzbuch* in materia di amministrazione di sostegno e testamento biologico<sup>367</sup>, entrata in vigore il primo settembre 2009, accorda rilevanza (§ 1901a, *Patientenverfügung*) alle dichiarazioni anticipate di trattamento in riferimento ad esami, cure od interventi «non ancora programmati» al momento della predisposizione di tali direttive.

D'altra parte, vero è che, al contrario di Piergiorgio Welby, la paziente modenese, grazie al semplice tramite di un istituto codicistico, non ha dovuto sfidare medici, giudici e legislatore per sottrarsi al respiratore artificiale ed attuare il proprio diritto costituzionale a rifiutare una cura. Pur tuttavia, il matrimonio fra amministrazione di sostegno e testamento biologico, fors'anche virtualmente felice e benché dagli stessi tribunali voluto e celebrato, non è esente da attacchi e riserve giurisprudenziali, che ne minano – talvolta completamente vanificandole – l'eventuale utilità ed efficacia. La prima obiezione, in particolare, è quella sollevata dal Tribunale fiorentino, nonché successivamente accolta e consacrata dalla Suprema Corte<sup>368</sup>: ai sensi dell'art. 404 c.c., infatti, l'istituto dell'amministrazione di sostegno presupporrebbe che il beneficiando *si trovi* «nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi per effetto di un'infermità o menomazione fisica o psichica»<sup>369</sup>; la legge sancirebbe, dunque, l'*attualità* della situazione che giustifica la nomina e «non già la mera eventualità che essa si realizzi in un futuro più o meno prossimo, così da strutturare il provvedimento come una sorta di nomina condizionata ad un evento *incertus an*

---

procinto di sottoporsi ad intervento chirurgico, altresì al fine di rifiutare in sua vece le trasfusioni di sangue eventualmente necessarie. Similmente, v. Trib. Imola, 4 giugno 2008, in *Resp. civ.*, 2008, p. 762, con annotazioni di G. FACCI, *L'osservatorio di merito*, e Trib. Modena, 27 febbraio 2009, *ivi*, 2009, p. 473, con annotazioni di G. FACCI, *L'osservatorio di merito*.

<sup>367</sup> Si tratta della legge *Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*, approvata dal Bundestag il 18 giugno 2009. Cfr. S. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 964.

<sup>368</sup> Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Riv. tel. giur. ass. it. cost.*, 9 luglio 2013, con commento di B. VIMERCATI, *Dai requisiti di attivazione dell'amministrazione di sostegno alla necessità dell'interposizione del legislatore in materia di decisioni di fine vita*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 424, con commento di M. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*. Nello stesso senso, cfr. Trib. Verona, 4 gennaio 2011, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1290, con commento di G. SPOTO, *Testamento biologico e amministrazione di sostegno: il giudice tutelare compie un passo indietro*, e Trib. Varese, 25 agosto 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 1808, con nota di S. PALMA, *Testamento biologico e amministrazione di sostegno: limiti e soluzioni alternative*. Cfr. L. D'AVACK, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici. Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., pp. 1917 ss.

<sup>369</sup> Trib. Firenze, 8 aprile 2009 (decr.), in *www.personaedanno.it.*, con commento di C. MORETTI, *Testamento biologico e amministrazione di sostegno*, e in *Il Quotidiano Giuridico*, 30 marzo 2010, con nota di E. FALLETTI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate del fine vita: un dibattito giurisprudenziale*. Cfr. altresì G. FERRANDO, *L'amministratore di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 836.

ed *incertus quando*»<sup>370</sup>. In questo senso, il diretto interessato ben può, naturalmente, designare un soggetto in previsione di una propria, eventuale e futura incapacità (con scrittura pubblica o privata autenticata: art. 408 c.c.); nondimeno, si escluderebbe la possibilità di depositare il ricorso presso il giudice tutelare ai fini dell'emanazione del decreto di nomina prima della realizzazione di tale condizione d'incapacità. D'altra parte, l'esigenza di un'incapacità *attuale* neutralizza l'utilità dell'amministrazione di sostegno ogniqualvolta si tratti dell'adozione di una scelta *urgente*, come nell'ipotesi della signora modenese affetta da sclerosi laterale amiotrofica. La decisione sanitaria di avviare o meno una ventilazione meccanica, difatti, non può attendere<sup>371</sup> neppure i tre giorni della procedura d'urgenza per la designazione di un amministratore provvisorio (art. 405 c.c.)<sup>372</sup>, mentre, di norma, il giudice tutelare provvede al decreto di nomina entro sessanta giorni dalla data di presentazione della relativa richiesta.

---

<sup>370</sup> Trib. Firenze, 8 aprile 2009, cit.

<sup>371</sup> Cfr. Trib. Modena, 5 novembre 2008 (decr.), in *Fam. dir.*, 2009, p. 189, con nota di A. BATÀ, A. SPIRITO, *Testamento biologico e amministrazione di sostegno*, e p. 277, con commento di G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*; in *Giur. it.*, 2009, p. 1400, con nota di P. VALORE, *Il dissenso al trattamento*, cit.; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 288, con nota di F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. «morte dignitosa»*, e in *www.altalex.com*, con nota di G. MOMMO, *Testamento biologico: applicabili le disposizioni sull'amministrazione di sostegno*: «La mera esistenza di una scrittura confezionata ai sensi del secondo comma dell'art. 408 c.c. potrebbe essere inidonea, in concreto, a fornire effettiva tutela al diritto, primario e assoluto, della persona che rischierebbe di trovarsi sottoposta, per impossibilità del mandatario di ottenere in tempo reale il decreto di nomina dell'amministratore, alle terapie non volute ma doverosamente praticate dai sanitari, in esecuzione dei propri obblighi professionali e deontologici, in presenza di una situazione di pericolo per la vita». Similmente, cfr. Trib. Prato, 8 aprile 2009 (decr.), in *www.personaedanno.it*, con commento di R. ROSSI, *Ads e testamento biologico: Prato come Modena*, che offre due interessanti spunti di riflessione: 1) l'amministratore di sostegno dal beneficiando designato è autorizzato altresì a negare il consenso per alimentazione ed idratazione forzata; 2) è il giudice stesso ad evidenziare l'assoluta indifferenza delle modalità formali di una futura ed eventuale revoca della volontà già espressa con scrittura privata autenticata. Infine, v. anche Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009 (decr.), in *Fam. dir.*, 2010, p. 161, con commento di M.N. BUGETTI, *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, e in *www.personaedanno.it*; Trib. Modena, 19 dicembre 2008 (decr.), in *www.personaedanno.it*; Trib. Siena, 18 giugno 2007, in *www.personaedanno.it*; Trib. Firenze, 22 dicembre 2010, in *Guida dir.*, 2011, 23, p. 66, con commento di G. SALERNO, *Amministratore di sostegno: nomina anticipata per bloccare le cure in caso di malattia grave. la strada intrapresa non consente di garantire un minimo di uniformità nelle situazioni simili*, e Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 437, con commento di A. FAROLFI, R. MASONI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di «fine vita»*. Contra, v. Trib. Cagliari, 14 dicembre 2009 (decr.), in *Fam. dir.*, 2010, 161, con commento di M.N. BUGETTI, cit., e in *www.filodiritto.com*.

<sup>372</sup> Cfr., per esempio, Trib. Milano, 6 agosto 2013, <http://www.tutori.it/index.php/it/component/attachments/download/22.html>, con annotazioni di G. D'ANGELO, *L'amministratore provvisorio di sostegno*.

Del resto, neppure viene utilizzato l'argomento del dissenso *informato*, che pure avrebbe fornito qualche spunto di riflessione: la decisione fiorentina<sup>373</sup> (*leading case* dell'orientamento restrittivo appena illustrato), infatti, predilige una lettura formalistica dell'art. 408 c.c. ad una valutazione circa l'opportunità che un soggetto non *paziente*, bensì in perfetto stato di salute, si determini in ordine ad ipotetici trattamenti sanitari al di fuori di qualsivoglia scambio dialogico-informativo con il proprio medico curante. Altrove, invero, i rilievi al riguardo svolti concernono per lo più aspetti di natura pragmatica, laddove a delinearci è uno scenario in cui l'Ufficio del Giudice Tutelare viene «costretto a nominare forse milioni di inutili amministratori di sostegno, avviando i relativi procedimenti e gli onerosi adempimenti connessi, per poi trovarsi in ogni caso a dover rivedere i requisiti quando si verificassero in concreto i presupposti di operatività della misura»<sup>374</sup>. Gli opposti orientamenti giurisprudenziali<sup>375</sup>, pertanto, mancano di considerare l'opportunità di distinguere fra un decreto di nomina emanato a beneficio di un soggetto in perfette condizioni di salute, che decida riguardo ad un futuro solo possibile ed eventuale; di un paziente capace d'intendere e di volere, il quale si determini, in condizioni di compiuta informazione, rispetto ad una situazione d'incoscienza che si verrà a verificare nel breve o immediato termine; ovvero, infine, a beneficio di un malato incapace, che abbia, però, già designato il proprio amministratore, al contempo dettando le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari.

Peraltro, il giudice genovese<sup>376</sup> arriva finanche ad escludere la possibilità che l'amministratore di sostegno possa rappresentare l'ammalata – co-

---

<sup>373</sup> Trib. Firenze, 8 aprile 2009, cit. Ma v. anche Trib. Pistoia, 8 giugno 2009 (decr.), in *Banca Dati De Jure*; Trib. Roma, 1° aprile 2009 (decr.), in *Fam. dir.*, 2010, p. 51, con nota di V. BUSI, *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*, e in *www.personaedanno.it*, con commento di P. CENDON, *Si può chiedere l'amministrazione di sostegno anche se si sta bene?*, nonché Trib. Pistoia, 1° aprile 2009 (decr.), in *Fam. dir.*, 2010, p. 52, con nota di V. BUSI, cit. Cfr. altresì Trib. Roma, 21 settembre 2007 (decr.), in *www.personaedanno.it*.

<sup>374</sup> App. Firenze, 3 luglio 2009 (decr.), in *www.personaedanno.it*, con commento di R. ROSSI, *La sciagurata idea della nomina anticipata produrrebbe milioni di inutili Ads*.

<sup>375</sup> Cfr. R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 104.

<sup>376</sup> È il caso della paziente testimone di Geova che, ricoverata con grave insufficienza cardiaca, sottoscrive un documento in cui rifiuta le emotrasfusioni, accetta le terapie alternative e designa il proprio amministratore di sostegno: cfr. Trib. Genova, 6 marzo 2009 (decr.), in *Fam. dir.*, 2010, p. 187, con commento di V. BUSI, *L'amministratore di sostegno: il nuntius del paziente*, e in *www.personaedanno.it*, con commento di P. CENDON, *Ads: scelte di vita sì, scelte di morte no. Contra*, v. Trib. Modena, 16 settembre 2008, decreto inedito; Trib. Roma, 31 maggio 2010 (decr.), in *www.personaedanno.it*, e Trib. Modena, 27 luglio 2012, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 1698, e in *Giur. mer.*, 2012, p. 2735. A tal proposito, cfr. altresì Trib. Vibo Valentia-Tropea, 30 novembre 2005 (decr.), in *Fam. dir.*, 2006, p. 523, con commento di R. CAMPIONE, *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*, e Trib. Roma, 21 dicembre 2005 (decr.), *ivi*.

sì come costei, d'altra parte, ha richiesto – nel rifiuto di qualsivoglia emotrasfusione, laddove il problema non appare, però, la non attualità della condizione d'incapacità, pure concretamente prospettabile, nella fattispecie in oggetto, nel breve termine. Infatti, se il paziente può dissentire, non può farlo, in sua vece, l'amministratore di sostegno, poiché l'obiettivo è pur sempre la complessiva tutela della persona *debole*, laddove la vita non può esser relegata in second'ordine rispetto alla religione per opera di un terzo – bensì, solo e sempre, conseguentemente alle volizioni dell'ammalato in prima persona considerato. Delle due l'una, però, perché il giudice genovese non appare qui troppo chiaro: in simili fattispecie, o del rappresentante, appunto, non si vede l'utilità – a fronte della volontà chiaramente espressa dalla paziente – oppure non esiste possibilità alcuna, mai, di far valere il dissenso dell'ammalato.

Da tali asserzioni esulano, però, secondo il tribunale ligure, i «casi estremi», quale (e il richiamo è esplicito) l'irreversibile stato vegetativo di Eluana Englaro. Ecco, questo è l'*absurdum* che si presenta: è possibile interrompere il trattamento su paziente in condizioni disperate, nonostante quest'ultimo non si sia *esattamente* espresso al riguardo né abbia indicato, all'uopo, un rappresentante; è impossibile, invece, prestare ossequio alla volontà di una malata riguardo a trattamenti sanitari da compiersi a distanza di una manciata di giorni e che è in grado ella di rappresentarsi in ogni dettaglio – volontà non solo compiutamente espressa per iscritto, ma altresì rinvigorita dalla nomina di un soggetto incaricato di farne rispettare i contenuti. Dinanzi a siffatta incongruenza, è proprio la presunzione di poter oggettivamente valutare la qualità dell'altrui esistenza (il soggetto in stato vegetativo permanente, quale caso *estremo*, può esser lasciato morire; il testimone di Geova, che con un'emotrasfusione potrebbe tornare a condurre una vita *normale*, è tenuto a curarsi) a spezzare l'autodeterminazione individuale e a sostituirsi alle valutazioni tutte personali dell'unico interessato<sup>377</sup>.

Infine, è la Suprema Corte a dirimere il contrasto giurisprudenziale di cui sopra: il decreto di nomina interviene al solo verificarsi della situazione d'incapacità, nonché al coevo insorgere dell'esigenza di protezione. Non è consentita, quindi, l'adozione del provvedimento giudiziale ora per allora, bensì *rebus sic stantibus*, «all'attualità, in modo da salvaguardare il diritto della persona alla tutela effettiva, necessaria in quel momento e in quella determinata situazione»<sup>378</sup>. Per questi motivi, la designazione *de*

---

<sup>377</sup> Cfr. D.M. PULITANÒ, E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, cit., pp. 341-342. V. G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1776.

<sup>378</sup> Cass., Sez. I, 20 dicembre 2012, n. 23707, cit. Cfr. D. RODRIGUEZ, *Il rifiuto delle cure nella prospettiva del codice di deontologia medica: una guida per la pratica clinica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 563; S. THOBANI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento sanitario: la nomina anticipata è necessaria perché l'amministratore possa svolgere*

*futuro* ai sensi del combinato disposto degli artt. 406 e 408 c.c. resterebbe circoscritta nel mero ambito dell'iniziativa privata, che non postula l'intervento del giudice, mentre la sua funzione sarebbe «destinata a compiersi, mediante il dispiegarsi effettivo dei suoi effetti, al realizzarsi della condizione personale avuta presente, e nell'alveo del procedimento giurisdizionale conseguentemente attivato, attraverso la nomina conforme da parte del giudice tutelare» – e ciò coerentemente con le finalità stesse dell'istituto, ovvero garantire persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana.

In definitiva, l'operatività ed utilità dell'amministrazione di sostegno quale surrogato delle dichiarazioni anticipate di trattamento, nonché ad effetto palliativo rispetto all'inerzia legislativa, sono messe a repentaglio sia dal requisito di un'incapacità *attuale* sia dall'effettiva estensione riconosciuta agli stessi poteri di rappresentanza dell'amministratore – con tutti i problemi, ormai noti, altresì attinenti al grado di elasticità o discrezionalità naturalmente insito e/o accettabile nel *substituted judgement* così condotto<sup>379</sup>.

---

*un ruolo effettivo?*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2251; M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno «pro futuro» e direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1023, e M. BETTI, *Il consenso agli atti sanitari nell'amministrazione di sostegno: le decisioni del giudice tutelare*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 579. Infine, v. Trib. Vercelli, 23 dicembre 2014, n. 42, in *Banca Dati De Jure*.

<sup>379</sup> Trib. Reggio Emilia, 24 luglio 2012, in *Giur. it.*, 2013, p. 347, con commento di D. CARUSI, *Consenso a cure palliative e ruolo dell'amministratore di sostegno*, cit.; in *Fam. pers. succ.*, 2012, 10, p. 709, con nota di A. COSTANZO, *Ricostruire la volontà del paziente incapace rispetto alle scelte di cura nell'alternativa tra manovre invasive e la sola terapia palliativa*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 213, con nota di M. PICCINNI, *Il problema della sostituzione nelle decisioni a fine vita*. Cfr. altresì Trib. Mantova (Castiglione delle Stiviere), 12 gennaio 2011, in *www.personaedanno.it*, con nota di M. MAGRI, *Ads e direttive anticipate: Mantova c'è*, ove la prestazione del consenso alle «attività di sospensione del trattamento medico-chirurgico nelle ipotesi esemplificativamente elencate nel documento» dev'essere fornita «congiuntamente da entrambi gli amministratori nel rispetto della volontà del beneficiario e previa autorizzazione del giudice tutelare», e Trib. Teramo, 14 febbraio 2013, in *Banca Dati De Jure*. V. C. SGOBBO, *Capacità e modalità di testare nelle persone affette da sla. Fra necessità di tutela ed esigenze dell'ordinamento: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2013, p. 351, nota a Trib. Varese, 12 marzo 2012, e A. CIATTI, *I trattamenti sanitari e terapeutici alla persona (totalmente) incapace e l'amministrazione di sostegno*, *ivi*, 2012, p. 2280, nota a Trib. Asti, 10 maggio 2012. V., infine, M. DI MASI, *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2012, p. 145; E. FALLETTI, *Volontà di fine vita: una prospettiva comparata giurisprudenziale e de jure condendo*, in *Corr. giur.*, 2011, 12S, p. 3; A. SCALERA, *L'amministrazione di sostegno e il consenso ai trattamenti medico-chirurgici*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 745; D. INFANTINO, *Direttive anticipate e amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 487; A. PIOGGIA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento ed amministrazione di sostegno: uno strumento di tutela che rischia di sacrificare l'autodeterminazione del malato*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2591; B. VIMERCATI, *Amministratore di sostegno e consenso informato: scelte di politica legislativa e case law a raffronto (Parte I)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 129; IDEM, *Amministratore di sostegno e consenso informato: scelte di politica legislativa e case law a raffronto (Parte II)*, *ivi*, p. 405, e E. FALLETTI, *Ammi-*

Si tratta, in conclusione, dell'affastellarsi di innumerevoli problematiche, la cui risoluzione è di frequente affidata al caso – paradigmatico – del testimone di Geova che rifiuta l'emotrasfusione sol perché fattispecie maggiormente ricorrente nelle aule di tribunale, altresì per lo più caratterizzata dalla natura drammatica ed inequivocabile dell'alternativa che si pone al medico: rispetto del rifiuto/decesso; violazione del diniego/sopravvivenza, se non piena e completa guarigione. Le ipotesi, per contro, sono le più svariate e sottendono non solo l'ossequio a determinati precetti a carattere religioso o culturale, ma altresì la considerazione, più ampiamente e in generale, di ragioni di natura etica, filosofica ed esistenziale: in altri termini, una precisa e personalissima valutazione circa la qualità della vita che valga la pena d'essere vissuta. Si tratta, in definitiva, non tanto e non più della possibilità di *scavalcare* questo rifiuto (eventualità, in linea teorica, per lo più avversata), bensì della definizione di criteri certi – onde tutelare il medico quanto il paziente – al fine di ritenere tale volontà vincolante anche al sopraggiungere dell'incapacità dell'interessato: e allora oggetto di questione saranno, appunto, il ruolo e i poteri dell'eventuale rappresentante, la validità e i contenuti di un documento scritto (come pure l'opportunità di delimitarne l'efficacia temporale), nonché, infine, il diverso grado di consapevolezza che, di volta in volta, può informare il diniego oggetto di controversia.

In questo stesso senso, non si vede il motivo per il quale, proprio onde evitare obiezioni in tema di attualità e conseguente validità del volere (peraltro fermamente e reiteratamente) espresso, l'ammalato debba provvedere alla nomina di un amministratore di sostegno che *rappresenti* e rinaldi tali medesimi *desiderata* una volta sopravvenuta l'incapacità. Si tratta, in particolare, di ipotesi – certo non peregrine – in cui dubbio alcuno può esservi riguardo al persistere di determinate decisioni: come Piergiorgio Welby, questi pazienti sono esaurientemente informati attorno al significato e alle conseguenze del loro diniego, nonché perfettamente consapevoli circa la natura e il decorso della patologia che li affligge; inoltre, la bontà dell'istituto dell'amministrazione di sostegno non ne giustifica qui né spiega la sua applicazione, tanto più laddove la decisione dell'ammalato pertenga ad eventi specifici e precisi, destinati a verificarsi nell'immediato o brevissimo periodo. Al ricorrere di simili fattispecie, il diniego (ma anche, giova qui ripeterlo, l'eventuale volontà positiva riguardo all'esecuzione di determinati trattamenti) non è solo attuale, ma altresì informato, a séguito di un rapporto e di un confronto medico-paziente comunque intercorsi: ed è altresì esattamente il caso dell'ammalato testimone di Geova il quale, in vista di un intervento chirurgico già programmato, rifiuta le emotrasfusioni a questo eventualmente correlate. D'altro canto,

---

nistrazione di sostegno e consenso informato a terapia sperimentale del beneficiario sofferente di Alzheimer, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1022, nota a Trib. Roma, 24 marzo 2010.

sarà proprio sulla base di tali individuali volizioni (l'esclusione dalla sfera dell'*esistente* di una particolare terapia) che il personale sanitario dovrà ponderare, per esempio, il rapporto rischi-benefici presentato da una determinata operazione. In questi casi, quindi, *sufficit* la certa, prodromica e comprovata volontà del paziente (per la quale neppure parrebbe utile l'appellativo di «dichiarazioni anticipate di trattamento», laddove d'*anticipato* v'è, in fin dei conti, poco o nulla), senza alcun altro ausilio: in tal modo, peraltro, sembra altresì schivato il tranello della *non vincolatività* di tali decisioni, ovvero della necessità che il medico ne *tenga* semplicemente *conto*.

Da ultimo, il tribunale senese<sup>380</sup> è arrivato persino ad investire un rappresentante diverso da quello prescelto dal diretto interessato e con l'incarico, inoltre, di manifestare una volontà esattamente opposta ai *desiderata* dall'ammalato espressi quanto alle emotrasfusioni. Insomma, l'ordinamento non lascia scampo: nell'ipotesi in cui la decisione sanitaria sul paziente incapace richieda tempi brevissimi, l'amministratore non sarà stato ancora nominato; l'indicazione del rappresentante e il relativo incarico devono persino conformarsi alla «coscienza del Giudice»; neppure, poi, è ben chiaro se le indicazioni del delegato possano vincolare i medici, al ricorrere di uno stato di necessità; i grimaldelli dell'imprevedibilità, dell'attualità e della gravità operano, infine, a maggior ragione, sia laddove si tratti del rispetto di un documento scritto sia qualora si richieda di ascoltare la parola del fiduciario. Vero è che un ripensamento valoriale, da parte del mondo dei tribunali e di quello degli ospedali, sarebbe quantomeno agevolato da un intervento normativo coraggiosamente *chiaro* nelle opzioni e nelle indicazioni: se il Parlamento italiano sia o meno in grado di garantire nei prossimi mesi un simile risultato è questione, del resto, ancora tutta da definire.

---

<sup>380</sup> Cfr. Trib. Siena, 12 febbraio 2014 (decr.); App. Firenze, 27 marzo 2014 (decr.), e Cass. civ., 27 ottobre 2016, n. 21743, decisioni tutte inedite. V. S. CACACE, *Ma quanto è debole il consenso informato!*, cit.

## CAPITOLO IV

# DAL CONSENSO AL TRATTAMENTO ALLA PRETESA DEL TRATTAMENTO

SOMMARIO: 1. Chirurgia estetica e odontoiatria: un'informazione peculiare. – 2. Il “capriccio” del paziente. – 3. Là dove s'arresta il dovere del medico. – 4. *L'affaire Stamina* ovvero di un'irragionevole volontà.

### 1. *Chirurgia estetica e odontoiatria: un'informazione peculiare*

Il medico non può mai garantire – è naturale – esiti certi o assolutamente prevedibili, in ragione dell'intrinseca peculiarità dell'attività sanitaria, nonché a prescindere dalla natura più o meno terapeutica dell'intervento di volta in volta pianificato. Persino in ambito di chirurgia estetica, infatti, il professionista si trova nelle condizioni di assicurare semplicemente un corretto impiego dei mezzi idonei allo scopo, non anche il conseguimento di un obiettivo che sfugge, almeno in parte, alle sue possibilità operative. D'altro canto, neppure è agevole, talvolta, stabilire con precisione se il risultato sia stato raggiunto o meno, nell'incertezza di adottare, quale criterio di giudizio, la mera riuscita tecnica dell'intervento ovvero il risultato puramente estetico, da collocare altresì all'interno del vissuto soggettivo del paziente. Certo, nulla esclude che sia lo stesso medico, tramite il contratto di cura concluso con il proprio paziente, a pattuire e garantire il raggiungimento di uno specifico risultato<sup>1</sup>; altrimenti, l'obbligazione generalmente assunta concerne pur sempre il mero svolgimento di un'attività diligente, prudente e perita, necessaria nel caso concreto e utile al conseguimento del risultato.

Pertanto, una volta asserita l'esistenza di un'obbligazione di mezzi<sup>2</sup> an-

---

<sup>1</sup> Cfr. A. SAGNA, *Il patto speciale di garanzia del chirurgo estetico: suddivisione delle obbligazioni tra quelle di mezzi e quelle di risultato quale metodo anacronistico di valutazione della professione medica?*, in *Nuovo dir.*, 2006, p. 411. V. anche Cass. civ., Sez. III, 24 ottobre 2007, n. 22327, in *Il Quotidiano Giuridico*, 5 novembre 2007, con commento di A.F. GENOVESE, *Intervento di chirurgia estetica e cicatrici permanenti: quale tutela?*

<sup>2</sup> V. E. RONCHI, *Né obbligo di risultato né dovere di più ampia informazione al paziente da*

che in capo al chirurgo estetico, il dovere d'informazione finisce per assumere un rilievo essenziale: e non perché si atteggi in maniera davvero diversa o più intensa rispetto a quanto accade in altri settori della medicina<sup>3</sup>, ma perché (perseguendosi un miglioramento dell'aspetto fisico) deve tassativamente concernere i risultati ragionevolmente conseguibili, la loro durata nel tempo e le possibili conseguenze negative. Solo in questo senso, allora, si tratta di un'informazione «rinforzata» o «particolarmente pregnante», perché «il medico è tenuto a prospettare in termini di probabilità logica e statistica al paziente la possibilità di conseguire un effettivo miglioramento dell'aspetto fisico, che si ripercuota anche favorevolmente nella vita professionale e in quella di relazione»<sup>4</sup>, laddove l'aspirazione a questo miglioramento è proprio l'unico movente dell'operazione.

Il professionista, così, sarebbe responsabile laddove, anziché adempiere correttamente a tale dovere informativo, faccia balenare il miraggio di un modello estetico viceversa irraggiungibile (o, comunque, in concreto poi non raggiunto)<sup>5</sup>. In questo senso, s'impone con una certa urgenza la definizione, nella maniera più chiara ed inequivoca possibile, dell'«oggetto della prestazione professionale, meglio se per iscritto, al fine di puntualizzare ciò che è dovuto e ciò che invece rientra in un'aspettativa che non sempre può essere assicurata, perché possono interferire fattori (...) non sempre controllabili, anche in presenza di una prestazione professionale ineccepibile»<sup>6</sup>. La volontà delle parti, infatti, diviene al contempo fonte del vincolo del medico e limite della sua responsabilità: è proprio per questo motivo che deve ben chiarirsi, in sede contrattuale, la natura dell'obbligazione (eventualmente, anche “di risultato”) che il chirurgo estetico intende assumersi. Ciò al fine d'evitare che si debba rispondere di risultati non sempre facilmente conseguibili, ma ritenuti tali dal paziente che vi ha fatto affidamento, appunto perché non bene informato.

La volontà del cliente, dunque, dev'essere sempre libera da «coartazione, inganno ed errore»: errore essenziale, in particolare, ovvero «tale da avere, in concreto, determinato e orientato la volontà del soggetto, la qua-

---

parte del “chirurgo estetico” (a proposito di Cass. civ. n. 3046/1997 e Cass. civ. n. 9705/1997), in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 848; I. VITULIA, *Informazione, consenso ed errore nella medicina estetica: il labile confine tra apparenza e infelicità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 605, e V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 456.

<sup>3</sup> *Contra*, v. Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394, cit., e Cass. civ., Sez. III, 12 giugno 1982, n. 3604, in *Giust. civ.*, 1983, p. 939.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. civ., 6 ottobre 1997, n. 9705, cit.

<sup>5</sup> «È quindi quanto meno poco saggio, da parte del chirurgo plastico, promettere al paziente un aspetto soddisfacente delle cicatrici chirurgiche, il cui esito è determinato dall'embricazione di numerosi fattori, che possono certamente condizionare l'esito finale»: G. AGOSTINELLI, M. RICCHIO, M. CARLI, A. BERTANI, *La cicatrice in chirurgia estetica. Aspetti biologici, clinici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1990, p. 7.

<sup>6</sup> M. BILANCETTI, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Giur. it.*, 1997, p. 354.

le sarebbe stata diversa se si fosse correttamente formata»<sup>7</sup>. Infatti, la specificità della chirurgia estetica consiste esattamente nella chiara, accessibile (e conforme a buona fede) illustrazione al paziente dei possibili esiti dell'intervento (anche in relazione all'estensione e qualità delle inevitabili cicatrici operatorie), tali da poter deludere, altrimenti, le sue particolari aspettative di miglioramento estetico. Di conseguenza, trattasi della garanzia di una comunicazione che permetta al cliente un opportuno bilancio rischi/benefici, adeguato alla fattispecie concreta e all'operazione concordata<sup>8</sup>, quindi altresì in considerazione delle esigenze meramente volutarie, e non proprio necessarie, all'origine (normalmente) di tali interventi.

D'altra parte, s'è visto come gli albori del consenso informato appartengano propriamente ai trattamenti sanitari non terapeutici (quantomeno in senso tradizionale), ovvero, appunto, al campo della ricerca biomedica e della chirurgia estetica. In questo senso, la giurisprudenza italiana si cimenta per la prima volta con l'autodeterminazione del paziente proprio in un caso d'intervento di chirurgia plastica al seno di una giovane «danzatrice professionale e spogliarellista»<sup>9</sup>, a séguito del quale costei la-

---

<sup>7</sup>G. IADECOLA, *Consenso del paziente e trattamento medico-chirurgico*, Liviana, Padova, 1989, pp. 27-28.

<sup>8</sup>V. Cass. civ., 23 maggio 2001, n. 7027, cit.; Trib. Roma, 14 dicembre 1994, in *Gius.*, 1995, p. 357; Trib. Trieste, 14 aprile 1994, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 768, con nota di F. PONTONIO, C. PONTONIO, *La responsabilità del chirurgo estetico: obbligazione di mezzi o di risultato?*, e Trib. Roma, 10 ottobre 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 337, con annotazioni di F.A. MAGNI. Cfr. G. MEMETEAU, *Traité de la responsabilité médicale*, cit., p. 129, il quale ricorda che il contratto medico è senz'altro nullo (per contrarietà della causa all'ordine pubblico), laddove si tratti di cedere, semplicemente, alla domanda capricciosa di un cliente insoddisfatto della sua estetica, congenita o acquisita. In quest'ipotesi, peraltro, il professionista compie un illecito non assicurabile, dinanzi al quale nessuna delle controparti ha l'interesse a sollevare l'eccezione di nullità (assoluta) del contratto. In questo senso, l'elevazione della soglia d'informazione e *conseil* consente di rinvenire più agevolmente una condotta di natura colposa, senza che ci si debba inoltrare sull'impervio terreno della responsabilità extracontrattuale, priva di profitto finanziario per la vittima se l'assicuratore invoca l'eccezione di illecito doloso. Per l'ordinamento francese, v. Cass. civ., 17 février 1998, in *Petites Affiches*, 1999, 90, p. 19, con commento di D. HALLIEZ, *Le devoir d'information du chirurgien esthétique*. Cfr. C. CORMIER, *La chirurgie esthétique*, in *Rev. droit san. soc.*, 2002, p. 724; H. FABRE, *Chirurgie esthétique: le patient devient un consommateur averti e responsable*, in *Gaz. Pal.*, 1997, p. 1378, e S. GROMB, *De l'influence du consumérisme sur l'humanisme médical*, *ivi*, 1996, p. 767. Infine, v. l'art. L. 6322-2 del *Code de la santé publique*, ove s'impone al chirurgo estetico la consegna al paziente di un *devis* dettagliato, nonché il rispetto di un lasso di tempo *minimum* di riflessione, durante il quale il trattamento non può essere praticato.

<sup>9</sup>Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394, cit. Cfr. altresì F. NADDEO, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), *Professioni e responsabilità civile*, cit., p. 1141; A. STILLO, *Malpractice: il consenso informato*, in *Contratti*, 2001, p. 1173; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, cit., pp. 50 ss., e N.M. DI LUCA, *L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema di responsabilità professio-*

menta «cicatrici evidenti, eccessivo spostamento in alto e asimmetria dei capezzoli», nonché la delusione delle proprie aspettative in merito, anche professionali. Così, nonostante la perita esecuzione dell'operazione, la responsabilità del chirurgo estetico viene affermata «dal momento che non risultava che egli avesse avvertito la cliente dei rischi estetici, cicatrici, ai quali essa andava inevitabilmente incontro; (...) ciò rientrava senz'altro nei suoi doveri, dato che l'informazione, forse poco importante per una diversa cliente disposta ad appagarsi di un miglioramento dell'aspetto plastico del seno coperto dal vestito (miglioramento in effetti constatato), avrebbe assunto per quest'ultima rilievo determinante in ordine alla sua disposizione ad affrontare l'intervento, perché per la sua professione essa doveva e intendeva esibire il seno nudo»<sup>10</sup>. Pertanto, se può affermarsi, secondo il senso di cui sopra, che l'ampiezza dell'informazione non diverge dal consueto<sup>11</sup>, questa neanche deve tendere a condizionare la volontà dell'interessato nella direzione dal medico prediletta (a suo mero vantaggio economico), bensì prefiggersi uno scopo neutrale, ovvero fornire, nell'esclusivo interesse del cliente, ogni utile elemento per una decisione personale, consapevole ed obiettiva, scevra da lusinghe fonti di eccessive speranze<sup>12</sup>. Ciò tanto più se si considera come le cause in ambito di chirurgia estetica siano soprattutto caratterizzate non dalla realizzazione di un rischio più o meno insolito, più o meno connaturato all'intervento effettuato, bensì dalla mera violazione del dovere d'informazione riguardo a cicatrici da considerarsi assolutamente "normali" e che neppure avrebbero potuto risultare più "regolari"<sup>13</sup>.

---

nale nella chirurgia estetica, in V. FINESCHI (a cura di), *La responsabilità medica in ambito civile: attualità e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1989.

<sup>10</sup>V. F. NIETZSCHE, *La Gaia Scienza*, Mondadori, Milano, 1979, p. 126: «La salute in sé non esiste e tutti i tentativi per definire una cosa siffatta sono miseramente falliti; dipende dalle tue mete, dal tuo orizzonte, dalle tue energie, dai tuoi impulsi, dai tuoi errori e, in particolare, dagli ideali e dai fantasmi della tua anima, determinare che cosa debba significare la salute anche per il tuo corpo». Cfr. anche E. QUADRI, *Profili contrattuali e responsabilità civile nell'attività del chirurgo plastico*, in *Dir. giur.*, 1987, p. 765.

<sup>11</sup> Appare così priva di fondamento la distinzione tra chirurgia plastica estetica e chirurgia plastica ricostruttiva operata da Cass. civ., Sez. III, 8 aprile 1997, n. 3046, in *Corr. giur.*, 1997, p. 546, con commento di V. CARBONE, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*, e in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 668, con commento di G. CITARELLA, *Obblighi di informazione e responsabilità del chirurgo plastico*.

<sup>12</sup> Similmente, v. Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394, cit. V. l'art. 76 (*Medicina potenziativa ed estetica*) del Codice deontologico: «(...) Il medico, nell'esercizio di attività diagnostico-terapeutiche con finalità estetiche, garantisce il possesso di idonee competenze e, nell'informazione preliminare al consenso scritto, non suscita né alimenta aspettative illusorie, individua le possibili soluzioni alternative di pari efficacia e opera al fine di garantire la massima sicurezza delle prestazioni erogate. (...)».

<sup>13</sup> Cfr. Cass. civ., 25 novembre 1994, n. 10014, cit. Cfr. M. GALLI, *Chirurgia estetica: responsabilità medica, ripartizione dell'onere della prova e risarcimento del danno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 475; M. FOCARDI, G.A. NORELLI, W. PINCHI, *Deontologia ed etica in chirurgia*

D'altro canto, si è altresì avuto modo d'evidenziare come l'ultima giurisprudenza in tema di ripartizione dei carichi probatori<sup>14</sup> – nel momento in cui statuisce che, ai fini del risarcimento del danno, il paziente deve dimostrare che avrebbe rifiutato, se fosse stato adeguatamente informato – fa riferimento ad «un atto terapeutico necessario»: la causalità è omissiva (l'inadempimento del medico consiste nella mancata comunicazione di un rischio); l'intervento viene realizzato *secundum ius* ed è legittimato dalla sua stessa natura (dalla sua stessa *opportunità*), benché in assenza di un consenso dall'ammalato validamente prestato<sup>15</sup>. Per contro, laddove l'operazione non sia, secondo quest'accezione, *necessaria*, allora l'unica, alternativa fonte di legittimazione diviene la volontà del diretto interessato, in assenza della quale l'atto sanitario è *contra ius* e la causalità da accertare è attiva, ovvero fra il trattamento e il pregiudizio realizzatosi. In questo senso, allora, l'ultima Cassazione<sup>16</sup> in materia “presume” il dissenso: *in primis*, infatti, il paziente non deve dimostrare che avrebbe rifiutato, se fosse stato posto nelle condizioni di farlo; in secondo luogo, poi, anche volendo applicare il giudizio controfattuale («non con una avventurosa indagine nella psiche del paziente», bensì rispetto a «cosa avrebbe deciso una persona normale e razionale se avesse avuto tutte le informazioni rilevanti»), deve ritenersi che sarebbe stato opposto un rifiuto. Infatti, la possibilità che non è stata prospettata attiene addirittura al peggioramento dell'aspetto fisico dell'assistito, laddove la finalità di un miglioramento estetico, invece, è l'unica che ha determinato il soggetto alla sottoposizione all'intervento – come poco sopra già evidenziato.

Le prestazioni odontoiatriche condividono, peraltro, alcune delle appena menzionate peculiarità della chirurgia estetica: in primo luogo, infatti, specie laddove di natura protesica, si tratta di cure con un carattere anche (se non esclusivamente) estetico; secondariamente, poi, tali trattamenti appaiono per lo più elettivi, certo non indispensabili ai fini della tutela della salute individuale. In questo senso, vale quanto affermato per la chirurgia estetica, laddove l'informazione deve tener conto dell'aspettativa, nutrita dal paziente, di risultati sicuramente positivi, ad onta dell'alea pur

---

*plastica: una analisi comparativa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 903; E. FERRARA, *La responsabilità civile del medico nell'ambito della chirurgia estetica*, in *Nuovo dir.*, 2008, p. 250, e V. ARCARI, A. LOCATELLI, E. RONCHI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato nel trattamento estetico e odontoiatrico: aspetti medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 1057.

<sup>14</sup> Il *leading case* è Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit. V. *supra*, cap. I, par. 11, *Nesso causale e risarcimento del danno*.

<sup>15</sup> Cfr. G. PERROTTA, *Il consenso informato, mancante o viziato, rende illegittimo l'intervento chirurgico*, in *Dir. gius.*, 2014, p. 146, nota a Cass. civ., Sez. III, 6 giugno 2014, n. 12830. V. anche G. RISPOLI, *Chirurgia (anti)estetica e consenso informato*, in *Giur. it.*, 2015, p. 48, e V. IVONE, *Informazione, consenso ed errore nella medicina estetica: il labile confine tra apparenza e infelicità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 605.

<sup>16</sup> Cass. civ., 6 giugno 2014, n. 12830, cit.

sempre presente<sup>17</sup>. Di conseguenza, l'importante incremento del contenzioso in ambito odontoiatrico si spiega non solo con la generica constatazione che il paziente ha acquisito, negli ultimi lustri, una migliore consapevolezza dei propri diritti, a fronte di un progresso scientifico e tecnologico certo caratterizzato da maggiori potenzialità di danno, ma anche con l'impegno economico, sovente notevole, sostenuto in proprio dal cliente per l'erogazione di questi servizi (forniti, per la maggior parte, all'interno di strutture private), cui si aggiunga la suaccennata natura per lo più elettiva degli interventi di tal fatta, spesso procrastinabili e non indispensabili. L'insieme di questi fattori rafforza, in un certo senso, la percezione e convinzione che il mancato conseguimento dell'obiettivo perseguito (il felice esito della cura) sia senz'altro frutto di una mancanza addebitabile al sanitario, con una pretesa sempre maggiore di conseguimento del risultato sperato e, per converso, un minor grado di tolleranza verso eventuali errori o negligenze nella condotta professionale<sup>18</sup>. Coerentemente, proprio nell'ambito dell'attività odontoiatrica, determinate prestazioni vengono spesso direttamente ricondotte alla categoria dell'obbligazione di risultato, in special modo laddove si tratti di cure a scopo riabilitativo, ovvero consistenti nella progettazione e applicazione di una protesi – e, per l'appunto, i settori delle protesi e dell'implantologia sarebbero all'origine di circa il 75% dell'intero contenzioso<sup>19</sup>.

La tematica del consenso informato, peraltro, dev'essere opportunamente filtrata alla luce della natura della realtà odontoiatrica e del parti-

---

<sup>17</sup> Cfr. U. IZZO, G. PASCUIZZI (a cura di), *La responsabilità medica nella Provincia autonoma di Trento*, cit., pp. 107 ss.; P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 323 ss., e M. ZANA, *La responsabilità del medico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 164. V. A. VASAPOLLO, *L'odontoiatra fra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Ragiusan*, 2006, 267-268, p. 230.

<sup>18</sup> M. FERRARI, *La responsabilità civile in odontoiatria*, in *Danno e responsabilità*, 2004, p. 121. Cfr. altresì E. MARINELLI, D. PICCA, M.P. TACCONI, *Il consenso del paziente nella responsabilità professionale odontoiatrica*, in *Zacchia*, 2001, p. 133, e D. MONTAGNA, P.O. DE LEO, F. CARLI, *La responsabilità nella professione odontoiatrica*, Promoass, Verona, 1998, pp. 171 ss. V., infine, C. PAGGETTI, *Il contenzioso sulla responsabilità professionale in odontoiatria. Riflessioni in tema di efficacia delle coperture assicurative*, in *Zacchia*, 2001, p. 389; G. SALERNO, *In tema di consenso informato nell'ambito dell'attività medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1273, nota a Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2012, n. 3222; D. CERINI, *La responsabilità del dentista: tra obblighi contrattuali e doveri di protezione*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, p. 650; F. ZAULI, *Responsabilità medica e interventi di natura routinaria: l'onere probatorio incombe sul dentista*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 405; L. LETTA, *La responsabilità civile dell'odontoiatra: i collegi ausiliari, le protesi inutilizzabili per vizi ed altre questioni aperte*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1137, e D. BETTI, A. MASSARA, *Obbligazione di mezzi o di risultati in odontoiatria: rilevanza della documentazione clinica di studio*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, p. 1111.

<sup>19</sup> M. NIOLA, M. AMATO, P. DI LORENZO, F. POLICINO, A. TUCCILLO, R. MARTUSCELLI, *Su una casistica di responsabilità professionale in ambito odontostomatologico*, in F. DE FERRARI, N. CERRI, A. CONTI (a cura di), *La metodologia medico-legale nella prassi forense-Atti del XXXIII Congresso Nazionale S.I.M.L.A.*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 564-565.

colare rapporto suscettibile d'instaurarsi tra il professionista e il fruitore del servizio: quest'ultimo, infatti, può presentare una vera e propria patologia odontostomatologica (e sarà, quindi, un *paziente*), ovvero richiedere una prestazione con finalità puramente ed esclusivamente estetiche (e sarà, allora, un *cliente*: per esempio, nel caso di inserimento di un brillante su un incisivo). È noto, infatti, come innumerevoli siano i possibili risvolti estetici connessi ad un trattamento odontoiatrico e come ciò imponga una particolare sensibilità professionale nei confronti delle esigenze e delle richieste di ordine estetico espresse dal paziente, le quali devono altresì essere conciliate, laddove possibile, con gli obiettivi di ordine più propriamente terapeutico e funzionale. Di conseguenza, se è opportuno che l'informazione verta sulle effettive *chances* di conseguimento del risultato estetico sperato, la stessa valutazione dell'esito delle cure concerne non solo gli aspetti funzionali, ma anche quelli estetici, poiché le condizioni del cavo orale, una masticazione rumorosa, l'alitosi o una difformità di colorazione del manufatto protesico rispetto ai naturali elementi dentari possono negativamente ripercuotersi sull'estrinsecazione della personalità individuale nell'ambito dei rapporti sociali.

Peraltro, le differenti possibilità di scelta (in ordine alle caratteristiche del materiale usato, per esempio: amalgama d'argento, compositi, intarsi aurei o in ceramica) impongono un puntuale e completo apporto informativo da parte dell'odontoiatra, al fine di consentire un'opzione sulla base di considerazioni affatto personali, dinanzi alle quali il ruolo del professionista può essere soltanto marginale, di consigliere. Inoltre, nell'ambito della chirurgia orale, la molteplicità delle situazioni a rischio e delle possibili complicanze deve indurre ad un'informativa accurata, a tutto tondo, al fine di consentire al paziente l'espressione di un consenso consapevole. Ciò, in particolare, laddove si tratti di interventi chirurgici necessari sì, ma non urgenti (quindi non legati ad una patologia acuta in atto), oppure considerati sì non indispensabili, ma comunque opportuni. In questi casi, poi, l'informazione deve necessariamente estendersi anche a quelle conseguenze poco gradevoli, per quanto temporanee, costituite dall'impossibilità, per alcuni giorni, di parlare agevolmente o dall'eventualità di tumefazioni antiestetiche di non immediata risoluzione. A tal proposito, infatti, il paziente che non possa affrontare, nei giorni successivi all'intervento, impegni di lavoro prefissati, così subendo un danno professionale anche di natura economica, potrebbe agevolmente dimostrare che, laddove meglio informato in merito agli inconvenienti poi verificatisi (gonfiore, tumefazione, difficoltà di parola), avrebbe scelto un periodo diverso ai fini dell'esecuzione dell'operazione (così lamentando un ormai noto pregiudizio "da impara-parazione")<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> R. FRESA, *Il consenso informato in odontoiatria*, Edizioni Medico-Scientifiche, Torino, 1998, p. 179 ss. V. anche C. DURANTE, M. SPALLETTA, *Considerazioni medico-legali in tema di*

## 2. Il “capriccio” del paziente

Si è in più occasioni<sup>21</sup> osservato come il rispetto della volontà dell'ammalato non possa tramutarsi in mero e sistematico asservimento. Al riguardo, attendono entrambe a lesioni conseguenti ad anestesia due fattispecie (l'una italiana, l'altra francese<sup>22</sup>), nelle quali, a fronte del rifiuto opposto dal paziente al tipo di anestesia consigliatagli, il medico finisce per ottemperare alle richieste dell'interessato. Nel primo caso<sup>23</sup>, in particolare, il malato acconsente ad un intervento chirurgico di artroscopia per blocco iperalgico meniscale, da attuarsi in anestesia subdurale. Nel corso dell'atto, tuttavia, spaventato dalle modalità d'esecuzione di tale anestesia, richiede egli di essere sottoposto ad anestesia generale, a séguito della quale decede per insufficienza respiratoria e collasso cardiocircolatorio addebitabile al farmaco anestetico. Così, se la Corte d'appello attribuisce l'evento-morte al medico anestesista per non aver saputo vincere, con ogni mezzo (compreso il ricorso a sostanze ipnoanalgesiche, ovvero all'annullamento coatto della capacità d'intendere e di volere mediante somministrazione di appositi sedativi), la resistenza opposta dal paziente ad un'anestesia periferica (in quanto preferibile, nel caso concreto), i giudici di legittimità tacciano la motivazione della corte territoriale di «istigazione a commettere un reato», escludendo la possibilità di manomettere la sfera d'integrità psicofisica individuale al ricorrere di un dissenso espresso<sup>24</sup>.

---

*responsabilità professionale. Danno da indebolimento dell'organo della masticazione*, in *Minerva medicolegale*, 2002, 122, p. 25, e L. CINGANO, V. CINGANO, *La responsabilità dell'odontoiatra per trattamenti effettuati in mancanza della corretta informazione del paziente*, in *Ragusan*, 2012, p. 138. Per l'ordinamento francese, cfr. M. HARICHAUX, *Responsabilité des chirurgiens-dentistes, sages-femmes, auxiliaires médicaux, vétérinaires et autres professionnels*, in *Resp. civ. assur.*, 1998, 441-1, pp. 5 ss., nonché App. Paris, 16 juin 1995, in *Médecine et Droit*, 1996, 16, p. 24.

<sup>21</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 10, *Il rifiuto dell'emotrasfusione*.

<sup>22</sup> Per l'ordinamento statunitense, cfr. T.L. HAFEMEISTER, R.M. GULBRANDSEN, *The Fiduciary Obligation of Physicians to “Just Say No” if an “Informed” Patient Demands Services that are not Medically Indicated*, in *Seton Hall L. Rev.*, 2009, 39, p. 335.

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. IV, 10 ottobre 2001, n. 36519, *Cicarelli*, in *Studium iuris*, 2002, p. 401; in *Riv. pen.*, 2002, p. 364; in *Cass. pen.*, 2002, p. 1346, e in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 573, con commento di R. DE MATTEIS, *Responsabilità professionale medica: finalità terapeutica e consenso del paziente*.

<sup>24</sup> Similmente, v. Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 2005, n. 38852, *Da Re*, in *Dir. gius.*, 2005, 41, p. 38, con commento di V. PEZZELLA, *Colpa professionale, un punto ai medici*; in *Studium iuris*, 2006, p. 1322, con nota di A. PALMA, *Colpa medica*; in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 399, con commento di M. BARNI, *Posizione di garanzia del medico, dissenso (scritto) del paziente: crisi di due capisaldi della medicina difensiva*, e App. Venezia, 16 settembre 2004, in *Giur. mer.*, 2005, p. 361. Cfr. altresì M. BARNI, *Sul dissenso attuale e anticipato ad un trattamento medico. Dal rispetto dell'autonomia all'amministrazione di sostegno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1002, e C. BRUSCO, *La colpa nella responsabilità penale del medico*, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 831.

Il malato francese<sup>25</sup>, per converso, rifiuta l'anestesia generale a favore di una solo locale, dalla quale deriva, però, la rottura del globo oculare e la conseguente perdita dell'occhio. Peraltro, se per la *Cour de cassation* è escluso che il medico sia tenuto a convincere il proprio paziente del pericolo insito nel trattamento da questi insistentemente richiesto, il sanitario è comunque tenuto a rifiutarsi di procedere con il tipo (per esempio) di anestesia dal malato preteso, laddove ciò risulti eccessivamente rischioso.

Certo, ferma restando la difficoltà (talvolta) di esattamente individuare e quantificare i differenti pericoli connessi a due trattamenti alternativi, al medico non è comunque consentita l'esecuzione di operazioni dai rischi oltremodo elevati – e ciò con il mero pretesto che il paziente è stato, in proposito, esaurientemente informato. Di conseguenza, il sanitario deve non solo necessariamente rispettare la volontà espressa (ovvero desistere dal trattamento rifiutato), ma altresì compiutamente informare il malato degli effetti derivanti da tali *desiderata*, nonché, infine, *astenersi* dalla prestazione delle cure richieste o prescelte dall'interessato, nell'ipotesi di sproporzione fra rischi e benefici attesi<sup>26</sup>. Si tratta, in definitiva, del dovere d'agire sempre e comunque *legibus artis*: se, però, la volontà dell'ammalato non lo consente, allora l'alleanza terapeutica è spezzata. Ricorre, altrimenti, una condotta penalmente illecita, sia nell'ipotesi di violazione del dissenso opposto sia laddove il sanitario agisca, sì conformemente alle

---

<sup>25</sup> Cass. civ., Ch. I, 18 janvier 2000, n. 97-17716, in *JCP G*, 2001, p. 371, con commento di A. DORSNER-DOLIVET, *Un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande*.

<sup>26</sup> Trattasi della possibilità di recedere dal contratto stipulato con il proprio paziente: cfr. App. Trento, 18 gennaio 1995, menzionata da U. IZZO, G. PASCUZZI (a cura di), *La responsabilità medica nella Provincia autonoma di Trento. Il fenomeno, i problemi, le possibili soluzioni*, cit., 109, a proposito della mancata devitalizzazione di un dente, quale intervento necessario e prodromico alla successiva installazione di una protesi. Ciò in ragione del dissenso, opposto dalla cliente, all'effettuazione della (temuta) anestesia e, conseguentemente, della stessa devitalizzazione. D'altra parte, i giudici di seconde cure rilevano la colpa dell'odontoiatra proprio sotto il profilo del consenso informato, poiché il professionista non solo avrebbe dovuto rendere edotta la paziente circa l'assoluta necessità della devitalizzazione, ma anche porre costei dinanzi all'alternativa di un suo recesso dal contratto, laddove tale rifiuto fosse persistito. Peraltro, mentre l'art. 2237, comma 2, c.c., concede al prestatore d'opera la (mera) possibilità di recedere dal contratto per giusta causa, la sentenza della Corte d'appello di Trento si esprime, correttamente, in termini di «dovere». Similmente, v. App. Milano 17 febbraio 1961, in *Tem*, 1962, p. 606. Inoltre, cfr. App. Genova, 3 aprile 2007, inedita, ove si ravvisa la responsabilità professionale dell'odontoiatra per la mancata esecuzione di cure canalari valide prima dell'esecuzione degli impianti – a nulla valendo sostenere «che, su insistenza del paziente, che doveva sposarsi e partire per il viaggio di nozze, era stato eseguito un impianto provvisorio, e che, nonostante le sue raccomandazioni di riprendere subito le cure al rientro, il paziente le aveva interrotte». A tal proposito, infatti, «la difesa non ha pregio non potendosi il medico esimere dalla responsabilità di cure non adeguate adducendo le insistenze del paziente, rientrando nei suoi doveri professionali il rifiuto degli interventi lesivi della salute anche se richiesti».

richieste del paziente, ma in contraddizione con i dettami della scienza medica<sup>27</sup>.

Peraltro, rimane da delineare l'estensione di tale dovere d'informare, che sembra tramutarsi in quello di *convincere*: così, viene interdetto per tre anni dall'esercizio della professione il medico francese che prescrive iniezioni con estratti di vischio, dopo che la paziente oncologica ha rifiutato qualsivoglia trattamento radioterapico e chemioterapico<sup>28</sup>. Nella fattispecie, infatti, il sanitario ha sì correttamente informato, ma non ha comunque dimostrato d'aver «tous mis en oeuvre» al fine di convincere l'ammalata (poi deceduta) ad accettare le cure indispensabili per la sua sopravvivenza, così privandola di «une chance sinon de guérison, du moins de survie».

### 3. Là dove s'arresta il dovere del medico

Dalla chirurgia estetica alla prestazione odontoiatrica, fino al trattamento insistentemente richiesto e perciò ottenuto in alternativa a quello raccomandato dalla buona pratica medica – perché *preferito* o, comunque, meno temuto. Il *leit-motif* – secondo un *climax* ascendente – è, se si vuole, il medesimo: la richiesta e la volontà del paziente (a sfondo terapeutico, ma non solo: e allora più grande sarà il dilemma) dinanzi al dovere del medico e alla corrispondente sua posizione di garanzia. Portata all'estremo (e quasi al paradosso, laddove il problema è stato sin qui quello del paziente che, invece, vuole *liberarsi* da un trattamento sanitario), la questione riguarda altresì l'ammalato che pretenda di essere mantenuto in vita ad ogni costo, anche quando lo stadio avanzato della sua patologia non gli consenta più di avere contatto alcuno con il mondo esterno. In particolare, secondo la *Court of Appeal* londinese<sup>29</sup>, la libera espressione dell'auto-

---

<sup>27</sup> Per quanto concerne la pratica delle mutilazioni genitali, cfr. M.C. VENUTI, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, cit., pp. 657 ss.; A. GENTILOMO, A. PIGA, A. KUSTERMAN, *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 13; G. CASSANO, F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, in *Fam. dir.*, 2007, 2, p. 179, e P. BORSELLINO, *La medicina tra rispetto per le culture e rispetto per gli individui*, in *Materiali storia cult. giur.*, 2004, p. 501. Cfr. altresì Trib. Padova, 9 novembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, p. 2590, con commento di V. PLANTAMURA, *Brevi note in tema di circoncisione rituale maschile, esercizio abusivo della professione e lesioni*. V., infine, l'art. 52 del Codice deontologico (*Tortura e trattamenti disumani*): «(...) Il medico non attua mutilazioni o menomazioni non aventi finalità diagnostico-terapeutiche anche su richiesta dell'interessato».

<sup>28</sup> Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, 24 juin 2008, in *Gaz. Pal.*, 2009, p. 27, con commento di J. CAYOL, *Le droit au refus de soins et le devoir d'information du médecin*.

<sup>29</sup> *R (Burke) v General Medical Council (Official Solicitor and Others intervening)* [2004] EWCH 1879 (Admin), [2004] 3 FCR 579; [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 2 FLR 1223. V. M. To-

determinazione individuale legittima sì il rifiuto del paziente, ma non, invece, un corrispondente e contrario diritto ad ottenere la somministrazione di un trattamento – nel caso di specie, l'idratazione e la nutrizione artificiali, in attesa di una morte “per cause naturali”. L'ammalato inglese, infatti, teme che, nel momento in cui non sia più in grado d'interagire con l'esterno, benché pienamente conscio, i medici procedano con l'interruzione di tale idratazione e nutrizione, causandogli gravose sofferenze e conducendolo a morte certa. Secondo questa giurisprudenza, quindi, il *best interest* dell'ammalato – nei termini di un'oggettiva appropriatezza clinica – può non coincidere con i suoi desideri: sarà la valutazione medica, però, a prevalere sulla personale concezione di *dignity* o di *intolerability* del diretto interessato. In altri termini, il paziente può sì rifiutare le cure *life-saving*, anche contro qualsivoglia parere o valutazione di natura sanitaria; non può, invece, specularmente richiedere il protrarsi di una terapia che il medico, *in scienza e coscienza*, interromperebbe. Il dovere dell'operatore sanitario di provvedere ad un determinato trattamento non risiede, pertanto, nel semplice fatto che sia l'ammalato a richiederlo; la posizione di garanzia retrocede dinanzi alla volontà *negativa* del paziente, ma non si trasforma e deforma sulla base di una volontà *positiva* che contraddica le leggi dell'arte<sup>30</sup>. In questo modo, non sarebbe più l'individuo a connotare il proprio *best interest* e a decidere quale esso sia: pertanto, anche rispetto alla definizione di accanimento terapeutico, vero è che questa strettamente dipende dal vissuto soggettivo del singolo paziente (a maggior ragione laddove non sia da “ricostruire”, bensì venga chiaramente espresso e manifestato dal diretto interessato), ma trova, comunque, un ultimo argine nel giudizio di futilità formulato, secondo uno *standard of care*, dal personale sanitario – a fronte, appunto, di una richiesta di somministrazione o di continuazione nella somministrazione.

La medesima commistione fra valutazione clinica e giudizio in termini di qualità della vita si rinviene, peraltro, nel caso di trattamenti di sostegno vitale su neonati affetti da gravi *handicaps* o venuti al mondo ad età gestazionali estremamente basse. In queste ipotesi, tanto più perché il diretto interessato non è in grado di manifestare una sua personale volontà o preferenza, le richieste dei genitori non potrebbero mai prevalere sul giudizio dei medici (anche e soprattutto laddove si tratti di *rifiuto* delle terapie)<sup>31</sup>, bensì

---

MASI, *Il caso L.B.: una prospettiva atipica in merito al fine vita*, in [www.jus.unitn.it/biodiritto/home.html](http://www.jus.unitn.it/biodiritto/home.html), e P. DE CRUZ, *The Burke Case: The Terminally Ill Patient and the Right to Life*, in *The Modern Law Review*, 2007, 70, pp. 306 ss.

<sup>30</sup> All'interno del Codice deontologico italiano, cfr. gli artt. 4, *Libertà e indipendenza della professione. Autonomia e responsabilità del medico*, 6, *Qualità professionale e gestionale*, e 22, *Rifiuto di prestazione professionale*. V. G. MONTANARI VERGALLO, F.P. BUSARDÒ, E. MARINELLI, S. CONTI, P. FRATI, *La solitudine del medico di fronte al suo “nuovo” Codice di deontologia*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 2096.

<sup>31</sup> V. *HCA, Inc. v. Miller*, 36 S.W.3d 187, 190 (Tex. App. – Houston [14th Dist.] 2000),

finirebbero per costituire, al più, uno degli elementi che semplicemente concorrono alla formazione della decisione sanitaria. Il problema, certo, è quello di evitare che l'interruzione delle cure sia dettata da ragioni discriminatorie ovvero venga giustificata a séguito di una mera valutazione in termini di qualità della vita del neonato disabile o probabilmente tale, le cui condizioni, però, non siano propriamente considerabili "terminali"<sup>32</sup>. La linea di demarcazione fra accanimento terapeutico e doverosa rianimazione del neonato gravemente disabile con variabili aspettative di sopravvivenza, fors'anche condannato ad un'esistenza meramente "vegetale", è, infatti, estremamente labile. Peraltro, è noto come, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 194/1978, il medico sia tenuto a difendere – per il tramite dell'adozione di «ogni misura idonea» – la sopravvivenza del feto con «possibilità di vita autonoma», a nulla rilevando la presenza di importanti anomalie o malformazioni del nascituro. Sono i casi di *Baby Doe* e di *Baby Jane Doe* ad incarnare, d'altro canto, il rischio dello *slippery slope*, nonché ad esemplificare la difficile valutazione – clinica ed etica – del caso con-

---

*aff'd*, 118 S.W.3d 758 (Tex. 2003), ove i giudici avallano le pratiche rianimatorie eseguite su una neonata estremamente prematura, nonostante il dissenso espresso dai genitori. V. U. NANNUCCI, *Rianimazione neonati prematuri: è davvero sempre lecita?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, p. 831; W.J. ELJK, *Il porre fine alla vita di neonati handicappati. Dal protocollo di Groningen al regolamento nazionale olandese*, in *Med. mor.*, 2007, p. 1165; M. BUIJSEN, *Biola w in the Netherlands: Recent Developments*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, p. 1685; R. BAILO, P. CECCHI, P. CENDON, *Il neonato anencefalico*, in *Minorigiustizia*, 2005, p. 110; R. BARCARO, P. BECCHI, *Eutanasia ed etica medica*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 293; G. PERICO, *Neonati "anencefalici" e trapianto d'organi*, in *Agg. soc.*, 1992, p. 509; R. CANALE, *Considerazioni medico-legali sulla "donazione" di organi di anencefalo*, in *Riv. it. med. leg.*, 1989, p. 1187, e G. PERICO, *Sopprimere i neonati gravemente handicappati? Una proposta di legge francese*, in *Agg. soc.*, 1988, p. 85. Cfr. i pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica *Il neonato anencefalico e la donazione di organi* (21 giugno 1996) e *I grandi prematuri* (29 febbraio 2008), nonché la c.d. Carta di Firenze, *Cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse (22-25 settimane)*, elaborata nel 2006 da un gruppo di ostetrici, bioeticisti e giuristi e in parte ripresa dalle *Raccomandazioni per le cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse* del Consiglio Superiore della Sanità (2008, allora ministro Livia Turco).

<sup>32</sup> Cfr. *In the Matter of Baby K.*, 16 F. 3d 590 (4th Cir. 1994), nel quale si ottempera alla richiesta della madre (giustificata dal suo sentimento religioso e dalla sua personale concezione di santità della vita) di proseguire con la ventilazione meccanica della figlia anencefalica: in particolare, e ai sensi dell'*Emergency Treatment Act*, tale terapia respiratoria non viene considerata né "futile" né "inumana". Per converso, cfr. il caso di Charlie Gard, bambino britannico di 11 mesi affetto da una forma particolarmente grave di mitocondriopatia, riguardo al quale medici e giudici concordano (in nome del *best interest of the child* e della necessità di evitare al paziente inutili sofferenze) circa la graduale interruzione della ventilazione, idratazione ed alimentazione artificiali che lo mantengono in vita, a dispetto della contraria volontà manifestata dai genitori: v. le decisioni della UK Supreme Court, 19 June 2017, e della CEDU, 27 June 2017, n. 39793, *Charles Gard and Others v. United Kingdom*. In merito, cfr. altresì <http://www.lastampa.it/2017/07/10/esteri/charlie-gard-ecco-cosa-dice-la-scienza-eYSXMFITDdKiVhdLG8oTCN/pagina.html> e le riflessioni di A. RIGOLI, *Un medico cattolico: «Trovare nuove risposte a domande inedite»*, 1° luglio 2017, in <http://www.vita.it/it/article/2017/07/01/un-medico-cattolico-trovare-nuove-risposte-a-domande-inedite/143879/>.

creto: il primo, neonato affetto dalla sindrome di Down, necessita, ai fini della sua stessa sopravvivenza, di un intervento chirurgico all'esofago – con probabilità di successo pressoché certe<sup>33</sup>. I genitori non solo negano il consenso, ma ottengono, d'accordo con il medico curante, l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione del bambino – che muore sei giorni dopo. La seconda è una neonata idrocefala e microcefala, alla quale la chiusura chirurgica della colonna spinale consentirebbe sì una vita più lunga, ma in condizioni di disabilità estrema (paralizzata, epilettica, con gravissimi danni cerebrali): pur dopo molte esitazioni, alla fine i genitori acconsentono all'intervento e Jane sopravvive.

D'altronde, a fronte di un sistema sanitario dotato di risorse sempre più limitate, questo diviene un problema pure di costi: di chi questi costi debba sostenere (se il privato, se il pubblico) e di quali «tragiche» scelte compiere<sup>34</sup>, laddove l'onerosità delle terapie di sostegno vitale di un neonato senza prospettiva alcuna in termini di sopravvivenza – o anche solo di qualità della vita – potrebbe non trovare sufficiente giustificazione a fronte dell'impossibilità (per incapienza del sistema), per esempio, di finanziare cicli continui di fisioterapia per soggetti adulti affetti da gravi disabilità motorie. Similmente, la richiesta di accedere a trattamenti in fase di sperimentazione o affatto sperimentati – sui quali, peraltro, sia possibile sollevare più d'un dubbio di validità scientifica – non solo ripropone l'ammissibilità di un'ingerenza delle personali istanze individuali (ma anche delle episodiche valutazioni d'opportunità giudiziarie o politiche) nell'ambito della medicina e delle sue acquisizioni, ma pure presenta un problema di copertura da parte del nostro servizio sanitario nazionale<sup>35</sup>. Il

---

<sup>33</sup> Si tratta di due casi rispettivamente del 1982 e 1983: v., *ex pluribus*, R. DI CANIO, *La disprezata ricerca della certezza: criteri etici di orientamento nelle terapie intensive neonatali*, FrancoAngeli, Milano, 2011; G.J. ANNAS, *The Case of Baby Jane Doe: Child Abuse or Unlawful Federal Intervention?*, in *Am. J. Public Health*, 1984, 74(7), pp. 727–729; M.A. CROSSLEY, *Of Diagnoses and Discrimination: Discriminatory Nontreatment of Infants with Hiv Infection*, in *Colum. L. Rev.*, 1993, 93, p. 1581; C. SCOTT, *Baby Doe at Twenty-Five*, in *Ga. St. U.L. Rev.*, 2009, 25, p. 801; C. CONWAY, *Baby Doe and Beyond: Examining the Practical and Philosophical Influences Impacting Medical Decision-Making on Behalf of Marginally-Viable Newborns*, in *Ga. St. U.L. Rev.*, 2009, 25, p. 1097; L.M. KOPELMAN, *The Best Interests Standard for Incompetent or Incapacitated Persons of All Ages*, in *J.L. Med. & Ethics*, 2007, 35, p. 187, e M.A. FIELD, *Killing "The Handicapped" – Before and After Birth*, in *Harv. Women's L.J.*, 1993, 16, p. 79. Cfr. altresì G. GENNARI, *Soggetto di diritto e soggetto umano: la condizione giuridica negli "stati" intermedi*, in *Fam. dir.*, 2008, 10, p. 943.

<sup>34</sup> G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006. Cfr. M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, e G. ACOCELLA, *Prolegomeni al Biodiritto*, Aracne, Roma, 2012, p. 43.

<sup>35</sup> Cfr., per il multitrattamento Di Bella, Cass. civ., Sez. Lav., 13 gennaio 2006, n. 520, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Sanità pubblica*, n. 481; in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 983, e in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 232; Pret. Pistoia, 4 giugno 1998 (ord.); Pret. Bari, 1° giugno 1998 (ord.), in *Foro it.*, 1998, I, p. 2589, con commento di A. LANOTTE, *Decreto Bindi: multiterapia e polemici*

caso ultimo – è noto – è quello del metodo Stamina<sup>36</sup>, ove il problema principale è sì la protezione dell'indipendenza e dell'autonomia di giudizio e d'azione degli operatori sanitari, ma anche, per l'appunto, la possibilità di ottenere la copertura finanziaria di prestazioni a proposito delle quali la comunità scientifica non abbia espresso, invero, *consensus* alcuno. Il rischio è che, dopo paternalismo ed autonomia, ad essere inaugurata sia una stagione di medicina addirittura *pretensiva*, all'insegna di una «concezione esasperatamente soggettiva del diritto alla salute»<sup>37</sup>, ove unico decisore è il paziente – mentre il medico rimane mero soggetto passivo dell'obbligazione di eseguire qualsivoglia trattamento gli venga richiesto e così “commissionato”. Peraltro, se – ai sensi dell'art. 27 del Codice deontologico medico e dell'art. 33, comma 2, della legge n. 833/1978 – il paziente può scegliere il professionista cui rivolgersi e il luogo nel quale farsi curare, non è contemplato che egli possa altresì determinare la metodica terapeutica; inoltre (art. 13 CDM), «la prescrizione a fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione è una diretta, specifica, esclusiva e non delega-

---

che, e Pret. Lecce-Maglie, 4 febbraio 1998, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Sanità pubblica*, n. 462. V., inoltre, F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 206; F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 9, p. 1135; M. PROTTO, *Nihil magis aegris prodest quam ab eo curari, a quo volunt: il giudice amministrativo e il caso Di Bella*, in *Giur. it.*, 1998, p. 5; A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul «caso Di Bella»*, in *Giur. cost.*, 1998, 3, p. 1528; C. GUGLIEMMELLO, *L'irragionevolezza della disciplina del “metodo Di Bella”*, in *Giust. civ.*, 1998, 6, p. 1741; D. MICHELETTI, *La speciale disciplina del multitrattamento Di Bella*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 6, p. 694; C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del “multitrattamento Di Bella”*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1; M. BERTOLISSI, *La Corte costituzionale chiude il “caso Di Bella”?*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 962; C. ANNECCHIARICO, G. FRANCE, *Il caso Di Bella dinanzi alla Consulta: profili giuridici, economici e di efficacia clinica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 11, p. 1037, e M. BONA, A. CASTELNUOVO, *Il «caso Di Bella» e le nuove frontiere del diritto costituzionale alla salute: quali limiti al c.d. «diritto alla libertà terapeutica»?*, in *Giur. it.*, 1998, p. 6. V., infine, *ex pluribus*: Trib. Lecce, Sez. Lav., 22 giugno 2012, n. 33, inedita; Trib. Trani, 28 marzo 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 207; Trib. Cremona, 15 ottobre 2004, in *Rass. dir. farm.*, 2005, p. 521; Corte cost., 24 luglio 2003, n. 279, in *Ragiusan*, 2003, 235-6, p. 433; Corte cost., 13 giugno 2000, n. 188, in *CED Cassazione*, 2000; Corte cost., 2 aprile 1999, n. 121, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1015, e in *Corr. giur.*, 1999, p. 962, e Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, in *Foro it.*, 1998, I, p. 1713; in *Ragiusan*, 1998, 172, p. 184, e in *Giur. it.*, 1999, p. 1. Per la c.d. “metodica Dikul”, invece, v. V. LAMONACA, *Il diritto ad un'assistenza sanitaria adeguata: il caso della «Riabilitazione motoria intensa e continuativa»*, ovvero “metodica Dikul”, in *Giur. it.*, 2012, p. 5.

<sup>36</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scientia. A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 420; G. TURRI, *Il trattamento sanitario di una bambina con cellule staminali*, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 373, e P. CENDON, *Cellule staminali somministrate ai bambini sofferenti di gravi malattie neurologiche. Parere pro veritate*, in *Biodiritto*, 2012, 2, p. 73. Cfr. altresì C. PICIOCCHI, *Libertà terapeutica e “medicine non convenzionali”: definizione e confini*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., pp. 289 ss.

<sup>37</sup> A. SCALERA, *Brevi note a margine del “caso Stamina”*, in *Fam. dir.*, 2013, 10, p. 939.

bile competenza del medico» e «deve fondarsi sulle evidenze scientifiche disponibili, sull'uso ottimale delle risorse e sul rispetto dei principi di efficacia clinica, di sicurezza e di appropriatezza», mentre il terapeuta non può acconsentire «alla richiesta di una prescrizione da parte dell'assistito al solo scopo di compiacerlo».

In gioco, del resto, è la dimensione al contempo pubblicistica e privatistica della salute, laddove la libertà terapeutica del paziente incontra limiti finanziari (s'è detto), ma anche argini tracciati da un superiore interesse statale alla tutela dell'integrità psico-fisica degli ammalati, secondo modalità e procedure – per esempio, in tema di sperimentazione – normativamente predeterminate. Lungi dal voler giustificare una medicina *di Stato*, i casi Di Bella e Stamina (per citare quelli più noti), con la straordinaria mobilitazione popolare e mediatica che in entrambe le ipotesi ne è conseguita, pongono un problema di coerenza dell'ordinamento, di eguaglianza e parità di trattamento degli ammalati (nell'erogazione – e nell'erogazione gratuita – di determinate terapie<sup>38</sup>), nonché in termini di possibilità e opportunità di riconoscere e tutelare, previo un bilancio costi-benefici, una sorta di diritto *a non perdere mai la speranza* – il diritto di non desistere<sup>39</sup>.

#### 4. *L'affaire Stamina ovvero di un'irragionevole volontà*

In *common law*, s'è visto<sup>40</sup>, lo *standard* informativo è, generalmente, quello della ragionevolezza: alternativamente, del medico o del paziente.

---

<sup>38</sup> Cfr. Corte costituzionale, 26 maggio 1998, n. 185, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2805, con commento di P. GIANGASPERO, *Il diritto alla salute e la sperimentazione clinica in una "additiva di principio"*; *ivi*, p. 2798, con nota di T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*; *ivi*, p. 2535, con commento di E. CASTORINA, *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute. La sperimentazione "terapeutica" di farmaci ed il "rispetto della persona umana"*, e in *Foro it.*, 1998, I, c. 1713, con nota di U. IZZO, *Ancora sulla erogazione gratuita della "cura Di Bella"*: «Quando esista la possibilità di un trattamento già sperimentato e validato, la pretesa che lo Stato debba essere comunque tenuto a fornire gratuitamente altre prestazioni mediche, anche solo ipoteticamente efficaci, non sarebbe ragionevole. Non possono ricadere, infatti, sul servizio sanitario nazionale le conseguenze di libere scelte individuali circa il trattamento terapeutico preferito, anche perché ciò disconoscerebbe il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, attraverso gli organi tecnico-scientifici della sanità, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica».

<sup>39</sup> Cfr. altresì G. PASCUCCI, *L'erogazione della prestazione medica tra autodeterminazione del paziente (capace) e autonomia professionale del medico: quali i confini della libertà di scelta terapeutica del malato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 219; A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 127; F. PREZIOSO, *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2978, e P. CATTORINI, *La professione medica oggi. Dilemmi etici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1205.

<sup>40</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 16, *English law e standards informativi*.

D'altro canto, il consenso di quest'ultimo non esonera da qualsivoglia colpa il professionista, il quale è comunque vincolato dai crismi della diligenza, né può, per converso, costringere il medesimo terapeuta ad una condotta colposa. Da una parte, quindi, la finalità è soprattutto quella di proteggere i soggetti più vulnerabili o disperati (coloro che si ritrovano *disposti a tutto*); dall'altra, di salvaguardare sempre e comunque l'autonomia e la competenza dell'operatore sanitario<sup>41</sup>.

Nella "vicenda Stamina", in particolare, il primo punto di riferimento normativo è il d.m. 5 dicembre 2006, *Utilizzazione di medicinali per terapia genica e per terapia cellulare somatica al di fuori di sperimentazioni cliniche e norme transitorie per la produzione di detti medicinali*<sup>42</sup>, secondo il quale tali trattamenti possono attuarsi a condizioni estremamente stringenti, ovvero (art. 1, comma 4) «su singoli pazienti in mancanza di valida alternativa terapeutica, nei casi di urgenza ed emergenza che pongono il paziente in pericolo di vita o di grave danno alla salute nonché nei casi di grave patologia a rapida progressione, sotto la responsabilità del medico prescrittore e, per quanto concerne la qualità del medicinale, sotto la responsabilità del direttore del laboratorio di produzione di tali medicinali», nonché, sempre, in presenza di un consenso informato correttamente prestato ed acquisito. Peraltro, non si può comunque prescindere dalla disponibilità di dati scientifici che giustifichino l'utilizzo di simili trattamenti, i quali siano stati altresì pubblicati su accreditate riviste internazionali: ancora una volta, non è possibile scindere la tutela della volontà individuale dal rispetto del sapere medico.

Stamina è l'olio di serpente del XXI secolo<sup>43</sup>: la panacea per tutti i mali non è più a base di estratti di animali esotici, ma di cellule staminali; la singolarità di questa vicenda, peraltro, è che il commercio di speranza è avvenuto all'interno di strutture pubbliche, a spese dell'intera collettività e nel materno grembo, quindi, del Servizio Sanitario Nazionale. In questo senso, peraltro, i criteri di selezione delle cure offerte dallo Stato agli ammalati divengono proprio il diritto *a continuare a sperare*<sup>44</sup> e il benefi-

---

<sup>41</sup> V. S. MEHLE, *Protecting Patients: A Proposal For Codifying The Reasonable Innovation Rule*, in *Akron L. Rev.*, 2015, 48, p. 419.

<sup>42</sup> Infine abrogato con d.m. 16 gennaio 2015, *Disposizioni in materia di medicinali per terapie avanzate preparati su base non ripetitiva*, in *GU* 9 marzo 2015, n. 56. V., anche per le considerazioni che seguono, S. CACACE, *A proposito di scienza e diritto: il «caso Stamina» (ma non solo)*, cit.

<sup>43</sup> S. BENCIVELLI, *Il caso Stamina*, in *Le Scienze*, 2013, 542, p. 56.

<sup>44</sup> Cfr. Trib. Taranto, Sez. Lav., 24 settembre 2013 (ordinanza), in *Rass. dir. farm.*, 2014, p. 798. Cfr. D. PARIS, *I rischi di una giurisprudenza "compassionevole". Riflessioni sull'operato della magistratura ordinaria nel caso Stamina*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/07/paris.pdf>, 31 luglio 2015; E. FALLETTI, *Riflessioni sulle possibili cause del cortocircuito giuridico-istituzionale provocato dalla vicenda Stamina*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 20 luglio 2015; IDEM, *La giurisprudenza sul "caso Stamina"*, in *Fam.*

cio soggettivo atteso, che ben potrebbero giustificare – l’obiezione è nota<sup>45</sup> – altresì la somministrazione agli ammalati di ostriche e *champagne* o il rimborso delle spese sostenute per vacanze in luoghi ameni – tutti trattamenti, questi, suscettibili di migliorare quantomeno il morale e l’umore del paziente. Orbene, l’*affaire* Stamina interessa in questa sede proprio per il *volontarismo*, se così può definirsi, che con veemenza l’ha connotata, nonostante il requisito del consenso informato del paziente, in realtà, non possa ritenersi, nell’ambito di tale vicenda, né integrato né rispettato – in maniera paradossale quanto eclatante. Non basta, infatti, rilevare come l’infusione di cellule staminali mesenchimali sia stata a gran voce reclamata e addirittura pretesa, da parte dei diretti interessati (dei pazienti, dei loro rappresentanti legali), al cospetto dei diversi giudici del lavoro. Ciò basta, invero, per affermare la presenza di un consenso sì, ma non certo *informato*: perché il metodo Stamina è segreto e si è persino accertato che neanche i medici addetti alle infusioni fossero a conoscenza di cosa, esattamente, si stava inoculando al paziente. In tal senso, dalle indagini che hanno interessato la vicenda è altresì emerso come, almeno in taluni casi, mentre si ribadiva ai pazienti che sarebbero state loro iniettate cellule staminali, quanto utilizzato, invece, non poteva affatto qualificarsi tale né appariva in grado di generare cellule neuronali<sup>46</sup>. Di conseguenza, gli ammalati non venivano edotti né circa le caratteristiche della terapia prescelta né a proposito del concreto, del reale rapporto rischi/benefici – laddove, anzi, le informazioni fornite erano perlomeno distorte quanto all’ef-

---

*dir.*, 2014, p. 609; T. PACE, *Diritto alla salute o diritto alla speranza? L’accesso al ‘metodo Stamina’ per i pazienti affetti da patologie incurabili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 133, e M. BENVENUTI, M. GABRIELLI, G. NUCCI, D. PIERGIOVANNI, *Il cosiddetto “metodo Stamina”: cronistoria, giurisprudenza ed esperienze casistiche personali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 431.

<sup>45</sup> Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Un altro caso Di Bella?*, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 249; IDEM, *Giudici mattoidi quadrano cerchi*, nell’inserito domenicale de *Il Sole 24ore*, 7 aprile 2013, p. 26, e M. D’AMICO, *Che cosa significa “diritto alle cure”*, in *Corriere della Sera*, 31 marzo 2013, intervista ad A. SANTOSUOSSO. V. anche Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274, in *Foro it.*, 2015, I, p. 748, con note di richiami, e in *Giur. cost.*, 2014, p. 4670, con commento di R. MANFRELLOTTI, *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*: «la promozione di una sperimentazione clinica per testare l’efficacia, ed escludere effetti collaterali nocivi, di un nuovo farmaco non consente, di regola, di porre anticipatamente a carico di strutture pubbliche la somministrazione del farmaco medesimo: e ciò per evidenti motivi di tutela della salute, oltre che per esigenze di corretta utilizzazione e destinazione dei fondi e delle risorse a disposizione del Servizio Sanitario Nazionale».

<sup>46</sup> P. VERONESI, *Al crocevia del «Caso Stamina» e dei suoi «problemi costituzionali»*, in *Riv. BioDiritto*, 2015, pp. 91 ss. Cfr. l’*Avviso di conclusione indagini preliminari della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino*, 22 aprile 2014, reperibile al sito [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), nonché l’*Indagine conoscitiva su origine e sviluppi del cosiddetto caso Stamina*, 12esima Commissione permanente (Igiene e Sanità), Senato della Repubblica, XVII Legislatura, documento approvato il 18 febbraio 2015 e comunicato alla Presidenza il 2 marzo 2015.

ficacia della cura, alle eventuali conseguenze pregiudizievoli o agli ignoti effetti collaterali<sup>47</sup>. Peraltro, dinanzi ad «un'inadeguata descrizione del metodo» e ad un'«insufficiente definizione del prodotto» (secondo la bocciatura del Comitato scientifico nominato dal Ministero della Salute<sup>48</sup>), si assiste ad un'oggettiva impossibilità di comunicare le caratteristiche della cura al suo destinatario, senza contare che, laddove si tratti di terapia innovativa neppure sperimentata, l'informazione dovrebbe invece essere, in qualche modo, *aggravata*: ancora più attenta, specifica, dettagliata<sup>49</sup>.

Certo, col passare dei mesi, grazie all'attenzione dei mass media e alle, benché contraddittorie, pronunce giurisprudenziali che, nel frattempo, si susseguivano a tamburo battente, i pazienti potevano dirsi sempre più consapevoli. Ebbene: il medico può non aver ingannato il paziente che pretenda un trattamento inutile, forse rischioso, forse nocivo: il consenso informato è salvo (l'ammalato presenta assoluta cognizione di causa), ma il terapeuta, ottemperando a tali richieste, agisce comunque in contraddizione con i precetti della sua scienza. D'altro canto, lo stesso medico può, invece, aver ingannato il proprio paziente, sottoponendolo a cure inutili, seppur non dannose: ne consegue, allora, una duplice responsabilità professionale, sia per violazione del principio del consenso informato sia per negligenza nella materiale esecuzione della prestazione. Così, il tribunale capitolino<sup>50</sup> condanna al risarcimento del danno lo specialista che ha ac-

---

<sup>47</sup> Cfr. M. FERRARI, *Il diritto alla speranza del paziente legittima la disapplicazione della legge? Principi e responsabilità a confronto in tema di «cure compassionevoli»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 1019 ss.

<sup>48</sup> Il parere negativo formulato all'unanimità dal primo Comitato scientifico è del settembre 2013; poco più di un anno dopo, anche il secondo Comitato scientifico boccia il "metodo Stamina": cfr. S. TORSELLA, M. D'ABRAMO, *Il caso Stamina. Le ragioni del diritto. Le ragioni della speranza*, Cacucci, Bari, 2014; M. CAPOCCI, G. CORBELLINI (a cura di), *Le cellule della speranza. Il caso Stamina tra inganno e scienza*, Codice Edizioni, Torino, 2014; D. LENZI, B.P. MANCA, *Stamina. Una storia italiana*, Editori Int. Riuniti, Urbino, 2014; P. BINETTI, F. LOZITO, *Il caso Stamina e la prova dei fatti. Riflessioni sull'etica di cura e di ascolto*, Magi Edizioni, Roma, 2014, e A. GAINO, *Falsi di stampa. Eternit, Telekom Serbia, Stamina*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2014. V. anche A. PALMIERI, *In tema di truffa e reati collegati al "metodo Stamina"*, in *Foro it.*, 2016, II, c. 257, nota a Cass. pen., Sez. II, 20 novembre 2015, n. 46119; M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *Riv. BioDiritto*, 2016, p. 23; M. D'AMICO, *"Funziona! Non vi basta?" A proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del Senato della Repubblica sul c.d. caso Stamina*, *ivi*, 2016, p. 17; M. MIGLIO, *In tema di truffa nel "caso Stamina"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 376; L. BUFFONI, *La "validità" della legge scientifica nel "caso" stamina*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1549, e S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologia*, in *Pol. dir.*, 2015, p. 271.

<sup>49</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § II, *A Norimberga cadono le certezze*.

<sup>50</sup> Trib. Roma, XIII Sez. Civ., 28 aprile 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 693, con commento di E. SERANI, *Le cure "inutili" e la responsabilità del medico: quando la speranza è fonte di danno*: «Se è vero che il medico non deve garantire la guarigione, è anche vero che deve

cordato speranza là dove non ve ne sarebbe stata: la somministrazione di bicarbonato di sodio è assolutamente inidonea a determinare qualsivoglia miglioramento nel paziente con epatocarcinoma allo stadio terminale; non è stato cagionato peggioramento alcuno, certo, né altri trattamenti erano possibili, ma l'affidamento ingenerato è del tutto privo di fondamento e la condotta professionale gravemente contraria alle più elementari regole di diligenza e perizia medica.

Certo, la difficoltà risiede nell'affermare allo stesso tempo che una personale concezione della salute possa, da una parte, determinare il distacco di un sondino o lo spegnimento di un macchinario, cagionando più o meno direttamente il decesso del paziente, ma non sia sufficiente e non serva, dall'altra, ad ottenere una terapia fortemente voluta, addirittura agognata, in casi in cui, del resto, una cura propriamente detta neppure esiste – casi in cui soltanto esiste, invece, la certezza dell'*exitus* finale. È questa, però, la dialettica tra il diritto di rifiutare un trattamento sanitario e il diritto, per converso, di pretendere la somministrazione, per esempio, di una determinata terapia, laddove, in particolare, «una concezione soggettiva e dinamica» della salute – effettivamente corrispondente «all'idea che di sé e della propria dignità, attraverso il perseguimento del proprio benessere, ha il singolo paziente» per realizzare appieno la sua personalità e identità – non può mai degenerare nel «soggettivismo curativo» o nel «relativismo terapeutico», «nel quale è “cura” tutto ciò che il singolo malato vuole o crede»<sup>51</sup>. Pertanto, la linea di demarcazione per superare l'*impasse* dell'interprete è segnata dal sapere, dalla diligenza professionali, che sempre devono supportare l'autodeterminazione dell'ammalato: il paziente acconsente al trattamento propostogli, o lo rifiuta, o ne richiede l'interruzione (e le condotte sanitarie funzionali alla realizzazione e alla tutela di tali diritti rientreranno a pieno titolo, allora, nei LEA); non può, invece, imporre né al personale medico né al Servizio Sanitario Nazionale l'esecuzione di una terapia che la scienza, per converso, non condivide. È lo specialista, in altri termini, a «selezionare ed attuare le opzioni scientificamente valide e necessarie al caso», secondo un ruolo «insostituibile»<sup>52</sup>, certo non cedibile a colui che la cura è destinato a riceverla. In questo senso, se il medico non può mai *costringere* il proprio paziente, così questi non può *obbligare* il sanitario: non esiste, fra l'altro, una causa di esonero dalla responsabilità derivante dall'insistenza dell'ammalato rispetto a cure dal professionista reputate inutili, inadeguate, dannose<sup>53</sup>.

---

assicurare di porre in essere tutto ciò che serve a perseguirla, secondo la miglior scienza ed esperienza del momento storico, astenendosi dal perpetrare trattamenti inutili, seppur non dannosi, anche qualora sia lo stesso paziente a richiederli».

<sup>51</sup> Cons. Stato, 2 settembre 2014, cit.

<sup>52</sup> Cons. Stato, 2 settembre 2014, cit.

<sup>53</sup> V. però, Cass. pen., Sez. IV, 21 febbraio 2013-7 maggio 2013, n. 19556, in *Riv. it. med.*

Si tratta, s'è detto<sup>54</sup>, non solo dell'ammissibilità di un'ingerenza delle personali istanze individuali (ma anche delle episodiche valutazioni d'opportunità giudiziarie o politiche) nell'ambito della medicina e delle sue acquisizioni, ma pure di un problema di copertura da parte del nostro Servizio Sanitario Nazionale – ammesso che sia il pubblico, e non il privato, a dover sostenere questi esborsi. È una questione di soldi, quindi, all'interno di una più ampia questione di sicurezza del paziente: perché, se anche tali cure – inutili, oscure, inadeguate, forse dannose: comunque non validate – fossero a spese di colui che le pretende, tutta ancora da risolvere rimarrebbe la questione della diligenza e della responsabilità del medico che a queste richieste acconsente, nonché, per converso, dell'indipendenza e dell'autonomia di giudizio e d'azione degli stessi operatori sanitari. È la medicina dei desideri, è il protocollo della disperazione: il professionista esegue non il trattamento che ritiene più indicato sulla base delle sue conoscenze e competenze, ma quello che il malato pensa lo faccia stare meglio – ancorché privo di efficacia terapeutica alcuna e financo pericoloso, fosse anche l'ultima cura degli sciamani del Benin.

Similmente, il Tribunale di Foggia<sup>55</sup>, trascorsi quasi vent'anni dalla bocciatura della sperimentazione ministeriale, riconosce la copertura del Servizio Sanitario Nazionale per il "metodo Di Bella", potendosi, nel caso

---

*leg.*, 2014, p. 1966, con annotazioni di M. MIGLIO, secondo cui la volontà del paziente esonerò il medico da responsabilità, laddove sia integrato il requisito del consenso informato e la tecnica prescelta appaia comunque adeguata per la fattispecie concreta.

<sup>54</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, § 3, *Là dove s'arresta il dovere del medico*.

<sup>55</sup> Trib. Foggia, sez. lav., 27 dicembre 2014, in [http://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo\\_id=25097](http://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo_id=25097): «(...) per dimostrare l'insostituibilità occorre provare l'effettivo miglioramento della malattia sotto il profilo curativo e non soltanto palliativo. La cura Di Bella risponde al principio dell'economicità poiché i farmaci di questa terapia hanno un costo inferiore rispetto a quelli del circuito oncologico ufficiale». Cfr. M. D'AMICO, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1° febbraio 2015. V. F. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1891; M. GIANNUZZI, *Il "multitrattamento Di Bella" tra sperimentazione ufficiale e tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2000, p. 306; S. GLINIANSKI, *Il diritto alla libertà terapeutica negli orientamenti delle magistrature civile, amministrativa e costituzionale*, in *Rass.dir.civ.*, 2000, p. 132, e F. PATRUNO, *Una strada dalla quale non si torna indietro ... sugli sviluppi giurisprudenziali in merito alla cura Di Bella e oltre*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 34. Cfr., però, Cass. civ., Sez. Lav., 26 maggio 2014, n. 1173, inedita: «è onere dell'interessato provare la sussistenza del requisito della indispensabilità e insostituibilità del farmaco, sicché, solo in presenza di tale prova, la sostanza medicinale, ancorché non compresa nel prontuario terapeutico, può essere posta a carico del SSN, previa disapplicazione del prontuario terapeutico medesimo, nella parte in cui quest'ultimo non comprende il farmaco. (...) Non ricorre alcuna violazione dell'art. 32 Cost., (...) atteso che tale diritto non si traduce certamente nella pretesa alla erogazione da parte del SSN di qualsiasi farmaco richiesto, essendo necessario che si tratti di farmaci la cui validità ed efficacia terapeutica siano testati dagli organismi medico-scientifici a ciò preposti: e nel caso di specie tale organismo ha fornito risposta negativa in ordine alla efficacia terapeutica, nel trattamento antitumorale, dei farmaci in parola».

di specie, ritenere soddisfatti i criteri dell'efficacia terapeutica, dell'economicità e dell'insostituibilità, a fronte del fallimento delle prescrizioni terapeutiche offerte dalla medicina tradizionale. Così, poiché le perizie dei CTU rilevano una stabilizzazione o regressione della patologia oncologica, i tribunali di Lecce, Lucca o Brindisi<sup>56</sup> prendono ad ordinare alle diverse ASL di competenza di pagare le cure (passate e future) a favore dei malati/attori.

D'altro canto, una concezione *volontaristica* della salute *ex art.* 32 della nostra Carta fondamentale – e il grimaldello costituzionale è stato lo strumento prediletto dai giudici del lavoro<sup>57</sup> interessati dalla vicenda Stamina – non è un *passerpartout* per tutte le porte né può prevalere su qualsivoglia esigenza di controllo, di sicurezza, di economicità. L'opzione Far West è

---

<sup>56</sup> V. <http://www.lastampa.it/2014/09/20/italia/cronache/tumori-torna-la-cura-di-bella-dal-figlio-migliaia-di-pazienti-YdotgoeILcbLV8XYLe1QiJ/pagina.html>. Senza pretesa alcuna d'eshaustività, v. B. GUIDI, L. NOCCO, *The debate concerning the off-label prescriptions of drugs: a comparison between Italian and U.S. law*, in *Op.J.*, 2011, 1, p. 1; G.M. CAVO, *Impiego di farmaci off-label e razionalizzazione della spesa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 1071; A. SCALERA, *La libertà di cura dopo oltre un decennio dal "caso Di Bella". Riflessioni a margine di alcuni interventi giurisprudenziali sulle terapie non convenzionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 437; V. LAMONACA, *Il diritto ad un'assistenza sanitaria adeguata: il caso della "Riabilitazione motoria intensa e continuativa", ovvero "metodica Dikul"*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1092; A. COMANDONE, N. CORRADI, B. MAGLIONE, *Patologia neoplastica e libertà di cura: aspetti medico legali della prescrizione "off label" in oncologia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 493; A. BERNARDO, C. CASTELNOVO, M.V. DIANA, M. FORMICOLA, V. GIORDANO, A. GRANATA, P. MAUTONE, M. TRIASSI, *Dall'evidenza normativo-giuridica e scientifica in materia di "off-label drugs", alla definizione di un modello gestionale efficace ed efficiente in ottica multidisciplinare*, in *San. pubbl. priv.*, 2011, p. 5; M. DI PAOLO, B. GUIDI, L. NOCCO, *La prescrizione off-label: dentro o fuori la norma?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2165; P. MINGHETTI, I. PALMIERI, F. SELMIN, *La terapia farmacologica in assenza di medicinali registrati per la patologia diagnosticata*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 993; C. PANZERA, *Legislature, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito "circuito" di produzione normativa?)*, in *Dir. soc.*, 2004, p. 309; F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, cit., pp. 206 ss.; E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici. Riflessioni in margine al caso Di Bella*, Giuffrè, Milano, 2003; F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1135, e A. LANOTTE, *Decreto Bindi: multiterapia e polemiche*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2589.

<sup>57</sup> Cfr., per tutti, Trib. Marsala, 14 aprile 2014, il cui testo integrale si legge in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), *Dossier Stamina*: «il ritardo e la subordinazione dell'invocato trattamento sanitario a tardive, controverse, quanto imperscrutabili valutazioni economiche, industriali, lobbystiche, eticistiche e burocratiche, rischierebbe di frustrare in maniera definitiva ed irreparabile gli interessi di rango costituzionale, assolutamente pozzori e dominanti nel sistema dei valori giuridici universali, di cui sono portatori i ricorrenti, così da imporsi senza dilazione alcuna l'attuazione del seguente dispositivo (...)». V. G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Riv. AIC*, 6 dicembre 2013, p. 4; G. SERENO, *Diritto alla salute e sperimentazione clinica: il "caso Stamina"*, in *Neldiritto*, 2014, p. 1009; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della 'vicenda Stamina'*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2013, p. 63, e N. VETTORI, *Sistema normativo "aperto", rigore del metodo scientifico e diritto alla salute: il difficile ruolo di mediazione delle istituzioni pubbliche (a proposito del "caso Stamina")*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, p. 61.

una strada senza ritorno: non può valere solo per alcuni; se si accetta per certi malati, diviene possibile per tutti. Pertanto, l'appellarsi all'art. 32 Cost. è giudizialmente corretto ed opportuno al ricorrere di due, interconnesse condizioni<sup>58</sup>: che un rigoroso accertamento tecnico abbia qualificato le cure di cui si controverte come indispensabili (a tal fine non bastando le semplici affermazioni del diretto interessato o le mere "impressioni" del medico curante della singola fattispecie concreta); che per tali terapie, inoltre, esistano evidenze scientifiche o, almeno, serie e documentate ipotesi scientifiche, ancora prive di un pieno accertamento sperimentale solo perché realmente nuove o perché "orfane", in assenza di sufficienti interessi economici e/o di ricerca.

Certo, laddove l'alternativa sicura è un imminente decesso, ragionare in termini "precauzionali" rispetto ad eventuali eventi avversi potrebbe apparire poco meno di una beffa: d'altro canto, è il Comitato Nazionale per la Bioetica a subordinare – in ogni caso – il «diritto alle cure compassionevoli» ad un «livello minimo necessario di evidenze scientifiche» (pena l'irragionevolezza e l'inaccettabilità del trattamento medesimo), con riferimento alla tipologia e qualità delle informazioni offerte da una letteratura scientifica a diffusione internazionale, i cui articoli siano altresì sottoposti a valutazione mediante revisione di esperti di pari competenze<sup>59</sup>. Coerentemente, non solo dovrebbero essere disponibili «evidenze robuste e abbondanti di funzionamento da sperimentazioni condotte su animali», ma anche essere «esclusi con certezza conflitti di interesse da parte di chi si assume la responsabilità della prescrizione, che non dovrebbe essere un singolo medico, ma piuttosto un *panel* di esperti indicato dalle autorità del SSN che, in tempi brevi e comunque compatibili con la situazione del paziente che ne fa esplicita richiesta, sia in grado di esprimere il proprio parere a proposito»<sup>60</sup>. Uno dei punti nodali in quest'ambito, peraltro, è proprio la figura del consulente tecnico, rispetto alla quale è la stessa indagine conoscitiva del Senato<sup>61</sup> a ritenere opportuno e a suggerire l'introduzione (in particolare, con la settima delle dieci proposte conclusive), all'interno del nostro ordinamento, di parametri specifici, individuabili sulla falsariga del cosiddetto "standard Daubert" che, nato nelle aule statunitensi<sup>62</sup>, impone al giudice – autentico *peritus peritorum* – di accertare

<sup>58</sup> Così A. SANTOSUOSSO, *Giudici mattoidi quadrano cerchi*, cit.

<sup>59</sup> Così il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Cura del caso singolo e trattamenti non validati* (c.d. "uso compassionevole"), parere del 27 febbraio 2015, pp. 13 ss., in [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html).

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>61</sup> Cfr. *l'Indagine conoscitiva su origine e sviluppi del cosiddetto caso Stamina*, cit., p. 151.

<sup>62</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 593 (1993). *Ex pluribus*, cfr. M. TARUFFO, *Scienza e processo*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/scienza-e-processo\\_%28XXI\\_Secolo%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/scienza-e-processo_%28XXI_Secolo%29/), e O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005.

l'attendibilità scientifica del metodo usato dall'esperto ammesso al dibattito. Deve trattarsi, in questo senso, di teoria o tecnica «controllabile, falsificabile, (...) visibile, (...) pubblicata su riviste con sistema di referaggio dei pari», con un «tasso di errore» «definito», «generalmente accettata dalla comunità scientifica di riferimento», nonché provvista, infine, di «standard e controlli costantemente aggiornati».

Peraltro, se il paziente non può imporsi al medico, ovvero tale imposizione agisce entro limiti e parametri scientificamente pre-determinabili, è da chiedersi se ciò sia, invece, consentito all'autorità giudiziaria – e fino a che punto. Si tratta – come è stata suggestivamente definita – della «medicina dell'obbedienza giurisprudenziale»<sup>63</sup>, figlia, o sorella, della medicina difensiva, poiché allo specialista spesso conviene seguire gli autocratici dettami delle sentenze, piuttosto che le acquisizioni e le raccomandazioni della comunità scientifica, al solo fine di mettersi al riparo da eventuali denunce o contestazioni. In questo senso, le terapie di Vannoni sono state letteralmente “approvate per sentenza”; le prescrizioni mediche hanno seguito la via giudiziaria e non le statuizioni della comunità scientifica o degli enti regolatori *ad hoc* costituiti, dinanzi ad una vera e propria coercizione del personale sanitario e in assoluto spregio della sua scienza e coscienza. La libertà di ricezione della cura, pertanto, ha totalmente sopraffatto la libertà di prestazione della cura medesima<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> A. FIORI, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 925. Cfr. altresì A. ROIATI, *La somministrazione di farmaci in via sperimentale tra consenso informato e imputazione colposa dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2382; C. BUCCELLI, *La «koiné» medico-legale tra medicina e diritto: cinque pericoli per reciproche incomprensioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, p. 263; G. LA MONACA, C. SARTEA, S. ANZILOTTI, *Tra autonomia professionale e autonomia del paziente: discrezionalità nelle scelte terapeutiche e posizioni di garanzia. Limiti e doveri del medico alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 1391; G. LA MONACA, C. SARTEA, *Il diritto costituzionale alla salute tra norme giuridiche e pratica clinica. La giurisprudenza costituzionale recente: nuove forme di valorizzazione della prassi e della deontologia mediche*, in *Dir. fam.*, 2011, p. 974; A. ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1125; M. BARNI, G. FUCCI, E. TURILLAZZI, *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener 'ambo le chiavi del cor' della Suprema Corte*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 262; F. BUZZI, *Il medico tra Scilla (la «perdita di chances») e Cariddi (gli «interventi compassionevoli»), con l'incombente naufragio dell'accertamento medico-legale del nesso di causalità e della valorizzazione delle linee guida*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 563; D. PARIS, *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1321, e G. GEMMA, *Impatto negativo degli umori popolari sul diritto alla salute*, in *Oss. cost.*, 2016, p. 6. V., infine, R.G. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Aracne, Roma, 2014.

<sup>64</sup> È marzo 2014 quando l'Ordine dei medici di Brescia invia (fra gli altri) al Ministro della Salute il seguente documento: «La libertà e l'indipendenza della professione costituiscono le basi essenziali dell'agire medico. Un principio, dettato dal Codice deontologico, che assicura ad ogni medico la possibilità di decidere secondo scienza e coscienza il percorso di cura più indicato per ogni paziente, e che il caso Stamina ha messo pesantemente in dubbio, sull'onda di pronunce della magistratura. Il principio di autonomia e di libera scelta

Peraltro, ancor più delicata appare, se possibile, l'eventualità in cui sia il legislatore a pronunciarsi in merito a questioni medico-scientifiche, anche solo per la portata generale di tale intervento – non limitata alla specifica fattispecie affrontata, invece, da un determinato tribunale. Si pensi, per esempio, alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*<sup>65</sup>, laddove questa vieta la produzione di più di tre embrioni e ne prevede ed impone, ad ogni buon conto, l'unico e contemporaneo impianto. Orbene, nel momento in cui la Consulta<sup>66</sup> taccia d'illegittimità costituzionale il secondo comma dell'art. 14 (che tali restrizioni contiene), lo fa allo scopo di reintegrare il medico nella piena responsabilità dell'atto terapeutico di procreazione artificiale, riconoscendogli l'autonoma possibilità di valutare il singolo caso clinico (per esempio, le condizioni soggettive della donna, variabili in funzione di parametri quali l'età o lo stato di salute) alla luce delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche. È lo specialista, in altri termini, l'unico a poter valutare ed individuare il numero «strettamente necessario», poiché l'intervento normativo non può, comunque, mai investire «il merito dell'appropriatezza delle scelte terapeutiche». D'altro canto, se è il medico il depositario del sapere del caso concreto e la sua discrezionalità deve incontrare i meri limiti impostigli da scienza, coscienza e consenso informato, al legislatore non è certo preclusa, però, qualsivoglia possibilità d'intervenire in campo sanitario, regolamentando secondo le proprie scelte la materia, per esempio grazie alla prescrizione di «procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici “a rischio”, onde meglio garantire – anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti – l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessa-

---

deve prevalere sempre e comunque. Quest'ordine pone con forza il problema del diritto di ogni medico di rifiutare la prestazione professionale laddove confligga con i propri convincimenti tecnico-scientifici e riferimenti deontologici». Cfr. [http://archiviostorico.corriere.it/2014/marzo/11/Stamina\\_medici\\_contro\\_giudici\\_Basta\\_co\\_0\\_20140311\\_a7044ee2-a8e5-11e3-8213-46624dc592e9.shtml](http://archiviostorico.corriere.it/2014/marzo/11/Stamina_medici_contro_giudici_Basta_co_0_20140311_a7044ee2-a8e5-11e3-8213-46624dc592e9.shtml).

<sup>65</sup> In G.U. 24 febbraio 2004, n. 45.

<sup>66</sup> Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1688, con commento di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*; *ivi*, p. 1696, con commento di C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena di difendere”?*; in *Riv. it. proc. pen.*, 2009, 950, con nota di E. DOLCINI, *Embrioni nel numero “strettamente necessario”: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1021, con nota di L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla procreazione medicalmente assistita verso la tutela dei diritti della madre*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 521, con nota di G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*; in *Fam. dir.*, 2009, 761, con commento di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, e in *Corr. giur.*, 2009, p. 1216, con commento di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*. V. S. CACACE, *Identità e statuto dell'embrione umano*, cit.

rie»<sup>67</sup>. In altri termini, non è contemplato che l'intervento normativo in merito all'appropriatezza, o meno, di determinate scelte terapeutiche sia mosso da «valutazioni di pura discrezionalità politica», bensì deve «costituire il risultato di una verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati»<sup>68</sup>. *Ça va sans dire*: così come il legislatore marchigiano non poteva vietare la terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale o transorbitale, ma solo eventualmente prevedere *ad hoc* garanzie e procedure particolari, il salvacondotto per Stamina di cui al d.l. 25 marzo 2013, n. 24, *Disposizioni in materia sanitaria*<sup>69</sup>, è giustificato solo – secondo il nostro giudice delle leggi – dalla «particolare situazione fattuale», da un contesto quantomeno «anomalo» e dall'esigenza, infine e soprattutto, di privilegiare «principi di continuità terapeutica ed esigenze di non interferenza con provvedimenti dell'autorità giudiziaria»<sup>70</sup>. Restano, nondimeno, l'infelicità e l'inopportunità della scelta legislativa<sup>71</sup> che avvia una sperimentazione e autorizza (per numerosi pazienti) le dibattute terapie a fronte di una metodica fortemente controversa e avversata: le garanzie già esistevano (il d.m. 5 dicembre 2006); smantellate ne escono autonomia e responsabilità del personale sanitario, nonché trascurata la benché minima esigenza di credibilità scientifica.

---

<sup>67</sup> Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2034, con commento di D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*; *ivi*, p. 3282, con nota di E. CAVASINO, *I "vincoli" alla potestà legislativa regionale in materia di "tutela della salute" tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*; *ivi*, p. 2027, con nota di A. D'ATENA, *La Consulta parla ... e la riforma del titolo V entra in vigore*; in *Foro amm. – CDS*, 2002, p. 2787, con commento di C.E. GALLO, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali e i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale*; in *Foro it.*, 2003, I, c. 406, con nota di A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e Regioni*; *ivi*, c. 398, con nota di V. MOLASCHI, «*Livelli essenziali delle prestazioni*» e *Corte costituzionale: prime osservazioni*; *ivi*, c. 396, con nota di A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Sul controllo delle leggi regionali*; in *Le Regioni*, 2002, con commento di L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico scientifica*, e in *Giur. it.*, 2002, p. 2006, con commento di F. COVINO, *In tema di violazione della competenza statale sulla definizione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente ex art. 117, 3° comma, Cost.*

<sup>68</sup> Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, *cit.*

<sup>69</sup> In *GU* 26 marzo 2013, n. 72, successivamente convertito nella legge 23 maggio 2013, n. 57, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 marzo 2013, n. 24, recante disposizioni urgenti in materia sanitaria*, in *GU* 25 maggio 2013, n. 121.

<sup>70</sup> Corte Cost., 05 dicembre 2014, n. 274, *cit.* Cfr. A. PORRACCILO, *Caso Stamina, le ragioni dello stop della Consulta*, in *Guida dir.*, 12 febbraio 2015. V. anche Cedu, Sez. II, 6 maggio 2014, n. 62804/13, *Durisotto c. Italia*, in *Fam.dir.*, 2014, p. 981, con commento di A. SCALERA, *Il "caso Stamina" all'attenzione della Corte di Strasburgo*.

<sup>71</sup> Così anche G. SERENO, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Riv. AIC*, gennaio 2015, p. 8.

Con Stamina, neppure si è ritenuto, alla fine, di poter avviare una sperimentazione (i protocolli proposti non soddisfano i requisiti di base per una sperimentazione clinica: così conclude, fra l'altro, l'ultimo Comitato scientifico); ecco: il luogo d'incontro fra scienza e diritto, il minimo comune denominatore non può che essere l'evidenza scientifica e il metodo scientifico – laddove il preteso diritto di essere curati secondo la propria personale percezione di efficacia dei trattamenti<sup>72</sup> non è mai in grado, comunque, di trasformare un quadrato in un cerchio (*aequat quadrata rotundis*)<sup>73</sup>. Certo, il rapporto fra diritto e scienza neppure si risolve con la semplice soggezione di una componente nei confronti dell'altra, bensì si configura in termini di reciproca permeabilità: la ricerca scientifica e la pratica clinica procedono all'interno di un quadro di regole chiare e precise (che definiscono confini, procedure, modalità d'intervento), mentre il fenomeno giuridico, dal suo canto, fonda limitazioni e valutazioni di efficacia sui dati forniti dalla scienza stessa, nonché sulla prevalente opinione della comunità scientifica, che permettono, appunto, di costituire il tracciato entro il quale legislatore e giudice necessariamente devono muoversi.

---

<sup>72</sup> M. FIORENTINI, *Le cure staminali tra sperimentazione e compassione*, in [www.personae.danno.it](http://www.personae.danno.it).

<sup>73</sup> A. SANTOSUOSSO, *Giudici mattoidi*, cit.

## Qualche conclusione

Charles Murray<sup>1</sup> scrive che, in una società libertaria, il governo dovrebbe occuparsi unicamente di tre cose: l'ordine pubblico, il diritto civile e i beni pubblici, come la rete stradale o l'illuminazione notturna. Il resto siamo in grado di farlo da soli, e meglio. L'idea di fondo, infatti, è che una persona adulta debba essere libera di scegliere ciò che preferisce in ogni campo, a patto di non violare l'altrui libertà (recando documento a terzi: come già John Stuart Mill). Spostare un muro dentro casa propria, fumare marijuana o tenere aperto un negozio tutta la notte sono azioni che non dovrebbero richiedere alcun intervento autoritativo ed eteronomo. E ciò similmente per la maggioranza delle individuali decisioni lavorative o personali o sociali o sessuali, che appaiono, invece, costantemente sottoposte al vaglio occhiuto di una qualche autorità.

Al riguardo, peraltro, la connaturata rigidità dello strumento legislativo è anche – certamente – il suo più sensibile tallone d'Achille, poiché mai come dinanzi alla vita e alla morte degli esseri umani è il *caso di specie* a dominare, con le sue irripetibili peculiarità<sup>2</sup>: la fluidità e la stessa *umanità* della materia paiono mal prestarsi al pugno del codificatore. D'altro canto, è pur vero che l'incessante lavoro dei tribunali, con il suo serrato, talvolta incoerente, succedersi d'indicazioni giurisprudenziali è suscettibile d'ingenerare comprensibili nervosismi nel personale sanitario, a discapito della serenità e forse bontà stessa del suo operato. Così, la vera forza dell'intervento normativo può consistere nel saper accortamente misurare e dosare elasticità e genericità, per un verso, e puntualità e precisione, per un altro. In questo senso, il legislatore francese passa, all'inizio del 2016, da un valore meramente persuasivo dei contenuti delle direttive anticipate e del parere della *personne de confiance* ad un elevato grado di vincolativi-

---

<sup>1</sup> C. MURRAY, *Cosa significa essere un libertario*, Liberilibri, Macerata, 2010.

<sup>2</sup> In questo medesimo senso anche C. CASONATO, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita*, cit., pp. 335-336. V. anche F. MANCUSO, *Dolore, dignità, speranza: il diritto alla salute nei pazienti in fase di fine vita*, in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 64, e T. GRECO, *Nelle braccia del diritto? Le regole per morire, tra dolore e giustizia*, in I. BELLONI, T. GRECO, L. MILAZZO (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia del pensiero giuridico. La prospettiva filosofica: teoria dei diritti e questioni di fine vita*, Giappichelli, Torino, 2016, II, p. 33.

tà di tali indicazioni, che nell'ordinamento tedesco, infine, trova il suo massimo livello di realizzazione. Il *Patientenverfügung*, infatti, è per il personale sanitario assolutamente vincolante: laddove vi sia bisogno di discrezionalità e di un certo spazio interpretativo, quindi, tale compito spetterà non al medico, bensì all'amministratore di sostegno, in forza dell'investitura dal paziente stesso conferitagli. A dondolare, certo, è l'altalena del paternalismo del medico/paternalismo del paziente<sup>3</sup>; il legislatore attribuisce diritti, individua il soggetto dotato di un determinato *potere* – l'ultima decisione: l'ammalato, il professionista, il fiduciario – e consacra una libertà di scelta, senza mai individuarne aprioristicamente, però, i contenuti. In questo senso, è il *modus decidendi* Englaro<sup>4</sup> ad indicare la via: il giudice accerti che la volontà del paziente, al ricorrere di una determinata condizione clinica, venga rispettata, poiché nessun valore è sovraordinato ad altri, se non – unico – quello di poter liberamente decidere riguardo al proprio corpo, laddove ciò non rechi nocimento ad alcuno.

Si tratta, in altri termini, di rifuggire dalla *tirannide della maggioranza*, riconoscendo validità e dignità a tutte le posizioni etiche, nel momento in cui ci si appresta a determinare regole giuridiche vincolanti per l'intera comunità. Si approda, così, al consenso per intersezione di John Rawls<sup>5</sup>, alla ricerca di almeno un principio universalmente condiviso e maneggiando un diritto che non sia, però, tanto "leggero" da rivelarsi – in sede applicativa – desolantemente inutile<sup>6</sup>. A fronte di una legge da applicare, certo, rimangono la discrezionalità del medico prima e del giudice, eventualmente, poi, laddove entrambi adoperano la loro scienza nell'ambito di indicazioni eterodettate; dall'altra parte, il pericolo del vuoto normativo è l'arbitrio, l'anarchia di chi decide (il personale sanitario, il tribunale), ogni volta, secondo il proprio personale e ondivago valore di riferimento.

In Francia, a partire dalle *lois de bioéthique* del 1994, la materia è stata, letteralmente, *codificata*, secondo un cauto e sapiente processo per gradi: ciò nonostante, s'è visto, la giurisprudenza ancor fatica nel riconoscere l'inviolabilità del dissenso opposto dal paziente. Il contenzioso, d'altro

<sup>3</sup> È F.D. BUSNELLI a riferirsi al rischio di un "paternalismo del paziente", nel suo intervento *Cure palliative tra indisponibilità della vita ed eutanasia*, in occasione del convegno *Testamento biologico. Accanimento terapeutico. Eutanasia*, Nuoro, 23-24 marzo 2007.

<sup>4</sup> Cass.civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

<sup>5</sup> Sul quale v. anche R. PRODOMO, *Etica di fine vita: è possibile un consenso condiviso sulle direttive anticipate?*, in F. LUCREZI, F. MANCUSO, *Diritto e vita*, cit., pp. 180 ss.

<sup>6</sup> Cfr. altresì il Documento del Consiglio Nazionale della FNOMCeO sulle D.A.T., 13 giugno 2009, secondo il quale «il legislatore dovrà intervenire formulando un "diritto mite", che si limiti, cioè, a definire la cornice di legittimità giuridica sulla base dei diritti della persona costituzionalmente protetti, senza invadere l'autonomia del paziente e quella del medico prefigurando tipologie di trattamenti disponibili e non disponibili nella relazione di cura. Ognuna di queste, unica e irripetibile, contiene tutte le dimensioni etiche, civili e tecnico-professionali per legittimare e garantire la scelta, giusta, nell'interesse esclusivo del paziente e rispettosa delle sue volontà».

canto, è d'entità ben ridotta, rispetto a quello italiano: e il motivo potrebbe essere proprio quello di una maggiore serenità e sicurezza decisionale dei medici d'oltralpe, i quali beneficiano, appunto, di indicazioni finalmente chiare quanto ai valori di riferimento dall'ordinamento prescelti.

Certo, la discussione parlamentare diviene fonte di preziosa certezza laddove è il legislatore stesso a farsi pioniere, indicando al personale sanitario schemi di comportamento e alle corti modelli di decisione, soprattutto fornendo, di conseguenza, strumenti operativi, altresì allo scopo di dirimere tematiche dibattute in seno all'opinione pubblica e di garantire, eventualmente, inediti àmbiti di protezione ai propri cittadini. Si tratta, per esempio, delle norme che escludono o configurano un determinato danno nelle ipotesi di *wrongful life* e di *wrongful birth* o che sanciscono la possibilità di redigere un testamento biologico. Peraltro, l'esperienza insegna e mostra i rischi e le insidie maggiori e peggiori di simili iniziative: ci si riferisce, *in primis*, alla minacciata solidità della separazione dei poteri, con speciale riguardo proprio a quegli ordinamenti che, per tradizione, più dovrebbero mostrare a tale principio rispetto ed ossequio. Il tentativo del disegno di legge italiano in materia di direttive anticipate e la *loi anti-Perruche* ne sono l'emblema: completamente fallimentare il primo, comunque latore di profonde lacerazioni il secondo, laddove si pensi al "fronte di resistenza" tenacemente innalzato dai supremi tribunali del paese. In definitiva, il legislatore può riscuotere fecondo successo solamente se i campi della coscienza sociale, della prassi medico-sanitaria e delle argomentazioni/conquiste giuridiche sono già ricchi di humus; altrimenti, circondato da terra bruciata, la *débaclé* è quasi scontata. Invero, sembra che ad essere scardinata sia, in materia, la stessa gerarchia delle fonti: infatti, se le corti ben dispongono di armi in grado di logorare ed irrimediabilmente consumare il frutto di pressoché qualsiasi fatica parlamentare, esse possono altresì (come nell'ipotesi dell'amministrazione di sostegno di casa nostra) maneggiare le norme con gran disinvoltura, facendo talvolta dire alla *bouche de la loi* ... ciò che desiderano, a superamento dell'*ubi lex noluit, tacuit*.

Paradosso vuole, così, che, laddove il potere dei tribunali è tradizionalmente maggiore, minore sia il grado di conflittualità, e non solo e non tanto grazie all'azione "calmante" e "ancorante" esercitata dal precedente. Si tratta, infatti, di considerare due differenti versanti di scontro: il primo, certo, *interno* al medesimo formante giurisprudenziale, riguardo alla maggiore o minore uniformità delle decisioni e degli orientamenti delle corti. Il secondo, *esterno*, coinvolge, invece, sia il formante legislativo sia quello giurisprudenziale, ove è il legislatore – il potere politico – che può, con successo variabile, dichiarar guerra ai giudici (Englaro, Schiavo, Perruche), ovvero, viceversa, laddove sono i tribunali a manipolare, finanche a stravolgere, il dato normativo (di nuovo Perruche, ma anche gli orientamenti italiani in materia di amministratore di sostegno o quelli francesi in

ambito di rifiuto alle cure). Certo, quantomeno in linea teorica, le corti godranno di un più ampio margine di "ribellione" quanto meno il Parlamento sarà stato risoluto e *forte* nel definire i contorni di una regola giuridica ed imporne il rispetto. D'altra parte, anche a prescindere dalla lettera del dettato normativo (non sempre esistente, per di più), è evidente come il trattamento del consenso/(ma soprattutto) dissenso informato del paziente sia profondamente condizionato da formanti diversi ed ulteriori rispetto a quelli per tradizione verbalizzati in seno ai singoli ordinamenti. Si tratta, quindi, del differente atteggiarsi dei rapporti di forza ed equilibrio fra le fonti del diritto, nonché di come e quanto la nozione di *autonomy* sia radicata e pervada non solo il mondo giuridico in senso stretto, ma soprattutto la cultura e l'intero sentire sociale. In questo senso, il critotipo si sostanzia nella peculiare concezione di *common law* circa il valore dell'individuo in sé e per sé considerato (a prescindere dalla sua cerchia familiare e dallo stesso suo strumentale significato e ruolo nella dimensione pubblica), nonché, per conseguenza, attorno ad un'idea della morte meno pudica e più consapevole, ove la dignità del singolo non dipende da un'eteronoma nozione ed imposizione, bensì da ciò che è il paziente stesso a ritenere *dignitoso*.

Del resto, seppur con alcune, interessanti peculiarità, le differenti esperienze giuridiche esaminate paiono accomunate in termini di linee interpretative e di modalità di risoluzione degli svariati *puncta dolentes* che il tema del consenso del paziente presenta. Si tratta, in primo luogo, della natura, dell'estensione e della completezza dell'informazione dovuta al singolo ammalato, laddove sia la giurisprudenza italiana sia quella francese concentrano la propria attenzione su quei rischi gravi sì, ma caratterizzati da percentuali di realizzazione estremamente ridotte, pressoché eccezionali. La ricerca è quella di una *normale prevedibilità*, che ricorre altresì nelle pieghe del sistema angloamericano, con il riferimento ad un determinato *standard* (*objective, subjective, professional*) a rispecchiare il valore di volta in volta accordato, da una parte, all'autodeterminazione dei pazienti e al corrispondente diritto di scegliere nella particolare maniera che è loro più consona, nonché, dall'altra, alla libertà del medico di optare per il trattamento sanitario ritenuto più adatto al caso concreto. In questo senso, peraltro, la giurisprudenza di *civil e common law* perviene alle medesime soluzioni, individuando, quale contenuto del dovere d'informazione gravante sul medico (che tratteggi, così, le nozioni di adempimento/inadempimento/inesatto adempimento), tutti quei rischi gravi o molto gravi, nonché prevedibili, a prescindere, però, dal loro "peso" strettamente statistico. Del resto, se le affermazioni delle corti francesi ed italiane appaiono, in tal senso, pressoché univoche, la giurisprudenza di *common law* racchiude tali riflessioni, per l'appunto, all'interno di *standards* dinamici, in continua evoluzione, che meglio garantiscono attenzione e sensibilità nei confronti del paziente del caso concreto e delle sue

peculiarità umane e cliniche. D'altra parte, tale maggiore predisposizione alla sistematizzazione degli orientamenti giurisprudenziali di *common law* trova un preciso riscontro nell'attività del legislatore nordamericano, i cui *malpractice statutes* sono spesso intervenuti per indicare alle corti la smarrita, diritta via – specie ai fini di una migliore gestione del contenzioso e delle conseguenti pronunce di responsabilità professionale. Del resto, tale propensione al ragionamento *per standards* (altresi esaminata in sede di ricostruzione della volontà del paziente incosciente) ben rispecchia la ritrosia e scarsa dimestichezza per una logica fondata su istituti giuridici astratti, a favore di una riflessione concretamente condotta in termini di diritti e doveri.

All'individuazione di tali *standards*, peraltro, è strettamente connesso il secondo punto, ovvero la problematica identificazione dei criteri del “gioco probatorio” in termini di nesso causale. Infatti, una volta definito il *quantum* dell'informazione, si tratta di riconoscere quando e se la mancata comunicazione di determinati elementi e dati abbia violato l'autodeterminazione individuale al punto da indurre il paziente ad una scelta differente rispetto a quella che avrebbe adottato nell'ipotesi di corretto adempimento del medico.

A tale proposito, l'inesatta o carente informazione potrebbe ben equivalere, per il medico, alla diretta ed automatica assunzione di un rischio – ovvero al risarcimento di qualsivoglia conseguenza pregiudizievole eventualmente conseguente. Ciò in maniera pressoché conforme al meccanismo di riparazione del danno in ipotesi di *battery*, ove tale liquidazione è prevista e accordata a prescindere dall'aleatorietà delle decisioni individuali. Sono due – è noto – le alternative a tale orientamento: a) la dimostrazione, da parte del paziente, che una completa informazione avrebbe condotto ad una scelta diversa rispetto a quella effettivamente adottata; b) la decisione di percorrere una strada intermedia, in un certo senso compromissoria, prediletta dalle corti francesi ed inficiante la stessa quantificazione del danno. Si tratta, in particolare, di un ragionamento in termini di *perte de la chance*, che falciava il principio d'integrale riparazione del pregiudizio a cagione della (presunta) impossibilità di pervenire ad una “certezza” in merito alla direzione che l'autodeterminazione individuale, nel caso concreto, avrebbe prescelto e preso.

In materia, peraltro, il passo dalla *no-compensation* all'*overcompensation* è breve. Emblematico appare l'esempio d'oltralpe, con le ormai note oscillazioni giurisprudenziali fra la riparazione della mera perdita di una *chance* (*undercompensation*), la negazione della liquidazione del *préjudice moral* in assenza di tale mancata opportunità (*no-compensation*) e i recenti atti di generosità risarcitoria, di dubbia collocazione sistematica e, a tratti, in odore di *overcompensation*. Parimenti, s'è ampiamente visto, il panorama italiano non è esente da aporie e perplessità interpretative, con molteplici possibilità risarcitorie che ne conseguono:

a) ci si riferisce, *in primis*, alla riparazione (o meno) del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione quale bene costituzionalmente tutelato, per il quale si nega o si afferma, di volta in volta, la natura di pregiudizio *in re ipsa*, necessariamente e naturalmente conseguente alla mancata prestazione di un consenso informato. A tale proposito, la corrispondente nozione nordamericana di *privacy* discende da un ampliamento dell'ombrello costituzionale e si traduce in principio-baluardo rispetto alle possibili, indebite ingerenze operate dal professionista sanitario (quale *agent of the state*) nella sfera d'invulnerabilità individuale, con finalità principalmente preventive rispetto ad ipotesi di violazione dell'autodeterminazione del paziente. L'ordinamento italiano, dal canto suo, correda la tutela di tale diritto con innumerevoli incognite: dal dubbio circa la necessità di provare il danno-conseguenza alle eventuali modalità di tale prova, ovvero se il paziente debba dimostrare o semplicemente allegare e se e quando sia possibile ricorrere ad un ragionamento presuntivo, anche in relazione all'effettiva indipendenza di tale pregiudizio rispetto alla sussistenza di una lesione alla salute. Infine, tale concreta autonomia si misura altresì riguardo ad un ulteriore aspetto di estrema problematicità, quale la monetizzazione del danno non patrimoniale subìto;

b) liquidazione (o meno) del danno biologico, più o meno agevole a seconda del criterio di accertamento del nesso causale di volta in volta prediletto. Peraltro, è altresì possibile discutere se tale risarcimento debba strettamente dipendere dall'esito infausto sortito dalle cure mediche (pur in assenza di una condotta colposa nella loro materiale esecuzione), la cui stessa definizione può anche essere diversamente condizionata dalla nozione di "malattia" adottata nella risoluzione del caso concreto ovvero dalla valutazione operata in termini di peggioramento o miglioramento rispetto allo *status quo ante*.

Così, l'inserimento di un capitolo dedicato alla nascita indesiderata rinviene le proprie ragioni appunto nelle peculiarità presentate e negli spunti di riflessione offerti in tema di nesso eziologico e di conseguenze risarcitorie rispetto all'inadempimento del sanitario. Inoltre, non solo la comparazione offre all'approfondimento di tale problematica frutti particolarmente copiosi, ma altresì estremamente accattivante appare qui la simmetrica corrispondenza, per l'appunto, fra un'autodeterminazione all'inizio e una alla fine, laddove le informazioni che dal medico passano al paziente sono suscettibili di condizionare, anche in maniera risolutiva e definitiva, l'alfa e l'omega della vita umana. Certo, in assenza di una volontà sicuramente espressa, la sua ricostruzione e successiva interpretazione rischia di rappresentare un mero alibi rispetto alla decisione che il medico ha già valutato come più opportuna. E a questo punto, ordunque, la questione può non più limitarsi all'opponibilità, da parte del paziente, di un dissenso rispetto ad un determinato atto sanitario, ma alla stessa configurabilità, in capo al medico, del diritto di rifiutare un ammalato che

esprima una certa volontà ovvero del diritto di negare al proprio assistito uno specifico trattamento o, per converso, di negarne la sua interruzione. La questione successiva, infine, consequenziale ma del tutto differente nei suoi termini, è quella della deriva cui una lettura soggettiva della salute non deve in alcun modo mai spingersi né ridursi: si tratterà, allora, della pretesa di una cura che tale non è, a fronte della quale non è più in discussione la mera opportunità, già dubbia, di accordare alla coscienza sanitaria la facoltà di obiettare, bensì diviene imperativo categorico, per il medico e la sua scienza, non rendersi in alcun modo complici, a pena di rovinosamente tradire lo stesso nucleo fondante della missione che li ispira.



Finito di stampare nel mese di settembre 2017  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

---

*Per i tipi Giuffrè:*

- VINCENZO ALLEGRI, *Impresa artigiana e legislazione speciale.*
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione.*
- MARZIA BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di Storia e di Diritto.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni.*
- VERA PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. II - Studi sul giuramento nel mondo antico.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997 n. 127.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione (1987-1999), presentazione di Valerio Onida.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Il "bravo funzionario" absburgico tra absolutismus e aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800).*
- VERA PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico.*
- ANTONELLO CALORE, *"Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti.*
- MARIO MISTRETTA, *La conversione del capitale in euro nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata.*
- CLAUDIO DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I - L'offesa mediante violenza.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. III - Guerra giusta? - Le metamorfosi di un concetto antico.*
- VERA PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo.*
- CRISTINA AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito.*
- ROBERTO FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana. Le vicende politico-parlamentari successive all'elezione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed il mutamento della maggioranza nella XIV legislatura.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680).*
- MARIO MISTRETTA, *Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità.*
- CRISTINA ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro.*
- MARIO GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo.*

- ANTONIO D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*.
- ADRIANA APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*.
- ALBA FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*.
- NADIA MACCABIANI, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del governo*.
- CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*.
- ALESSANDRA VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico. Amministratori indipendenti e funzioni di controllo*.
- FABIO ADDIS (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*.
- MARZIA BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolamentazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*.
- ALESSANDRO BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Silenzi e procedimenti amministrativi in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*.
- VERA PARISIO (a cura di), *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 12 dicembre 2003 n. 26*.
- ELISABETTA FUSAR POLI, «*La causa della conservazione del bello*». *Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento*.
- LUCIANA GUAGLIANONE-FRANCESCA MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*.
- LUCA MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*.
- SAVERIO F. REGASTO, *La forma di governo parlamentare fra «tradizione» e «innovazione»*.
- ANTONIO SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*.
- FABIO ADDIS (a cura di), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*.
- MARIO NOTARI (a cura di), *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie*.
- VERA PARISIO (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*.
- ADRIANA APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*.
- NADIA MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*.
- CHIARA DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*.
- VERA PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*.
- EDOARDO ALES-MARZIA BARBERA-FAUSTA GUARIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa. Edizione aggiornata*.
- ROBERTO LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo*.
- GIOVANNI TURELLI, «*Audi Iuppiter*». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*.
- PAOLA LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*.
- GIUSEPPE FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*.
- ELISABETTA FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberismo e autarchia*.
- ADRIANA APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*.
- MARIO GORLANI, *Libertà di esternazione e sovrapposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana*.
- CRISTINA AMATO, *Affidamento e responsabilità*.
- VERA PARISIO (edited by), *The water supply service in Europe: austrian, british, dutch, finnish, german, italian and romanian experiences*.
- ALBERTO SCIUMÈ-ELISABETTA FUSAR POLI (a cura di), «*Afferrare ... l'inafferrabile*». *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra otto e novecento*.

ANTONELLO CALORE-ALBERTO SCIUMÈ (a cura di),  
*La funzione della pena in prospettiva storica e attuale.*

FABIO ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti.*

ALBERTO VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento.*

VALERIO PESCATORE, *Reviviscenza - Vicenda di obbligazioni e garanzie.*

FRANCESCA MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi.*

VERA PARISIO (edited by), *Services of general economic interest, administrative courts and courts of audit.*



### ***Per i tipi Giappichelli:***

1. CHIARA MINELLI, *Rationabilis e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso.*
2. VERA PARISIO (edited by), *Food Safety and Quality Law: a Transnational Perspective.*
3. PAOLA PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto.*
4. LUIGI FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata.*
5. VERA PARISIO-VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ-BELÉN NAGUERA DE LA MUELA (dirección), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos.*
6. LUCA PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile.*
7. CACACE SIMONA, *Autodeterminazione in Salute.*

