



Cassazione civile sez. III, 11 dicembre 2013, n. 27751 – Pres. Russo – Rel. Carleo - Ricorso proposto da C.M. e altro avverso la sentenza del 22/06/2007 della Corte d'Appello di Perugia R.G. 429/2003

Nell'ipotesi di inosservanza dell'obbligo di informazione in ordine alle conseguenze del trattamento cui il paziente sia sottoposto viene a configurarsi a carico del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) una responsabilità per violazione dell'obbligo del consenso informato, in sé e per sé, non assumendo alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito, se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. Ciò che rileva è che il paziente, a causa del *deficit* di informazione non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica.

## LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RUSSO	Libertino Alberto	- Presidente -
Dott. CARLEO	Giovanni	- rel. Consigliere -
Dott. D'ALESSANDRO	Paolo	- Consigliere -
Dott. D'AMICO	Paolo	- Consigliere -
Dott. VINCENTI	Enzo	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

### sentenza

sul ricorso 32253/2007 proposto da:

C.M., V.A., elettivamente domiciliati in  
(...) presso lo studio dell'avvocato (...), che li rappresenta e difende giusta delega in atti;  
- ricorrenti -

### contro

AZD OSPEDALIERA (...), in persona del Direttore Generale  
pro tempore Dott. G.G., elettivamente domiciliata in  
(...), presso lo studio dell'avvocato (...), che la rappresenta e difende giusta delega in atti;  
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 207/2007 della CORTE D'APPELLO di PERUGIA,  
depositata il 22/06/2007 R.G.N. 429/2003;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del  
08/10/2013 dal Consigliere Dott. GIOVANNI CARLEO;



udito l'Avvocato MASSIMO TORRE;  
udito l'Avvocato ENRICO CAROLI;  
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.  
GAMBARDELLA Vincenzo che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Fatto

### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con citazione ritualmente notificata C.M. e V. A., quali genitori ed eredi di C.T., deceduta il (OMISSIS), convenivano in giudizio l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni per sentir accertare l'inadempimento contrattuale *ex art.* 1218 c.c. ovvero la responsabilità extracontrattuale dell'azienda convenuta per aver omesso di prestare le dovute informazioni sui rischi connessi all'operazione di tonsillectomia effettuata sulla figlia T. e sulle possibili complicanze post- operatorie ovvero la grave negligenza ed imperizia tenuta nell'occasione dai sanitari del reparto e del pronto soccorso.

Chiedevano pertanto il risarcimento del danno *iure hereditatis* e del danno morale in proprio. In esito al giudizio, in cui si costituiva l'Azienda, il Tribunale di Terni condannava la convenuta al risarcimento del danno morale subito dagli attori, quali genitori della vittima, per la mancata acquisizione del consenso informato. Avverso tale decisione l'Azienda Ospedaliera proponeva appello ed in esito al giudizio la Corte di Appello di Perugia con sentenza depositata in data 22 giugno 2007 in riforma della decisione impugnata respingeva la domanda attrice e condannava gli appellati a restituire all'Azienda quanto percepito in ottemperanza della sentenza con gli interessi legali dalla data di ricezione del pagamento fino al rimorso, provvedeva quindi al governo delle spese.

Avverso la detta sentenza il C. e la V. hanno quindi proposto ricorso per cassazione articolato in tre motivi, illustrato da memoria. Resiste l'Azienda con controricorso.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

La prima doglianza, svolta dai ricorrenti, articolata sotto il profilo della violazione e/o falsa applicazione dell'art. 13 Cost. e dell'art. 32 Cost., comma 2 e L. n. 833 del 1978, art. 33, si fonda sulla considerazione che la Corte di appello avrebbe gravemente sbagliato quando ha statuito che "si deve escludere che il professionista, e quindi l'Azienda Ospedaliera avessero l'obbligo di informazione circa un evento eccezionale del genere di quello poi verificatosi". Con le due successive doglianze, deducendo l'omessa ed insufficiente motivazione, i ricorrenti hanno infine censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte di Appello non ha adeguatamente motivato sul fatto che dalla cartella clinica non emerga alcuna documentazione comprovante l'avvenuta informazione sui rischi dell'intervento (seconda censura) né sugli eventi postoperatori che hanno determinato il decesso della minore (terza censura).



I motivi in questione, che vanno esaminati congiuntamente in quanto sia pure sotto diversi ed articolati profili, prospettano ragioni di censura intimamente connesse tra loro, sono fondati e meritano accoglimento.

A riguardo, torna utile premettere che la *ratio decidendi* della sentenza impugnata si fonda su un duplice rilievo: 1) la morte della minore, sottoposta ad un intervento di tonsillectomia, trovò la sua causa nella concomitanza di due eventi (ritenuti) straordinari: il primo un distacco precoce dell'escara, avvenuto nella seconda giornata post-operatoria ed il secondo rappresentato dal carattere mortale dell'emorragia. 2) l'imprevedibilità dei due eventi escludeva che i medesimi dovessero essere oggetto di una corretta informazione (cfr pag. 5). Pertanto, si doveva "escludere che il professionista e quindi l'Azienda Ospedaliera avessero l'obbligo di informazione circa un evento eccezionale del genere di quello poi verificatosi".

La premessa torna utile nella misura in cui chiarisce che, nel caso di specie, il tema decisionale riguarda un caso di omessa acquisizione del cosiddetto consenso informato, vertendosi in materia di domanda risarcitoria basata sulla mancata prestazione del detto consenso, domanda la quale non si collega alla condotta colposa del medico nell'esecuzione della prestazione, inesattamente adempiuta, bensì all'omessa informazione in sé.

Ciò posto, torna opportuno sottolineare che la finalità dell'informazione, che il medico è tenuto a dare, è quella di assicurare il diritto all'autodeterminazione del paziente (v. anche Cass., 9.2.2010, n. 2847), in quanto, senza il consenso informato, l'intervento del medico è - al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità - sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente. Ciò, in quanto, secondo la definizione della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008), il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono rispettivamente che la libertà personale è inviolabile e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.

Nell'ipotesi di inosservanza dell'obbligo di informazione in ordine alle conseguenze del trattamento cui il paziente sia sottoposto viene pertanto a configurarsi a carico del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) una responsabilità per violazione dell'obbligo del consenso informato, in sé e per sé, non assumendo alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito, se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. Ciò che rileva è che il paziente, a causa del *deficit* di informazione non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica (v. Cass., 28.7.2001, n. 16543).

Posto che tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, è necessario che il sanitario fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili



riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità (v. Cass. n. 15698/2010).

L'obbligo di informazione, che deve essere particolarmente dettagliato al fine di garantire lo scrupoloso rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente, non si estende ai soli rischi imprevedibili, ovvero agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'*id quod plerumque accidit*, in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento chirurgico e l'evento lesivo. Ma, al di là di tale limite, il professionista sanitario ha l'obbligo di fornire al paziente, in modo - ripetesì dettagliato, tutte le informazioni scientificamente possibili sull'intervento chirurgico, che intende eseguire, sulle conseguenze normalmente possibili sia pure infrequenti (tanto da apparire "straordinari"), sul bilancio rischi/vantaggi dell'intervento.

Ed invero, in considerazione dell'importanza degli interessi e dei beni in gioco, non è consentito rimettere all'apprezzamento del sanitario, in forza di un mero calcolo statistico, la valutazione se rendere il paziente edotto o meno dei rischi, anche ridotti, che possano incidere sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita. Infatti, deve essere riservata al paziente, unico titolare del bene che è oggetto di pericolo per effetto del trattamento operatorio, 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.

Considerato che la sentenza impugnata non si è uniformata ai suddetti principi, il ricorso per cassazione in esame deve essere accolto e la sentenza impugnata, che ha fatto riferimento, in modo non corretto, ad una *regula iuris* diversa, deve essere cassata.

Con l'ulteriore conseguenza che, occorrendo un rinnovato esame da condursi nell'osservanza del principio richiamato, la causa va rinviata alla Corte di Appello di Perugia, in diversa composizione, che provvederà anche in ordine al regolamento delle spese della presente fase di legittimità.

#### **P.Q.M.**

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata con rinvio della causa alla Corte di Appello di Perugia, in diversa composizione, che provvederà anche in ordine al regolamento delle spese della presente fase, di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 8 ottobre 2013.

Depositato in Cancelleria il 11 dicembre 2013



## RESPONSABILITÀ SANITARIA PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI DECIDERE LIBERAMENTE DI SÉ

*Nota a Cass. n. 27751/2013*

ANGELA MENDOLA

Sommario: 1. La libertà di definirsi da se stesso come libertà di autodeterminarsi. 2. Dal dovere di informare alla libertà di decidere liberamente di sé. 3. Limiti del consenso informato. 4. Situazione giuridica protetta e titolarità. 5. La scorretta interpretazione della medesima *regula iuris*: la violazione del consenso informato in sé e per sé. 6. La lesione del valore supercostituzionale della dignità.

1. Nella celebre “*Oratio de hominis dignitate*”<sup>1</sup>, Pico della Mirandola riferiva alla parola divina le seguenti affermazioni: “Non ti ho dato, o Adamo (...) un aspetto proprio, perché (...) quell’aspetto (...) che tu desidererai, (...) secondo il tuo voto e il tuo consiglio ottenga e conservi. Io ti ho posto interamente nelle mani della tua libertà perché tu possa definirti da te stesso. Non ti ho fatto né terrestre né celeste, non mortale né immortale, perché, sovrano di te stesso, tu possa definire liberamente la tua forma come fanno lo scultore e il pittore con le loro opere”. Universalmente, appaiono, tali riflessioni<sup>2</sup>: nella cultura occidentale, dominata dalla persona, quale valore sacro, il diritto di definirsi da se stesso, non è che libertà di decidere liberamente di sé, di autodeterminarsi<sup>3</sup>, in relazione a scelte, anche concernenti la dimensione fisica. Chi consente a farsi curare, ad esempio, non permette che sia violata la sua libertà, piuttosto fa uso della facoltà di decidere liberamente di sé.

---

<sup>1</sup> G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate*, Firenze, 1486.

<sup>2</sup> Non potendo, lo spazio ed il tempo, che confermarci quali categorie metafisiche che Kant, nel 1764, ne *I sogni di un visionario spiegati coi sogni della metafisica*, nel riconoscere il suo debito con Hume, apostrofava come “trascendentali”. Il rinvio è anche alla *Critica della ragion pura* di Kant, opera del 1781. Precisamente, alla prima parte di questa, l’*Estetica trascendentale*.

<sup>3</sup> Sulla definizione del principio di autodeterminazione, si rinvia a P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, p. 8. Cfr. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 4, p. 1038. Richiama il senso del limite contenuto nella nozione di autodeterminazione, G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012, p. 13. L’osservazione è svolta dall’Autrice in considerazione dell’origine etimologica “che richiama l’idea del *de-terminare*, del circoscrivere cioè qualcosa, laddove poi il prefisso di chiara matrice greca (*αὐτό*) individua con immediatezza colui al quale compete il potere di determinazione, ossia il soggetto stesso”.



Il tema si colloca nel contesto di una disciplina costituzionale improntata al principio della centralità<sup>4</sup> e della *primauté* della persona umana<sup>5</sup>. Ed è proprio nella “violazione e/o falsa applicazione” di alcune disposizioni dello “statuto costituzionale della persona” che, il Supremo Collegio, nell’*incipit* della sentenza in epigrafe, rinviene il primo motivo di doglianza avanzato dai ricorrenti. Si tratta, nello specifico, del seguente sostrato normativo: l’art. 13 Cost., che garantisce l’inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica, nondimeno l’art. 32 Cost., per cui nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario, se non per disposizione di legge e, parimenti, l’art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833<sup>6</sup>, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questi è in grado di prestare il consenso e non ricorrono i presupposti di cui all’art. 54 c.p.

L’*occasione*, per l’intervento di legittimità, è offerta da una vicenda che vede, protagonisti, i genitori di una minore, operata di tonsillectomia e deceduta per eventi imprevedibili e successivi all’intervento. I ricorrenti, vincitori, in primo grado, per avere ottenuto, stante il difetto di consenso informato, la condanna dell’Azienda ospedaliera al risarcimento del danno morale subito sono, invece, soccombenti, in appello, non sussistendo, per il giudice di seconde cure, a carico del professionista, e quindi dell’ente ospedaliero, l’obbligo di informazione circa gli eventi eccezionali verificatisi (nella fattispecie, il distacco precoce dell’escara, avvenuto nella seconda giornata postoperatoria, ed il carattere mortale dell’emorragia).

2. In risposta al passaggio dalla c.d. concezione paternalistica del ruolo medico ad una c.d. personalista<sup>7</sup>, il paziente esce dalla situazione di “minorità” in cui è incapace “di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro”<sup>8</sup>, ed al medico, non può più essere attribuito un generale “diritto di curare”, né un potere di intervenire *ad libitum*, con il solo limite della

---

<sup>4</sup> Sul tema della centralità della persona umana nell’ordinamento giuridico, v. si P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *passim*; ID, *Persona fisica (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, XXV, 1; ID, “Minorità” e tutela della persona umana, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, p. 758 ss.; ID, *Dal soggetto alle persone*, in *Iustitia*, 2005, p. 133 ss.; ID, *Commento agli artt. 1-10*, in AA. VV., *Artt. 1-142, Disposizioni preliminari - Diritto internazionale privato - Persone fisiche e giuridiche - Parentela e affinità - Matrimonio, Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, 4, p. 465 ss.

<sup>5</sup> Sul punto, v. si P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 137; ID, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1996, p. 8.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla legge di Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale.

<sup>7</sup> Sul punto, cfr. V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso. Note sull’inizio della vita*, Napoli, 2013, p. 249 ss.; M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 126 ss.; P. BORSELLINO, *Bioetica tra “morali” e diritto*, Milano, 2009, p. 2 ss.; ID., *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999, p. 70.

<sup>8</sup> I. KANT, *Risposta alla domanda: cos’è illuminismo?*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto di Immanuel Kant*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo e V. Mathieu, Torino, 1965, p. 141.



propria coscienza<sup>9</sup>. Diritto e dovere, *inform and consent*, vengono ad intersecarsi, sì come nell'art. 35 del codice deontologico medico, per cui “il medico non intraprende attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente”. Di guisa che, nella pronuncia in oggetto, si legge che “l'informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, consapevole”. E' un'alleanza terapeutica, pertanto, quella che si instaura, sin dal primo contatto, tra medico e paziente e si protrae per tutto il tempo della cura, in una continua dialettica tra informazione e decisione<sup>10</sup>.

Su quali soggetti passivi incomba il dovere di informare è questione che il Supremo Collegio risolve in più passi della pronuncia, allorquando, si riferisce, pur sbrigativamente, al “professionista e quindi all'Azienda ospedaliera”. Nulla è detto, invece, circa il rapporto giuridico tra le parti. In argomento, le Sezioni Unite hanno ribadito che l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità (o di assistenza sanitaria)<sup>11</sup>. Parti contrattuali sono, quindi, da un lato, quale “assistente”, l'Azienda ospedaliera. Dall'altro, quale “assistito” e consumatore di servizi sanitari, il paziente<sup>12</sup>. *Rectius*, da un lato, l'ente ospedaliero, dall'altro, i genitori,

---

<sup>9</sup> Anche se il rapporto *de quo* non sembra avere ancora ricevuto un'adeguata e non preconcepita elaborazione dottrinale che lo affranchi dalla tendenza ad interpretarlo nella prospettiva di una lettura *adversarial* del rapporto medico-paziente, come riflette, A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 2, p. 457 ss.

<sup>10</sup> Così, P. BINETTI, *Il consenso informato*, Roma, 2010, p. 177. Peraltro, come osserva A. NICOLUSSI, *ult. op. cit.*, p. 458, la funzione del consenso informato è “di favorire il coinvolgimento del paziente rafforzando la relazionalità dei due soggetti: si tratta appunto di *con-senso* alla proposta terapeutica del medico; non di ribaltare il rapporto piegando l'attività medica a qualunque richiesta del paziente fino a trasformare il *con-senso* in un *mono-senso*”.

<sup>11</sup> Cass. civ., S. U., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, con note di A. Nicolussi *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, 2008, 8-9, p. 871 ss., e di G. Vinciguerra, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, 2008, 7, p. 788 ss. Sul punto, in dottrina, F. AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivizzazione della responsabilità sanitaria*, in *Corr. Giur.*, 2011, 5, p. 628 ss. Sulla natura composita del contratto concluso con l'ospedale, che induce a discorrere di contratto atipico, già F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 711 ss.; A. M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, 1983, Napoli.

<sup>12</sup> Per P. STANZIONE, *La responsabilità medica: profili sistematici*, in *Sanità pubblica*, 2000, p. 466, a fatica, il malato può essere considerato parte di un contratto. A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., p. 876, definisce il paziente “persona, non mero sostrato della prestazione sanitaria”, a differenza di quanto, invece, ritenesse in passato F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 146.



rappresentanti legali della minorenn<sup>13</sup>. Quanto al rapporto medico - paziente, è ragionevole ritenere che la Corte di legittimità abbia sposato la teorica, di matrice tedesca, del rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale qualificato<sup>14</sup> che, per la fisionomia che assume, non può che essere sussumibile alla materia contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto. Tutt'altro che peregrina, sarebbe risultata, altresì, la precisazione, in merito alla normativa operante che, tanto per il contratto di ospedalità, che per il rapporto contrattuale di fatto, è stimata essere quella relativa al contratto di prestazione d'opera professionale *ex artt.* 2229 ss. c.c.<sup>15</sup>.

Vieppiù che l'argomentazione del giudice di legittimità appare deficitaria anche in merito alla prestazione dovuta dall'ente ospedaliero e definita dalla giurisprudenza di Cassazione "articolata", atteso che la stessa, non si esaurisce nella prestazione di cure mediche e chirurgiche, ma si estende ad altre, quali la messa a disposizione di personale medico e paramedico, di medicinali e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere<sup>16</sup> ed ingloba anche obblighi di protezione ed accessori<sup>17</sup>. *Quid iuris* dell'obbligo di informazione? Si trapassa dalla dottrina che lo colloca in una zona di confine tra diligenza professionale e rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente<sup>18</sup>, alla giurisprudenza che lo pone "a metà strada fra doveri deontologici ed obblighi contrattuali"<sup>19</sup>. Per trascorrere, così, a quanti lo inquadrano nel dovere di buona fede *ex* 1337 c.c.<sup>20</sup>. In risposta a tale, mai sopito, dibattito, nella pronuncia in commento, si elegge

---

<sup>13</sup> Sul tema della capacità di agire necessaria per la conclusione del contratto *de quo*, v. si V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, p. 31.

<sup>14</sup> In materia, il rinvio va a Cass. civ., 18 luglio 2013, n. 17573, in *Dir. e Giust.*, 2013, sulla scorta di un consolidato orientamento risalente a Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3333 ss. Per la dottrina, v. si C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, VI ed., Milano, 2005, p. 15 ss.

<sup>15</sup> Sul punto, Cass. civ., 25 febbraio 2005, n. 4058, in *Guida al dir.*, 2005, 16, p. 67 ss. Per gli orientamenti più risalenti, Cass. civ., 11 aprile 1995, n. 4152, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 807 ss.; Cass. civ., 27 maggio 1993, n. 5939, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 933 ss.; Cass. civ., 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2296 ss.

<sup>16</sup> Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno e resp.*, 2007, 10, p. 965 ss., con nota di A. Scalisi, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*.

<sup>17</sup> Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

<sup>18</sup> Così, M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, p. 46.

<sup>19</sup> Cass. civ., 26 marzo 1981, n. 1773, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 3.

<sup>20</sup> Si rinvia a Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 6; Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. It.*, 2005, p. 1395 ss., con nota di M. D'Auria, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*; Cass. civ., 10 settembre 1999, n. 9617, in *Danno e resp.*, 2000, p. 735 ss., con nota di R. Natoli, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation ed esigenze di deterrence*; Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Contratti*, 1997, p. 342 ss., con commento di C. Vaccà, *La formazione del consenso al trattamento medico*; Cass. civ., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 11. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Rossano, 22 gennaio 2007, in *Giur. merito*, 2008, p. 113 ss., con nota di F. Toppetti, *La responsabilità del sanitario per violazione dell'obbligo informativo oltrepassa "il confine tra contratto e torto"*; App. Bologna, 21 novembre 1996, in *Riv. it.*





un'interpretazione del dovere *de quo*, in termini di obbligo di natura contrattuale<sup>21</sup>. Tanto, sia che lo si configuri quale obbligo accessorio di protezione<sup>22</sup>, fondato sulla buona fede integrativa, sia che lo si ritenga parte integrante della complessa prestazione di cura<sup>23</sup>. Ed è possibile opinare che, a tale determinazione, il Supremo Collegio sia addivenuto ponendo in evidenza che l'obbligo di informazione sorga a contratto già concluso, dato che la fase diagnostica deve necessariamente precedere il momento in cui il sanitario illustra le possibili cure al paziente.

La ricostruzione della Suprema Corte, transitando dalla natura giuridica dell'obbligo informativo - rilevante per i profili della responsabilità e per le ricadute in termini di onere della prova - all'individuazione dei contorni dello stesso, appare esaustiva, pur se disomogenea. Si apprezza la sintesi, meno l'ordine di presentazione degli argomenti: la decisione, infatti, muove dalle finalità dell'informazione<sup>24</sup> per arrivare, poi, all'inosservanza del relativo obbligo, al rapporto informazione - consenso e, solo *in extremis*, ai limiti, alla titolarità ed al contenuto dell'obbligo. Sarebbe stato più che opportuno che l'argomentazione fosse partita dalla disamina del contenuto del dovere di informare, anche richiamando l'art. 33, comma 1, del codice deontologico medico, che prescrive che "il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate". Cosicché il paziente possa apprestare un consenso specifico: il c.d. *informed consent*<sup>25</sup>, infatti, deve essere frutto di una scelta ragionata, della

---

*med. leg.*, 1998, p. 586 ss.; Trib. Genova, 3 gennaio 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 94 ss., con nota di G. Benedetti, *Natura della responsabilità del medico e ripartizione dell'onere della prova*. Per la dottrina che si è allineata a questo orientamento, v. si M. COSTANZA, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1436 ss.

<sup>21</sup> Sulla rilevanza contrattuale dell'obbligo informativo, v. si Cass. civ., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 667 ss., con nota di G. Citarella, *Obblighi di informazione e responsabilità del chirurgo plastico*; Cass. civ., 26 marzo 1981, n. 1773, in *Foro it. Rep.*, 1977, voce *Professioni intellettuali*, n. 59; Cass. civ., 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. It.*, 1977, I, p. 1980. Cfr. anche Trib. Firenze, 7 gennaio 1999, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 157 ss., con nota di L. Bellanova, *Il dovere di informare: una nuova frontiera della responsabilità del medico?*.

<sup>22</sup> In questi termini, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 123.

<sup>23</sup> Si rinvia a M. GORGONI, *La "stagione" del consenso e dell'informazione: strumenti di diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 488 ss.

<sup>24</sup> Riflette sul fatto che, di recente, sono stati individuati nuovi criteri, ispirati alla *ratio* di una migliore tutela del diritto di autodeterminazione del malato, E. GUERINONI, *Attività sanitarie e responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2013, 5, p. 3 ss.

<sup>25</sup> Il sintagma è stato utilizzato nel 1957 in una nota sentenza della Corte d'Appello della California (Sentenza *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board Trustees*).



conoscenza della situazione precisa e dettagliata<sup>26</sup>, tale da rendere il malato protagonista del processo terapeutico<sup>27</sup>.

Da quanto emerso, in virtù della nota correlazione, *rectius* contrapposizione, tra situazioni giuridiche soggettive<sup>28</sup>, discende che al dovere di informare corrisponde, dal lato attivo, la facoltà di decidere liberamente di sé. Da qui, il passaggio logico di cui in sentenza, per cui “non sia consentito rimettere all’apprezzamento del sanitario, in forma di un mero calcolo statistico, la valutazione se rendere o meno il paziente edotto dei rischi, anche ridotti, che possano incidere sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita”<sup>29</sup>.

3. Fino a che punto si estenda il diritto dell’assistito ad essere informato e, correlativamente, il dovere del medico di informare, è il *punctum dolens* su cui ruotano la condanna della Corte d’Appello e l’accoglimento del ricorso da parte del giudice di legittimità. L’ampiezza del contenuto del diritto e del corrispondente dovere stride, infatti, con l’eccezionalità e/o imprevedibilità degli eventi. Sicché, si è sostenuto che rientrano nell’obbligo di informazione le prevedibili complicità insite nel trattamento programmato, secondo il criterio della normale prevedibilità<sup>30</sup>, dovendosi escludere le conseguenze atipiche, eccezionali ed improbabili, *in primis* perché numerose e di difficile elencazione<sup>31</sup>. E, sul punto, in un approccio comparatistico, si possono evocare, da un lato, la *Loi Kouchner*<sup>32</sup>, per cui l’informazione debba limitarsi “ai rischi frequenti o gravi normalmente prevedibili”. Dall’altro, la Legge quadro portoghese in materia di Sanità, allorché si stabilisce che il paziente ha il diritto di “essere informato sulla situazione, sulle alternative possibili di trattamento e sull’evoluzione probabile del suo stato”<sup>33</sup>.

---

<sup>26</sup> Come affermato da G. BARBUTO, *Considerazioni in tema di consenso dell’avente diritto e trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 328 ss.

<sup>27</sup> Così, G. Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 68.

<sup>28</sup> Sul tema, si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*, 1995, Napoli, p. 45. Per l’Autore “il rapporto giuridico è relazione tra situazioni giuridiche soggettive (correlate). Questa “(cor)relazione” può assumere l’atteggiamento di “contrapposizione” o di mero collegamento. Per le situazioni contrapposte, l’ipotesi classica è quella del rapporto giuridico come relazione tra diritto soggettivo e dovere.

<sup>29</sup> La Corte richiama le parole di Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, cit.

<sup>30</sup> Va dato conto anche della tesi per cui il criterio, traducibile in termini percentuali, tuttavia non esplicitati - di “normale frequenza dei rischi”, allorché vengano in gioco i beni della salute e della vita, lascia l’operatore e l’interprete privi di una guida reale ed efficace. Così, C. BRIGNONE, *Obblighi di informazione del medico e responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 2009, 11, p. 1231 ss.

<sup>31</sup> Sul punto, si rinvia a G. CASCIARO, P. SANTESE, *Il consenso informato*, Milano, 2012, p. 289. Cfr. anche N. CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, 2012, p. 132.

<sup>32</sup> Legge n. 303 del 4 marzo 2002.

<sup>33</sup> Si rinvia ad A. DIAS PEREIRA, *La responsabilità medica in Portogallo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 11, p. 2460 ss. (JD).



Quanto alla *ratio* sottesa ai limiti al dovere informativo, è chiaro che l'operatore sanitario deve contemperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare effetti controproducenti. Ad esempio, quella che la giurisprudenza francese definisce una *reaction dangereuse* del malato<sup>34</sup>: ovvero, che il paziente, a causa di una reazione soggettivamente sproporzionata, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento<sup>35</sup>, quale potrebbe essere una tonsillectomia. O, ancora, da un lato, l'"accanimento informativo", ossia l'eccesso di informazioni<sup>36</sup>. Dall'altro, e conseguente, l'eccessivo impegno ad informare, tale da far perdere di vista lo scopo primario dell'attività medica, votata, quest'ultima, alla "salvaguardia del benessere fisico e psichico del paziente"<sup>37</sup>. Dall'altro, ancora, quello di un pregiudizio al malato in termini di *stress*, soprattutto in situazioni particolarmente critiche o verso pazienti eccessivamente sensibili<sup>38</sup>. Sul punto, si richiama l'art. 157 del codice penale portoghese, laddove, dall'informazione, si pretermettono le "circostanze che, ove conosciute dal paziente, mettano in pericolo la sua vita o siano suscettibili di causare gravi danni alla sua salute, fisica o psichica"<sup>39</sup>. Al riguardo, il medico dovrebbe agire nel contesto comunicativo come un bravo psicologo ed acuire la propria sensibilità al punto da poter valutare, secondo un prudente apprezzamento, l'opportunità di omettere alcune circostanze in casi particolari<sup>40</sup>. L'obiettivo è di scongiurare che l'informazione degeneri in uno strumento di deresponsabilizzazione del medico o in grado di scoraggiare il paziente<sup>41</sup>.

La limitazione di cui si discorre, inoltre, non è da cogliere come valore assoluto: si pensi al caso in cui il paziente stesso, unico titolare del diritto alla salute, richieda espressamente di essere informato su tutte le conseguenze possibili, ancorché eccezionali ed improbabili, dell'intervento richiesto. Ma vi è di più. Il dovere di informazione soffre altresì di limiti "negativi" o "naturali": tanto più grave è la minaccia alla vita del paziente e, quanto più urgente è l'intervento, tanto meno è necessario il consenso<sup>42</sup>. Quest'ultimo, giustappunto, diventa presunto<sup>43</sup> - e, per l'effetto, il medico, "gestore degli interessi del

---

<sup>34</sup> Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, cit.

<sup>35</sup> Osservazioni di E. GUERINONI, *Attività sanitarie e responsabilità civile*, cit., p. 3 ss. V. si, sul punto, anche L. BELLANOVA, *Il dovere di informare: una nuova frontiera della responsabilità del medico?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 1, p. 163 ss.

<sup>36</sup> Sul punto, A. M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., p. 212.

<sup>37</sup> Così, U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989, p. 453.

<sup>38</sup> Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, cit.

<sup>39</sup> Cfr. A. DIAS PEREIRA, *La responsabilità medica in Portogallo*, cit., p. 2460.

<sup>40</sup> Come affermato da F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 1, p. 9 ss.

<sup>41</sup> Come ha osservato A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., p. 877.

<sup>42</sup> Sul tema, v. si V. ZAMBRANO, P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 300.

<sup>43</sup> Si rinvia, *inter alia*, a F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 16 ss.



paziente”- o, ancora, si determinano uno stato di necessità<sup>44</sup> o la c.d. “necessità medica”<sup>45</sup>. Si disputa, è evidente, di situazioni diametralmente distanti da quelle di cui in sentenza, laddove si prospettano un “male da estirpare non particolarmente grave” ed un “intervento chirurgico non particolarmente urgente”, ma che vale la pena menzionare per definire i limiti del diritto di decidere liberamente di sé e del correlativo dovere di informare.

Ordunque, a ripercorrere, quasi “a ritroso”, la decisione del giudice di legittimità, risulta che l’obbligo di informazione “non si estende ai soli rischi imprevedibili, ovvero agli esiti anomali, al limite del fortuito”. Infatti, si afferma che “al di là di tale limite, il professionista sanitario ha l’obbligo di fornire al paziente (...) tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l’intervento chirurgico che intende eseguire (...) sulle conseguenze normalmente possibili sia pure infrequenti (tanto da apparire “straordinarie”)<sup>46</sup>. Al giudicante, in tale passo, è imputabile una certa approssimazione nell’argomentare sui confini del dovere di informazione. L’espressione “al di là di tale limite”, infatti, lascia irrisolta una questione: non è chiaro se ci si riferisca all’obbligo informativo, che, allora, dovrebbe comprendere i rischi prevedibili ed imprevedibili - con tutte le implicazioni anziesposte - o, alle sole circostanze eccezionali che “non assumono rilievo secondo l’*id quod plerumque accidit*, in quanto, una volta realizzatesi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l’intervento chirurgico e l’evento lesivo”.

---

<sup>44</sup> In questi termini, G. IADECOLA, *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 46 ss.; R. RIZ, *Il consenso dell’avente diritto*, Padova, 1979; G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 967.

<sup>45</sup> Così, G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. pen.*, 1973, I, p. 81 ss.

<sup>46</sup> Si rinvia a Cass. civ., 2 luglio 2010, n. 15698, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 7-8, p. 995 ss. In giurisprudenza, è pacifico che il medico debba informare il paziente “anche delle condizioni della struttura sanitaria e delle attrezzature che la stessa offre”, come rilevato da Cass. civ., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 258 ss., nonché della “natura dell’intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione e dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative”. Sul punto, cfr. Cass. civ., 6 ottobre 1997, n. 9705, cit.; Cass. civ., 24 settembre 1997, n. 9374, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 821 ss., con nota di F. Introna, *Consenso informato o rifiuto ragionato? L’informazione deve essere sommaria o dettagliata?*; Cass. civ., 25 novembre 1994, n. 10014, cit.; Trib. Roma, 14 dicembre 1994, in *Gius.*, 1995, p. 357 ss. L’obbligo di informazione si estende altresì “ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente (...) possa determinarsi verso l’una o l’altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi”. Sul punto, cfr. Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, cit. Nella giurisprudenza di merito, v. si App. Milano, 2 ottobre 2002, in *Giur. milanese*, 2003, p. 31 ss. In dottrina, cfr. E. RONCHI, *Il consenso “veramente” informato alle cure mediche ed il “peso” della omissione di dati rilevanti nella cartella clinica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 1310 ss.



4. La *vexata quaestio* del consenso informato<sup>47</sup>, come noto, trova la sua genesi nella figura del consenso dell'avente diritto, e, poi, si riversa sugli artt. 2, 13 e 32 Cost.<sup>48</sup>. Circa la qualificazione della situazione giuridica soggettiva attiva, la decisione del giudice di legittimità appare lineare e pone al giurista ben pochi dubbi interpretativi. Richiama, infatti, la nota pronuncia della Corte costituzionale del 2008<sup>49</sup> che definisce il consenso informato “diritto della persona”, muovendo dalla funzione dello stesso, di “sintesi dei due diritti

---

<sup>47</sup> Sul tema, v. si, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 374 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi problemi e linee di tendenza*, cit., p. 43 ss.; U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit. p. 414 ss.; M. COSTANZA, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, cit., p. 1432; M. CRISCUOLI, *Ragionevolezza e consenso informato del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 480; M. PARADISO, *Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 139. Di recente, il tema è affrontato da F. Salerno, *Consenso informato in medicina e qualità soggettive del paziente*, in *Giur. It.*, 2014, 2, p. 277 ss. (nota a Cass. civ., n. 19220/2013, Cass. civ., 20984/2012); P. STANZIONE, *La condotta del ginecologo e dell'ostetrico nel caleidoscopio della responsabilità medica*, in *www.comparazionediritto civile.it*, 2013, 2, p. 15 ss.; G. Salito, *Il “mito” del consenso tra personalità e professionalità* (nota a Cass., n. 19220/2013), in *www.comparazionediritto civile.it*, 2013, 10, p. 1 ss. Cfr. anche S. ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.* (Agg. VII), Torino, 2012, p. 177 ss.; F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico*, Torino, 2006.

<sup>48</sup> Si ricordi che la necessità del consenso del paziente all'attività medica trova il suo fondamento normativo non solo nella Costituzione, ma anche in numerose disposizioni, quali: l'art. 41 della l. 26 giugno 1967, n. 458; l'art. 14 della l. 22 maggio 1978, n. 194; l'art. 33, comma 1 e 5 della l. 23 dicembre 1978, n. 833; l'art. 2 della l. 14 aprile 1982, n. 164 e, più recentemente, l'art. 5, commi 3 e 4, l. 5 giugno 1990, n. 135. Sul punto, cfr. M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 85 ss. Quanto alle fonti sovranazionali, quali la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 del Consiglio di Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata in Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145 (il testo è in *G.U.*, Serie gen., n. 95 del 25 aprile 2001) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, stilata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evidenzia come il consenso libero e informato sia un diritto fondamentale del cittadino europeo (per tutte, le ricorda Cass. civ., 16 ottobre, 2007, n. 21748, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 10 ss.). Tra i tanti provvedimenti giudiziali, v. si Cass. civ., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno e resp.*, 2012, 6, p. 621 ss., con nota di V. Montani, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*; Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. e Giust.*, 2009, con nota di M. Fusco; Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 10 ss. Ancora si rinvia a Cass. civ., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1039 ss., per cui “l'attività medica trova fondamento e giustificazione, nell'ordinamento giuridico, non tanto nel consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 51 c.p., come si riteneva nel passato, poiché tale opinione, di per sé, contrasterebbe con l'art. 5 c.c., in tema di divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, ma in quanto essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, qual è quello della salute”. Per la giurisprudenza di merito, v. si Trib. Milano, 29 marzo 2005, n. 3520, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 1, p. 34 ss.

<sup>49</sup> Il riferimento è a Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, I, p. 1328 ss.



all'autodeterminazione ed alla salute"<sup>50</sup>. Perché "se è vero", afferma il giudice delle leggi, "che ogni individuo ha diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura ed ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto"<sup>51</sup>.

Va da sé, pertanto, stabilire quale sia il bene protetto dal consenso informato. In risposta alla c.d. *patient-centered medicine*<sup>52</sup>, il Supremo Collegio, allorché afferma - *rectius* conferma<sup>53</sup> - che il paziente, "a causa del *deficit* di informazione non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni", discetta di diritto, sempre più incomprimibile, all'autodeterminazione. Di guisa che, è possibile aderire all'orientamento per cui, richiamare la funzione di "sintesi tra i due diritti all'autodeterminazione ed alla salute" - come, sia pur *per relationem*, si legge, nella sentenza in esame - significherebbe invocare una soluzione intermedia che pare essere ascritta ad una sorta di pigrizia interpretativa della Corte costituzionale<sup>54</sup>.

Orbene, se la pronuncia che si annota si apprezza per chiarezza, quanto alla situazione protetta, non lo stesso è a dirsi per la questione della titolarità della stessa. Risolta, quest'ultima, al più, in termini di equazione, tra "la titolarità del bene supremo vita" e quella "alla valutazione comparativa del bilancio rischi-vantaggi". Peraltro, se il consenso deve essere, oltre che informato, anche personalissimo, allora, è da definire altresì la problematica della minore età della paziente, tutte le volte in cui si scelga di ritenere che "chi consente al contratto di cura non consente ancora al trattamento"<sup>55</sup>. La tematica è di non poco momento, sol che si consideri quanto sia controversa, in dottrina, la natura giuridica del consenso. Per taluni, negozio giuridico<sup>56</sup>, per altri, atto giuridico in senso stretto<sup>57</sup>,

---

<sup>50</sup> In virtù della funzione di sintetizzazione del consenso, discorre del valore "fondativo" dello stesso, S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà-M. Tallacchini, *Ambito e fonti del Biodiritto*, in S. Rodotà-P. Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, p. 199.

<sup>51</sup> Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, cit.

<sup>52</sup> Laddove il paziente è posto al centro della relazione terapeutica.

<sup>53</sup> Si tratta di principi di diritto già esposti in Cass. civ., 28 luglio 2011, n. 16543, cit.

<sup>54</sup> Riflessioni di D. MORANA, *A proposito del trattamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, p. 4970 ss.

<sup>55</sup> Si tratta delle osservazioni di G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 953 e di A. M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., p. 188. Sul punto, v. si anche G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, cit., p. 66.

<sup>56</sup> Cfr. C. M. D'ARRIGO, *Autonomia privata ed integrità fisica*, Milano, 1999.

<sup>57</sup> Per alcuni aspetti v. si S. Cacace, *Contenuti e funzioni del consenso informato: autodeterminazione individuale e responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 866 ss., (nota a Trib. Venezia, 4 ottobre 2004); G. PASSACANTANDO, *Il principio del consenso e l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, pt. 1, p. 67 ss.; G. BARBUTO, *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 327 ss.



dichiarazione non negoziale<sup>58</sup>, e via enumerando<sup>59</sup>. Viene altresì in rilievo il dibattito tra l'orientamento tradizionale, che ritiene necessaria la capacità di agire<sup>60</sup>, e coloro che, invece, tendono ad anticiparla “per quanto attiene alla disponibilità del corpo”<sup>61</sup>, e, quanti, ancora, riconoscono libertà di scelta al minore che abbia raggiunto “una certa maturità di giudizio”<sup>62</sup>, che “possieda in concreto la capacità di intendere e di volere”<sup>63</sup> o di fatto<sup>64</sup>.

La soluzione al quesito può avere duplice matrice. La prima, ancora una volta, nel dettato normativo. Segnatamente, l'art. 37, comma 1, del codice deontologico medico, afferma che “allorché si tratti di minore (...) il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici (...) deve essere espresso dal rappresentante legale”<sup>65</sup>. Il comma 5 dell'art. 35 del precitato codice e l'art. 6 della Convenzione di Oviedo prescrivono che si tenga in adeguata considerazione l'opinione del minore che abbia una certa maturità di giudizio. La seconda, di ordine generale, è ascrivibile al processo di “depatrimonializzazione del diritto

---

<sup>58</sup> Poiché non determina nessun effetto impegnativo per il paziente, come rilevato da A. Scalisi, *Il consenso del paziente al trattamento medico*, in *Riv. dir. fam. pers.*, 1993, p. 442 ss.

<sup>59</sup> Per G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 949, “espressione di intenti finalizzata a rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'egire del medico sulla persona del malato”. “Atto di volontà unilaterale che non va a coniugarsi con un'altra volontà in un accordo” per C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., p. 1038. Negozio giuridico *sui generis*, “per non rinunciare a meccanismi uniformi di tutela dal punto di vista della capacità, della libertà o del corretto formarsi del volere”, per U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit., p. 166

<sup>60</sup> Si rinvia a G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, p. 59. G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 955, già sosteneva che, mancando una norma espressa in materia, si dovesse fare riferimento all'art. 2 c.c.

<sup>61</sup> Così, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. IV, Tomo 1, Milano, p. 128.

<sup>62</sup> Il riferimento è a V. ZAMBRANO, P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit., p. 266, per i quali il consenso è un atto volitivo di natura personale, il che porta ad escludere che si debba necessariamente fare riferimento alla capacità legale. Cfr. sul punto, A. FIORI, *Il consenso nel trattamento dei pazienti minori od incapaci*, in *Med. leg. resp. medica*, Milano, 1999, p. 13 ss.

<sup>63</sup> Sul punto, cfr. M. GORGONI, “La “stagione” del consenso e dell'informazione: strumenti di diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione”, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 2, p. 488 ss. Per l'Autrice, superata la fase prodromica, relativa alla conclusione del contratto di ospitalità con la struttura sanitaria, allorquando viene in rilievo la capacità di agire, “la matrice patrimonialistica del codice civile che ha ispirato l'istituto della capacità di cui all'art. 2 c.c. cede il passo all'affiorare delle componenti e degli interessi di natura esistenziale (...) ed il dato formale della capacità di agire viene integrato (più che sostituito) dalla considerazione del concreto possesso da parte del paziente o dell'interessato della capacità di intendere e di volere, quale parametro alla cui stregua valutare la rilevanza degli atti tra vivi aventi contenuto personale”.

<sup>64</sup> V. si U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit., p. 414.

<sup>65</sup> Sul punto, si rinvia all'analisi prospettata da A. LIUZZI, *Trattamenti sanitari su minore tra consenso dell'interessato e potestà genitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 557 ss.



privato”<sup>66</sup>: per le situazioni giuridiche soggettive personali, non ha motivo di esistere la distinzione tra titolarità del diritto ed il suo esercizio, né la suddivisione degli individui in classi di età. La persona, in quanto valore, va tutelata nella sua dignità e nella sua unitarietà. Considerare, infatti, la minore, ove capace di autodeterminarsi responsabilmente, incapace, risulta condivisibile solo con riguardo alle scelte di carattere patrimoniale: qui, la conclusione del contratto di cura. Non lo stesso è a dirsi per quelle di natura esistenziale<sup>67</sup> come, nel caso in esame, l'intervento di tonsillectomia.

5. Il Supremo Collegio desume il tema decisionale dall'essere, la domanda risarcitoria, basata sulla mancata prestazione del consenso informato. Ipotesi, questa, in cui possono, di norma, prospettarsi tre situazioni: la presenza di un errore medico cui segua un danno alla salute; un comportamento corretto del sanitario ma la sussistenza di un danno biologico; l'assenza, sia di errore medico che di danno alla salute<sup>68</sup>. L'ultima opzione, in parte riscontrabile nel caso in esame, è forse la più complessa: il comportamento del medico è corretto, non c'è un danno alla salute, *rectius* non c'è nesso di causalità tra il danno e l'operato del sanitario. La morte della minore, infatti, trovò la sua causa “nella concomitanza di due eventi (...) straordinari”, “imprevedibili” che, una volta verificatisi, escludono il nesso di causalità tra intervento chirurgico ed evento lesivo. In tema di responsabilità medica, come noto, occorre valutare se il medico abbia causato direttamente l'evento o se questo si sia prodotto in virtù dell'autonoma interferenza di intricati meccanismi biologici<sup>69</sup>.

La questione trasmigra, quindi, dall'assenza di responsabilità per l'evento morte, alla violazione del consenso informato, in sé e per sé<sup>70</sup>, in quanto “autonoma responsabilità

---

<sup>66</sup> Processo al quale si deve la nuova lettura degli istituti del diritto civile in chiave non esclusivamente economica, ma maggiormente attenta ai valori esistenziali. In questo senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 114 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit. p. 94.

<sup>67</sup> Per tutti e tra i primi, P. STANZIONE, *ult. op. cit.*; ID, “Minorità” e tutela della persona umana, cit. p. 758 ss.; ID, *Interesse del minore e affidamenti familiari*, in *Casi e questioni di diritto privato*, Salerno, 1994, p. 71 ss.; ID, *Interesse del minore e “Statuto” dei suoi diritti*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 351 ss.; ID, *La tutela dei soggetti deboli*, Roma 2004, p. 17 ss. Sul punto, cfr. anche P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Camerino-Napoli, 1983, p. 173 ss.

<sup>68</sup> Si tratta della classificazione operata da V. Montani, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, cit., p. 621 ss.

<sup>69</sup> Così, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit., p. 211. Fra i numerosi interventi sul nesso di causalità in responsabilità sanitaria v. si L. NOCCO, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2012, 10, p. 949 ss.; G. IADECOLA, *La causalità nella responsabilità civile del medico*, in *Giur. merito*, 2010, p. 2057 ss.; A. FIORI, *Ipotesi di linea guida per l'accertamento medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 405 ss.

<sup>70</sup> Sul tema della violazione del consenso informato, v. si, più di recente, M. GERBI, I. SARDELLA, *Il danno alla persona derivante da attività sanitarie*, in *Danno e resp.*, 2013, 12, p. 1221 ss.; R. DI CRISTO, *Il difetto di consenso al*





medica”<sup>71</sup>. L’ *empowerment* del malato, infatti, integra una parte tipica della prestazione medica, per cui il sanitario che non informa e che non raccoglie il consenso, non esegue bene la propria prestazione professionale, violando, così, le regole dell’arte medica e, per l’effetto, ponendo in essere un comportamento non conforme al parametro della diligenza di cui all’art. 1176, comma 2, c.c. A ritenersi altrimenti, la violazione del consenso del paziente troverebbe tutela solo allorché il trattamento sanitario abbia avuto un esito infausto: come a dire che, per risarcire un danno, se ne dovrebbero verificare almeno due<sup>72</sup>. La correttezza dell’esecuzione dell’intervento chirurgico, *absque pactis*, come per la giurisprudenza, italiana<sup>73</sup> e di *common law*<sup>74</sup>, anche per il Supremo Collegio, “non assume

---

*trattamento medico sanitario*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 4, p. 275 ss.; S. DROGHETTI, *La risarcibilità dei danni derivanti da un trattamento medico necessario e correttamente eseguito, in difetto, però, di consenso del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 8-9, p. 616 ss.; F. R. FANTETTI, *Consenso informato e responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 92; G. Facci, *Brevi osservazioni in tema di funzione riparatoria della responsabilità civile e violazione del sanitario del dovere di informazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2, p. 408 ss. (nota a Trib. Milano, 8 giugno 2007). In giurisprudenza, v. si Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Dir. e Giust.*, 2010; Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Il civilista*, 2010, 2, p. 86 ss.; Cass. civ., 28 novembre 2007, n. 24742, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 11. Più risalente nel tempo, Cass. civ., 29 marzo 1976, n. 1132, in *Foro it.*, 1976, I, p. 745 ss.

<sup>71</sup> L’espressione è utilizzata da N. CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, cit., p. 38 ss. La Suprema Corte aderisce alla giurisprudenza che consente il risarcimento per il solo mancato consenso informato. Così, Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, cit. Per la giurisprudenza di merito, v. si App. Roma, 19 marzo 2013, in *www.leggiditalia.it*; Trib. Latina, 28 giugno 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 4, p. 1359 ss., con nota di M. Fontana Vita Della Corte, *Lesione all’autodeterminazione procreativa per la nascita di un figlio sano e non voluto*; Trib. Paola, 15 maggio 2007, n. 462, in *Corti calabresi (Le)*, 2008, 1, p. 140 ss.; Trib. Viterbo, 27 novembre 2006, in *Guida al dir.*, 2007, p. 39 ss. In legittimità, si rinvia a Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Dir. e Giust.*, 2006, 15, p. 23 ss., con nota di A. Puliatti, *Malati terminali e consenso informato. Il medico non è esonerato dagli obblighi*; Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1432 ss., che si segnala quale *leading case* in tema di rilevanza degli obblighi di informazione. In dottrina, cfr. A. Di Majo, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 1201 ss. (nota a Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.). *Contra*, Trib. Milano, 4 marzo 2008, n. 2847, in *Giustizia a Milano*, 2008, 3, p. 18 ss.; Trib. Milano, 29 marzo 2005, n. 3520, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 1, p. 34 ss. Il risarcimento è ammesso solo in caso di danni eziologicamente collegati all’inadempimento, per Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, cit.; App. Milano, 2 ottobre 2002, in *Gius.*, 2003, 8, p. 876 ss. In dottrina, v. si G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 957.

<sup>72</sup> Così, N. CALLIPARI, *ult. op. cit.*, p. 41.

<sup>73</sup> Sul punto, si rinvia a Cass. civ., 31 gennaio 2013, n. 2253, in *Ragusan*, 2013, 351, p. 139; Cass. civ., 30 marzo 2011, n. 7237, in *Dir. e Giust.*, 2011; Cass. civ. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1039 ss.; Cass. civ., 6 ottobre 1997, n. 9705, cit.; Cass. civ., 24 settembre 1997, n. 9374, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 78 ss., con nota di C. Martorana, *Brevi osservazioni su responsabilità professionale ed obbligo d’informazione*; Cass. civ., 8 settembre 1994, n. 6464, in *Giur. It.*, I, p. 790 ss.; Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394, cit.

<sup>74</sup> Il rinvio è alla sentenza *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board Trustees*. Per la giurisprudenza inglese ed americana, “in assenza di consenso informato, il medico incorre in responsabilità, indipendentemente dal fatto



alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito". Se si conclude per la violazione del diritto all'autodeterminazione, del tutto consequenziale è ritenere che non vi sia bisogno dell'esito infausto, essendo il danno rappresentato dalla perdita della possibilità di accettare il trattamento<sup>75</sup>.

Dalla violazione dell'obbligo contrattuale di informare discende la correlativa responsabilità della medesima natura<sup>76</sup>, "a carico del sanitario (e di riflesso per la struttura cui egli agisce)". Il che equivale a dire che l'ente ospedaliero, di là dall'eventuale responsabilità diretta per inadempimento delle obbligazioni assunte in proprio con il contratto di cura, risponde anche del fatto dei sanitari, della cui opera si avvale, ai sensi dell'art. 1228 c.c.<sup>77</sup>. La Corte interpreta la tendenza per cui, alla tradizionale espressione "responsabilità del medico", riflesso della relazione personale medico-paziente, si affianca un nuovo oggetto di indagine, costituito dalla "responsabilità medica" o, ancora, più in generale, dalla "responsabilità sanitaria", in modo da ricomprendere attività e soggetti riconducibili alla prestazione di attività diagnostiche e terapeutiche<sup>78</sup>. Di guisa che, l'obbligo di informazione non sia più solo stretta pertinenza del medico, ma un problema di organizzazione, una posta autonoma del bilancio che necessita di esser coperta dalla struttura con mezzi e personale<sup>79</sup>.

---

che l'intervento abbia avuto un esito fausto o infausto e, soprattutto, a prescindere dal rispetto o meno delle regole dell'arte".

<sup>75</sup> Considerazioni di V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, in P. Stanzone, S. Sica (a cura di), *Professioni e responsabilità civile*, Bologna-Roma, 2006, p. 1053. Cfr. G. GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2135 ss.

<sup>76</sup> La Corte si uniforma alla dottrina che colloca la responsabilità medica "nei più sicuri binari offerti dagli artt. 1218 ss. c.c.". Sul punto, P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit., p. 306. V. si, anche, R. De Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, 2007; P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 391 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 326 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 500 ss.; G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 315 ss. Per i profili di diritto comparato, v. si V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 237 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Le "responsabilità speciali"*, Napoli, 1994. In giurisprudenza, v. si Cass. civ., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 4; Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 6, p. 1223 ss.; Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10297, 2005, p. 26 ss., con nota di R. De Matteis, *La responsabilità medica ad una svolta?*; Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, 1999, p. 294 ss., con nota di V. Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; Cass. civ., 27 luglio 1998, n. 7336, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 996 ss.; negli stessi termini, anche Cass. civ., 11 aprile 1995, n. 4152, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 1073 ss. e Cass. civ., 17 maggio 1993, n. 5929, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce "Professioni intellettuali", n. 114.

<sup>77</sup> Così, Cass. civ., S. U., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; Cass. civ., 14 giugno 2007, n. 13953, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6; Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, cit.; Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 6, p. 1223 ss.

<sup>78</sup> Per cui "il regime della responsabilità medica si può configurare come un sistema composito". Il riferimento è a G. Alpa, *La responsabilità medica*, cit., p. 315.

<sup>79</sup> Come osserva N. CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, cit., p. 100.



Inoltre, dall'inquadramento della responsabilità medica nell'alveo degli artt. 1218 ss. c.c., derivano importanti risvolti sul piano del c.d. "specchio delle regole probatorie"<sup>80</sup>. L'illustrazione al paziente della dinamica del trattamento sanitario o dell'operazione con le possibili conseguenze, al fine di ottenere il suo consenso, costituisce un'obbligazione, il cui adempimento, deve essere provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente, e, dunque, dal medico, di fronte all'allegazione di inadempimento dell'obbligo di informazione da parte del paziente<sup>81</sup>. All'uopo, assumono rilievo, la seconda e la terza doglianza avanzate dai ricorrenti. Questi ultimi, infatti, hanno censurato la sentenza impugnata "nella parte in cui la Corte di Appello non ha adeguatamente motivato sul fatto che dalla cartella clinica non emergerebbe alcuna documentazione comprovante l'avvenuta informazione sui rischi dell'intervento (...) né sugli eventi postoperatori che hanno determinato il decesso della minore".

Dalle pregresse argomentazioni si evince che la responsabilità del professionista e, quindi, dell'Azienda ospedaliera, per i due giudici aditi, dipenda dall'espandersi o dal restringersi del contenuto dell'obbligo informativo. Eppure, tale conclusione può disvelarsi viziata da un errore interpretativo. La Suprema Corte, infatti, nel pronunciare l'accoglimento del ricorso, è piuttosto contraddittoria nell'affermare che "la sentenza impugnata deve essere cassata, in quanto ha fatto riferimento, in modo non corretto, ad una *regula iuris* diversa". Si ritiene, a riprova di quanto esposto, che più che di regola giuridica "diversa", si debba discorrere, di "scorretta interpretazione", da parte del giudice di seconde cure, della "medesima" *regula iuris*. Del resto, solo apparentemente, la questione della "necessarietà o meno" dell'informativa circa "l'evento eccezionale poi verificatosi", costituisce il *punctum discriminis* tra il giudizio di merito e quello di legittimità. Nella sentenza in commento, si legge, infatti, che "il tema decisionale riguarda un caso di omessa acquisizione di consenso informato, in sé e per sé". Pregiudiziale, quest'ultimo, quindi, al dovere di informazione circa l'evento eccezionale poi verificatosi.

6. Si è ben lontani, con il *decisum* che si annota, dall'orientamento per cui il consenso informato rilevarebbe sol nel rapporto medico-paziente e non andrebbe inquadrato tra i diritti assoluti ed inviolabili della persona, per definizione indisponibili, ma tra quelli relativi

---

<sup>80</sup> Il virgolettato riproduce l'osservazione di A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., p. 878.

<sup>81</sup> Quanto all'onere della prova, il regime è quello già dedotto in materia da Cass. civ., S. U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2002, 3, p. 318 ss., ora applicato dalla giurisprudenza anche ai contratti aventi a oggetto prestazioni sanitarie. Cfr. anche, Cass. civ., 19 maggio 2011, n. 1005, in *Danno e resp.*, 2012, 5, p. 515 ss., con nota di V. Montani; Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit. Cfr., anche Cass. civ., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Mass. Foro it.*, 2001; Cass. civ., 6 ottobre 1997, n. 9705, cit. Per la giurisprudenza di merito, v. si Trib. Roma, 19 settembre 2012, in *www.leggiditalia.it*; Trib. Bari, 19 ottobre 2010, n. 3135, in *Giur. merito*, 2011, 5, p. 1276 ss.



e di credito, pertanto, rinunciabili<sup>82</sup>. Per la Corte di Cassazione, infatti, a causa del *deficit* di informazione, il paziente “non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni”. Ma vi è di più. Il giudicante realizza, in modo pressoché semplicistico, l’equazione tra difetto di consenso informato e lesione della dignità, allorché afferma che, a causa della violazione del diritto all’autodeterminazione, si è consumata, nei confronti della minore, una “lesione di quella dignità<sup>83</sup> che connota l’esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica”<sup>84</sup>. Il che può voler significare che ogni lesione dell’autodeterminazione alle cure mediche configuri anche violazione della dignità.

La sentenza in esame incorre, così, nel rischio di banalizzare<sup>85</sup> il valore supercostituzionale<sup>86</sup> della dignità. Nozione, questa, coincidente con i concetti di libertà<sup>87</sup>,

---

<sup>82</sup> Così, A. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 4. Cfr. F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell’attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 711; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 373.

<sup>83</sup> La dignità ha trovato consacrazione anche a livello internazionale nell’articolo 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla biomedicina del 12 gennaio 1998, n. 168, per cui “parti firmatarie della presente Convenzione proteggono la dignità e l’identità di tutti gli esseri umani”. Si ricordi che il Trattato di Lisbona ha inserito l’art. 1 *bis*, a norma del quale “l’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana (...)”. Ancora, si pensi all’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, rubricata “Dignità”, per il quale “la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”. Riflette sulla circostanza che la dignità sia collocata al vertice del catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali sanciti dalla carta di Nizza, G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 7.

<sup>84</sup> Si richiamano, così, le parole di Cass. civ., 31 gennaio 2013, n. 2253, cit.; Cass. civ., 27 novembre 2012, n. 20984, cit. e Cass. civ., 28 luglio 2011, n. 16543, cit.

<sup>85</sup> Riflette sulla tendenza alla “banalizzazione” della dignità, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, IV, p. 827.

<sup>86</sup> “Nei confronti delle libertà positivamente protette e degli stessi diritti inviolabili dell’uomo”. Il riferimento è, soprattutto, a Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, p. 1921. Sul punto, v. si anche F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in A. S. Agrò, F. Modugno, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1991. Cfr. P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, cit., p. 7. Sul tema, si rinvia anche alle osservazioni di F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, p. 10 ss. In merito, cfr. anche il parere del *Praesidium* nelle “Spiegazioni aggiornate relative al testo della Carta fondamentale dei diritti”, *sub art. 1*, per cui “la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali”. In merito, v. si la Carta di Helsinki, che promuove “l’esercizio effettivo delle libertà e dei diritti civili, politici, economici e culturali che derivano tutti dalla dignità inerente alla persona umana”. “Elemento precursore dell’argomentazione in senso logico o assiologico”, per L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, p. 761 ss. Riflette sulla dignità in termini di “premessa antropologico-culturale dello stato costituzionale”, P. P. PORTINARO, *La dignità dell’uomo messa a dura prova*, in AA. VV., *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale*, a cura di A. Argiroffi, P. Becchi e D. Anselmo, Roma, 2008, p. 221. Il tema della dignità, per i fini che qui interessano, è trattato anche in *Dignità*, in



qualità<sup>88</sup>, vita<sup>89</sup>, salute<sup>90</sup>, diritto inviolabile dell'uomo<sup>91</sup>, eguaglianza<sup>92</sup>, sicurezza<sup>93</sup>, incolumità<sup>94</sup>, intimità psichica<sup>95</sup>, reputazione<sup>96</sup>, prestigio<sup>97</sup>, decoro<sup>98</sup>, intesi complessivamente<sup>99</sup>. Indubbiamente, la posizione della Corte di legittimità trova una certa giustificazione - *rectius* spiegazione - in argomentazioni di carattere storico e politico, prima ancora che giuridico. Nella letteratura giuridica italiana, infatti, il tema della dignità è rimasto a lungo latente, forse, per la scelta, operata in Assemblea costituente, di non solennizzare la garanzia di tutela e di inviolabilità della dignità umana in uno specifico articolo<sup>100</sup>. Sul punto, giova indugiare, sia pur brevemente, sull'esperienza comparatistica. Il pensiero corre, innanzitutto, a quella tedesca, laddove, con la sola parola *Menschenwürde*, ci si riferisce alla dignità umana. Il comma 1 dell'art. 1 del *Grundgesetz* recita: "La dignità umana è intangibile.

---

*Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, diretta da E. Sgreccia e A. Tarantino, vol. IV, Napoli-Roma, ESI, 2011, p. 283 ss. Ancora, in dottrina, si discute di "principio costituzionale supremo", "fondamento aggregante di tutti i diritti fondamentali consacrati nella Costituzione". Così, F. D. BUSNELLI, E. PALMERINI, voce "Clonazione", in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2000, p. 142 ss. Sulla natura giuridica della dignità, v. si G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 415 ss. ID, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3, p. 25, per il quale la stessa sarebbe "insieme valore e principio", nonché "limite, emblema". Per G. RESTA, *ult. op. cit.*, p. 819, si tratterebbe di una "clausola generale".

<sup>87</sup> V. si, sul punto, Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561, cit. e Corte cost., 10 marzo 1983, n. 46, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2096.

<sup>88</sup> Cfr. Corte cost., 25 giugno 1981, n. 108, in *Dir. eccl.*, 1982, II, p. 148, laddove la Corte parla del portatore "della qualità e della dignità di essere umano".

<sup>89</sup> V. si Corte cost., 13 febbraio 1985, n. 37, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, p. 42.

<sup>90</sup> Cfr., Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 479, in *Giur. cost.*, 1987, fasc. 12.

<sup>91</sup> V. si Corte cost., 14 luglio 1976, n. 189, in *www.leggiditalia.it*.

<sup>92</sup> Riflette sulla distinzione tra eguaglianza e pari dignità sociale, fra gli altri, A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, p. 117 ss.

<sup>93</sup> Cfr., Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 479, cit.

<sup>94</sup> V. si Corte cost., 24 marzo 1986, n. 54, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, p. 220.

<sup>95</sup> Corte cost., 24 marzo 1986, n. 54, cit.

<sup>96</sup> Cfr., Corte cost., 3 dicembre 1987, n. 457, in *Giur. cost.*, 1987, fasc. 12 e Corte cost., 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, p. 1361.

<sup>97</sup> Cfr. Corte cost., 8 giugno 1981, n. 100, cit.

<sup>98</sup> V. si Corte cost., 4 maggio 1984, n. 137, in *Foro it.*, 1984, I, p. 1775.

<sup>99</sup> Osservazioni di A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 345.

<sup>100</sup> Tuttavia, quando ci si appresta ad analizzare l'ordinamento costituzionale italiano, l'uso del termine dignità ricorre nei seguenti casi: l'art. 3, I comma, si riferisce alla "pari dignità sociale", di tutti i cittadini; l'art. 36, I comma, ove si sostiene che il lavoratore ha diritto ad una retribuzione tale da "assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa"; l'art. 41, II comma, ove si afferma che l'attività economica privata non può svolgersi "in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".



Rispettarla e difenderla è dovere di ogni potere dello Stato”<sup>101</sup>. Si richiamino anche la Costituzione del Portogallo, che all’art. 1 stabilisce che “il Portogallo è una Repubblica sovrana fondata sui principi della dignità umana e della volontà del popolo”, l’art. 10, comma 1 della Costituzione spagnola, secondo cui “la dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa inerenti (...) sono il fondamento dell’ordine politico e della pace sociale” e, ancora, l’art. 7 della Costituzione svizzera, per cui “la dignità della persona va rispettata e protetta”. Nell’ordinamento giuridico francese, invece, dottrina e giurisprudenza danno per scontata l’esistenza di tale valore traendola da espressioni assai vaghe e contenute nel preambolo della Costituzione del 1946. Di dignità, invero, si discorre in modo esplicito nell’art. 16 *code civil* ed espressa consacrazione del principio si è avuta, come noto, nel 1994, ad opera del *Conseil constitutionnel*, che ha discusso di “principio di rilevanza costituzionale iscritto nel sistema”<sup>102</sup>. Orbene, a dispetto di tali esplicite consacrazioni costituzionali, nell’ordinamento giuridico italiano, è solo il richiamato art. 32 Cost., nella parte in cui afferma che “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, che racchiude, come asserito da autorevole dottrina, una sorta di *habeas corpus*<sup>103</sup>, con il quale l’autodeterminazione trova il suo fondamento e l’invulnerabilità della dignità della persona si concretizza<sup>104</sup>.

Da qui, è dato ritenere che la Suprema Corte, anche in virtù della forte matrice personalista dell’intero testo costituzionale, abbia correttamente inteso, con il termine dignità, lo “strumento che conferisce a ciascuno il diritto al rispetto inerente alla qualità di uomo”<sup>105</sup>, ma ne abbia, poi, nel caso in esame, forzato l’ambito applicativo. V’è da chiedersi,

---

<sup>101</sup> Per un confronto tra la Costituzione italiana e quella tedesca con specifico riguardo al tema della dignità si rinvia a P. BECCHI, *Die italienische verfassungsrechtliche Variante im Vergleich zur deutschen*, in *Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte*, a cura di G. Bruder Müller e K. Seelmann, Würzburg, Königshausen und Neumann, 2008, p. 107 ss. In una versione integralmente rielaborata, ID, *La dignità umana nel Grundgesetz e nella Costituzione italiana*, in *Ragion pratica*, 2012, 6, contenente una sezione monografica dedicata alla dignità umana.

<sup>102</sup> Così, *Conseil constitutionnel*, Decisione n. 94-343/344 DC, del 27 luglio 1994.

<sup>103</sup> Così, S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, cit. p. 176. Il riferimento è all’*habeas corpus* della Magna Charta del 1215, all’antica promessa che il re fa ad ogni “uomo libero”: “non metteremo né faremo mettere la mano su di lui, se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese”.

<sup>104</sup> Si rinvia a S. RODOTÀ, *Antropologia dell’uomo dignus. Lezione tenuta nell’Aula Magna dell’Università di Macerata il 6 ottobre 2010 in occasione del conferimento della Laurea honoris causa*. V. si anche ID, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, cit., p. 169; P. Zatti, *Note sulla semantica della dignità*, in ID., *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, p. 299. Del resto, il riferimento, di cui all’art. 32 Cost., che in senso letterale, sembra richiamarsi al valore costituzionale della persona, è in realtà frutto di una correzione del Comitato di redazione della Costituzione, il quale ha modificato un testo che all’origine contemplava la previsione della dignità umana. Osservazioni di L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona*, cit., p. 773.

<sup>105</sup> In questi termini, nel definire la “pari dignità sociale”, P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, cit., p. 15. Bene che ciascuno possiede per il semplice fatto di essere uomo ma che, nello stesso tempo, può



dunque, quali siano le *rationes* che hanno condotto il Supremo giudicante a ravvisare, nella lesione del valore supercostituzionale della dignità, la diretta scaturigine dell'inadempimento contrattuale da parte del sanitario. All'uopo, giova indicare le basi dottrinali e giurisprudenziali su cui la Corte di legittimità ha, auspicabilmente, poggiato il proprio ragionamento. La conclusione degli Ermellini si pone in aderenza, da un lato, all'autorevole dottrina per cui la dignità trova nella persona il luogo della sua determinazione, in modo da porre ciascuno nella condizione di determinare liberamente il proprio progetto di vita, segnando limiti di ogni altro potere<sup>106</sup>. Dall'altro, alla giurisprudenza di merito, che ha prospettato un esplicito riferimento agli artt. 5, l. 145/2001<sup>107</sup>, e 3<sup>108</sup>, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da cui deriva che un intervento in campo medico possa essere realizzato solo dopo che la persona abbia prestato il consenso libero ed informato. Orbene, se, da un lato, da siffatto combinato disposto discenderebbe, *prima facie*, l'esistenza di un rapporto di strumentalità tra il consenso informato e l'attività sanitaria, per altro verso, è la denominazione del titolo, che ospita l'art. 3, a rendere manifesto il bene giuridico che viene offeso nel caso in cui l'attività medica non sia stata preceduta da adeguati informazione e consenso: la dignità umana. Il che val quanto dire, allora, che sussista un rapporto di strumentalità necessaria tra l'informazione che l'operatore sanitario deve trasferire al paziente, per consentirgli scelte consapevoli, e la salvaguardia del valore della dignità. Se, come detto, la dignità umana si traduce nel diritto dell'uomo ad essere rispettato e riconosciuto come persona, allora, il non aver informato la paziente, avrebbe comportato una dequalificazione del malato, da persona, ad oggetto<sup>109</sup>, dei trattamenti sanitari, ledendone, così, la dignità. Da qui, la giurisprudenza di merito - e, di riflesso, la Cassazione,

---

perdere ove la condizione in cui si venisse a trovare non fosse più umana, per A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit., p. 345. Strumento che, in quanto tale, è riconoscibile nel singolo soggetto solo se e nella misura in cui l'umanità dello stesso non è sottoposta a qualsivoglia degradazione. Del resto, è proprio la Corte cost., con sentenza 25 giugno 1980, n. 99, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 767, in relazione all'idea di "dignità del soggetto", a parlare di un'eventuale "degradazione giuridica".

<sup>106</sup> S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, cit. p. 179 ss. Già G. PICO DELLA MIRANDOLA, nella sua *Oratio de hominis dignitate*, affermava che "la dignità dell'uomo risiede nell'ottenere ciò che desidera, nell'essere ciò che vuole".

<sup>107</sup> Per cui "un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato".

<sup>108</sup> Che, nel titolo dedicato alla dignità, precisa che "nell'ambito della medicina e della biologia, deve essere rispettato il consenso libero ed informato della persona interessata".

<sup>109</sup> Si ricordi che il concetto di dignità umana è frequentemente associato alla massima morale offerta da Kant secondo cui si deve agire in modo da considerare l'umanità, sia nella propria persona, sia nella persona di ogni altro "sempre anche al tempo stesso come scopo e mai come semplice mezzo". Sul punto, v. si I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, in *Kant's gesammelte Schriften*, hrsg. v. der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, vol. IV, Berlin, Reimer, 1903, p. 429, ; trad. it. di V. Mathieu, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, Rusconi, 1994, p. 149.



nel caso in esame - alludono, con “consenso informato”, in modo ellittico, anche alla protezione della dignità. Non solo, quindi, dell'autodeterminazione alle cure mediche<sup>110</sup>.

Il ragionamento seguito - sia pur *per relationem* - dal Supremo Collegio, tuttavia, non appare conferente al caso in analisi. Sì che risulta eccessiva la posizione del giudicante, allorquando, al fine di argomentare la lesione della dignità umana da inadempimento contrattuale, impone al giurista una vera e propria opera di reificazione della persona. Registrabile, quest'ultima, in ipotesi ben più delicate di quella in esame. Si pensi alla competizione nota come *dwarf tossing* - “lancio del nano” - nata in Australia e da lì diffusasi negli USA e in altri paesi. Lo spettacolo, consistente nel lanciare il più lontano possibile, come se fosse un “proiettile umano”, una persona affetta da nanismo, per i giudici<sup>111</sup>, risulta lesivo della dignità umana. La persona, che soffre di un *handicap*<sup>112</sup>, infatti, viene trattata alla stregua di un “attrezzo sportivo” e, dunque, di un oggetto<sup>113</sup>. Come obliterare, poi, nel

---

<sup>110</sup> Si tratta della ricostruzione di Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, p. 537, con commento di A. Lanotte, *L'obbligo d'informazione: adempimento di un “dovere burocratico”?*. Cfr. anche, Tribunale di Viterbo, 27 novembre 2006, in *Guida al dir.*, 2007, n. 3, p. 39 con commento di A. Micali, *Il paziente deve essere consapevole dei rischi dell'intervento chirurgico*.

<sup>111</sup> Si segnala la decisione del VG Neustadt, 21 maggio 1992, in *NVwZ*, 1993, p. 98, che ha inibito lo svolgimento del *Zwergeinwurf* (“lancio dei nani”), proprio sulla base del § 33 GewO, interpretato alla luce dell'art. 1 Abs. 1 GG. Con due pronunce del 27 ottobre del 1995, anche il Consiglio di Stato francese ha ritenuto il fenomeno lesivo della dignità umana. Precisamente, “*un contentieux fort médiatisé dont les étudiants des facultés de droit ne cessent de débattre depuis quelques années*”. Per Consiglio di Stato, il lancio del nano porta a “*utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle*” e così implica “*atteinte, par son objet même, à la dignité de la personne humaine*”. Sul punto, cfr. M. Levinet, *Dignité contre dignité: l'épilogue de l'affaire du «lancer de nains» devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 55, 2003, p. 1024 ss.

<sup>112</sup> Sulla rilevanza della dignità, a proposito dei portatori di *handicap*, nell'ordinamento giuridico italiano, si rinvia a Corte cost., 22 giugno 1989, n. 346, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1767. In dottrina, v. si P. PERLINGIERI, *La dignità dell'andicappato*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 221.

<sup>113</sup> Paradigmatica, ancora, è la sentenza, considerata “il punto di riferimento in tema di tutela della dignità nell'Unione europea”, come sottolineato da G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, p. 55. Si tratta del cosiddetto “caso Omega” (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 ottobre 2004, C-36/02). In questione, era un gioco che avveniva in una speciale arena in cui i partecipanti simulavano omicidi attraverso l'utilizzo di pistole a raggi infrarossi. Le autorità amministrative e giudiziarie tedesche vietarono tale pratica ritenendo che violasse il valore della dignità umana, perché, attraverso la rappresentazione di atti fittizi di violenza, si risvegliava o rafforzava nel giocatore un'attitudine che negava il diritto fondamentale di ogni persona ad essere riconosciuta e rispettata. Ancora, si richiami il modo in cui è considerata la donna in situazioni come il *Peep-Show*, termine legato alla presentazione di immagini erotiche o pornografiche. Sul punto, si rinvia a M. REIMANN, *Prurient Interest and Human Dignity: Pornography Regulation in West Germany and the United States*, in *U. Mich. J. L. Ref.*, 21 (1988), p. 201 ss. Nel nostro sistema giuridico, si consideri, inoltre, il fenomeno del *mobbing*, laddove la dignità del lavoratore non si traduce soltanto nel diritto ad avere mezzi di sussistenza sufficienti, ma anche in una più specifica dignità





nostro ordinamento giuridico, i casi di lesione della dignità da parte di determinati messaggi pubblicitari<sup>114</sup>. Eloquente, è quello raffigurante una ragazza semisdraiata su un divano di pelle nera, nuda dalla vita in su che, con espressione rassegnata e visibilmente infelice, ostentava sulla pelle bianchissima un collare in pelle nera, con incastonati vistosi aculei. Sul tutto campeggiava la scritta “Dono morbido”. In tale ipotesi, il Giurì dell’Autodisciplina pubblicitaria ritenne che fosse innegabile il suggerimento dell’idea della donna come oggetto e non soggetto di dono e che l’aspetto immaturo e adolescenziale della fanciulla ed il contrasto fra la sua delicatezza-morbidezza e l’immagine degli aculei intorno al collo urtassero con il rispetto per la donna, per di più adolescente e con le esigenze di difesa della sua dignità<sup>115</sup>. Ancora, si pensi all’annuncio pubblicitario che illustrava una scritta<sup>116</sup> sulla schiena nuda di una giovane donna inginocchiata a testa bassa verso il lettore, vista in un atto di asservimento e sottomissione, senza viso né cervello, così, chiaramente, privata della sua dignità<sup>117</sup>. Altra ipotesi, ancora più significativa, è quella che mostra una donna di colore che, ripresa di schiena totalmente nuda, porta addosso delle catene da neve agganciate ai fianchi. Il Giurì, osservando che “le catene vengono fatte ‘indossare’ ai copertoni, alle

---

professionale, strettamente legata all’idea del lavoro come strumento per l’espressione della propria personalità. Sul punto si rinvia a Corte cost., 6 aprile 2004, n. 113, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1931; Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *Ragusan*, 2004, p. 239 ss.

<sup>114</sup> Si ricordi che l’art. 10, 2 parte, CAP, dispone che “la pubblicità deve rispettare la dignità della persona umana in tutte le sue forme ed espressioni”. Un commento a tale articolo, è offerto da U. Ruffolo, (a cura di), *Commentario al codice dell’autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 2003, p. 229 ss. Sul punto, v. si anche B. GRAZZINI, *Autodisciplina pubblicitaria e ordinamento statutale*, Milano, 2003. L’obbligo, da parte della pubblicità, di rispettare il bene e valore costituzionalmente protetto della dignità è affermato anche dall’art. 8, l. 223/90, nonché dalla Corte costituzionale nelle decisioni del 17 ottobre 1985, n. 231, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, c. 51, e del 14 luglio 1988, n. 826, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 3933.

<sup>115</sup> Dec., Giurì dell’Autodisciplina pubblicitaria, 40/01. Un altro esempio può essere offerto da una pronuncia della medesima autorità, del 13 marzo 2006, n. 38, in *Dir. Industr.*, 2006, 4, p. 376 ss., con nota di F. M. Andreani, *Il testimonial hard e la dignità della persona*: il caso era quello dell’assimilazione della donna all’alimento della patatina: si determinava, così, una riduzione dell’universo femminile ad una merce da consumare a puro piacimento dell’uomo, e, quindi, una violazione della dignità della persona. In tale circostanza, il Giurì aveva ritenuto che fosse ravvisabile una violazione della dignità della persona a causa dell’uso della metafora patatina, organo sessuale femminile, e della sineddoche, organo sessuale femminile. In altra occasione, un decennio prima, invece, con la pronuncia n. 107/1996, il Giurì dell’Autodisciplina pubblicitaria aveva respinto la tesi del contrasto con l’art. 10 del CAP della pubblicità Levi’s utilizzando l’immagine di un non vedente statuendo che “perché possa ritenersi violata la prescrizione del 2 comma dell’art. 10 non basta che sia rappresentato nelle sue condizioni negative un certo modo di essere o di vivere, è necessario che la rappresentazione datane sia positivamente lesiva (...) La condizione particolare dei ciechi è rappresentata per quello che è, come dato della realtà ben noto a tutti (...), senza alcuna connotazione negativa che la superi”.

<sup>116</sup> Che recitava: “coprimi con qualcosa che comprenda il linguaggio del mio corpo”.

<sup>117</sup> Dec. 289/01: Comitato di Controllo c. Du Pont de Nemours International.



gomme d'automobile" ha rilevato che "farle indossare ad una donna, in più nuda, ha un indubbio valore di mercificazione"<sup>118</sup>.

Il pregresso *excursus* si reputa più che idoneo a far emergere i punti discretivi con il caso della minore sottoposta ad un banale intervento di asportazione delle tonsille. Vieppiù che, nella pronuncia in commento, la Cassazione non si riferisce alla lesione della dignità umana *tout court*, ma, segnatamente, a quella che connota l'esistenza "nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica". L'equazione, *ictu oculi*, evoca il caso paradigmatico e ben più delicato dell'eutanasia: la dignità, assai spesso riferita e riferibile alla vita, infatti, può ben venire in rilievo anche rispetto alla morte, come dignità del morire<sup>119</sup>. Ancora, si pensi ai trattamenti disumani e degradanti<sup>120</sup> o, alla posizione dei soggetti limitati nella loro libertà personale<sup>121</sup>, soprattutto "in caso di sovraffollamento carcerario"<sup>122</sup>.

Da quanto emerso, dunque, risulta tutt'altro che condivisibile la conclusione della Suprema Corte, allorché individua nell'operazione di tonsillectomia un "momento cruciale di sofferenza fisica e psichica". Non può certo compararsi lo stato della paziente che deve sottoporsi ad un "intervento non particolarmente urgente", per estirpare "un male non particolarmente grave" - pur in difetto di consenso informato - alla sofferenza fisica e psichica che provano il malato terminale cui deve essere praticata l'eutanasia, le vittime di trattamenti disumani, il nano reso oggetto di scherno o la donna di colore, che appare prigioniera e schiava. E' sufficiente, in definitiva, affermare che la minore, non essendo stata informata, non ha potuto decidere liberamente di sé, venendo, così, privata del diritto fondamentale all'autodeterminazione alle cure mediche, non anche della dignità di persona. A ritenersi altrimenti, si corre il rischio di passare dagli apprezzamenti enfatici della dignità,

---

<sup>118</sup> Dec. 31/01: Comitato di Controllo c. Weissenfels S.p.A., Ag. Casiraghi Greco S.r.l.

<sup>119</sup> Sia coloro che ritengono che la vita umana sia sacra ed indisponibile e quindi la condannano, sia quanti insistendo sulla sua qualità la sostengono, spesso lo fanno richiamandosi al valore della dignità umana. Così, P. BECCHI, *Il principio della dignità umana*, Brescia, 2009, p. 88 ss. E' noto altresì che tematiche quali la pratica dell'aborto siano giudicate conformi o contrarie a tale valore. V. si in tal senso, P. ZATTI, *Note sulla "semantica della dignità"*, in E. Furlan (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 105.

<sup>120</sup> Come sottolineato da Cass. pen., 3 febbraio 2004, n. 8411, in *Guida al dir.*, 2004, 21, p. 102.

<sup>121</sup> Il rispetto della dignità "innata" del detenuto è assicurato dall'art. 1, comma 1, della legge sull'ordinamento penitenziario. Cfr. art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ove è sancito che "nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti". Ancora, si pensi alla previsione contenuta nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, per cui "qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana" (art. 10, comma 1).

<sup>122</sup> Significativa, è la previsione contenuta nel testo delle Regole penitenziarie europee riguardante le condizioni minime che devono essere assicurate nei locali di detenzione: "I locali di detenzione e, in particolare, quelli destinati ad accogliere i detenuti durante la notte, devono soddisfare le esigenze di rispetto della dignità umana", come recita l'art. 18, par. 1.



in termini di “gioiello della corona”<sup>123</sup>, alla considerazione della stessa, come vera e propria scatola vuota, tale da consentire manipolazioni interpretative<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Così, G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, cit., p. 35.

<sup>124</sup> Il richiamo è a J. ALDERGROVE, *On Dignity*, tratto da *Why We Not Obsolete Yet*, Burnaby, 2000.