



## IL «MITO» DEL CONSENSO TRA PERSONALITÀ E PROFESSIONALITÀ

Nota a Cass. n. 19220/2013

GELSOMINA SALITO

Sommario: 1. Profili introduttivi. – 2. *Voluntas aegroti suprema lex esto*: crisi di una regola. – 3. Il “paziente ragionevole” e la ragionevolezza dell’informazione.

1. L’oracolo di Esculapio – si legge in un’antica targa romana – comandò a Caio affetto da una forma di cecità di recarsi presso l’altare sacro, inginocchiarsi e camminare da destra a sinistra, appoggiare le cinque dita sull’altare e posare la mano sugli occhi. L’uomo fece tutto questo e recuperò la vista alla presenza di tanta gente che celebrò il miracolo con grande giubilo<sup>1</sup>.

Sorte non parimenti benevole arride, invece, all’attore sottoposto ad “intervento medico di fotoablazione corneale ad entrambi gli occhi”, protagonista del caso al vaglio del Supremo Collegio nella sentenza che si appunta. Probabile – a voler celiare – che il merito dell’un successo (quello mitologico, per l’esattezza) riposi, oltre che sulla benevolenza degli Dei, anche sulle scrupolose prescrizioni dell’oracolo e che il demerito dell’altro insuccesso (quello chirurgico) tragga causa dalle denunciate “varie manchevolezze del professionista”; certo è che l’arresto della Cassazione ripropone all’attenzione del giurista l’ennesima vicenda giudiziaria avente ad oggetto il (mancato) consenso informato. Fin qui, peraltro, *nihil novi*, se non fosse per il particolare rilievo ascrivito, nella risoluzione della controversia di diritto, alla “qualità del paziente”, alla sua condizione personale e professionale quale elemento in grado di incidere sui contenuti e sulle modalità dell’informazione data dal medico e, quindi, in una parola, sul giudizio sulla sua responsabilità.

E’ noto, al riguardo, come la regola del *clare loqui* – sia pur modellata sul livello culturale del paziente – non ammetta eccezioni. Né, peraltro, ad essa intende apportarne la Cassazione, la quale, al contrario, si prefigge, semmai, di arricchirla di un’ulteriore specificazione: quella secondo cui l’essere il paziente un avvocato, come tale avveduto (o presuntivamente avveduto) sul consenso informato all’atto medico, sui suoi contenuti astratti e sulle conseguenze della sua violazione, non esonera il medico dal renderlo compiutamente edotto dei rischi dell’intervento chirurgico, dei suoi postumi ovvero delle possibili alternative ad esso. A diversa soluzione erano pervenuti, invece, il Tribunale e la Corte d’Appello. Il giudice di primo grado, specificamente, aveva rigettato la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dall’attore, escludendo l’esistenza di un nesso eziologico tra i danni lamentati e l’agire del medico, sul presupposto per cui la mancata riuscita del detto intervento di fotoablazione corneale fosse da imputare piuttosto a fattori esterni. Il giudice

---

<sup>1</sup> Il riferimento è tratto da *La medicina mitologica Greca e Romana – Parte I* su [www.demetra.org](http://www.demetra.org).



di secondo grado, a sua volta, chiamato a pronunciarsi sulla censura di erronea ricostruzione dei fatti per non avere il tribunale riscontrato “le varie manchevolezze poste in essere dal professionista prima (mancanza del consenso informato) e dopo la prestazione (mancato controllo della fase post operatoria)”, aveva respinto, con sentenza del 30 novembre 2006, il gravame ed aveva compensato le spese del grado. In sede di ricorso per Cassazione, pertanto, il ricorrente aveva denunciato l’“omesso esame di un punto decisivo della controversia – mancata rilevazione degli errori del chirurgo prima, durante e dopo l’operazione – contraddittorietà della motivazione”; aveva lamentato il compimento, ad opera del medesimo, nella fase anteriore di “due gravissimi errori, stante la mancanza di un consenso informato e dei preventivi esami di laboratorio e di routine necessari ed opportuni prima dell’intervento chirurgico”; aveva dedotto l’infondatezza, per mancanza di prova, della ricostruzione, nella motivazione della sentenza impugnata, per cui “vi sarebbe stata da parte del chirurgo una informazione dei benefici, delle modalità dell’intervento, della eventuale possibilità di scelta tra diverse tecniche operatorie e dei rischi prevedibili in sede operatoria”; aveva censurato, quindi, la decisione della Corte d’appello laddove riteneva prestato un “consenso cosciente” in base al rilievo per cui “proprio l’attività di avvocato svolta dal paziente (*n.d.r.*) deve ragionevolmente far presumere che il predetto prima di apporre la sottoscrizione abbia vagliato tutte le conseguenze, essendo pienamente edotto sull’importanza di tale sottoscrizione nell’economia del contratto di prestazione sanitaria”.

La differente soluzione cui perviene la Suprema Corte, in una sentenza che si apprezza per semplicità e linearità, muove da una (sia pur sintetica) ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali e dei riferimenti normativi che definiscono, all’interno dell’ordinamento, rilievo, fondamento e contenuti del consenso informato. Il giudizio finale – l’irrilevanza della particolare qualifica professionale del paziente ai fini di un esonero del medico dal dovere di informare – non brilla, lo si è detto, per particolare originalità; nondimeno esso conferma l’attualità di un tema, quello del consenso informato appunto, che, ancora oggi, lascia irrisolte molte questioni. Se, infatti, indubbi, almeno nella specie, risultano esserne l’*an* ed il *quando* dello stesso, controverso, a dispetto delle certezze che si ritenevano ugualmente acquisite, si rivela, invece, il *quomodo*, destinato com’è a risentire del difficile equilibrio tra le prerogative del medico e quelle del malato.

“Non c’è diritto senza un correlativo dovere”, ammonisce del resto la dottrina<sup>2</sup>: la sintesi dell’uno e dell’altro (del diritto di sapere e del dovere di far sapere) – risponde la giurisprudenza – risiede in un’informazione che si sostanzia “in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente, con l’adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone”.

---

<sup>2</sup> L’espressione è ripresa da A. NICOLUSSI, *Consenso informato e cosiddetto diritto di morire. Spunti comparatistici per il diritto italiano*, Roma, 2013, in corso di pubblicazione.



2. Del consenso alle cure, *rectius* del consenso informato alle cure sono state scritte, invero, pagine e pagine di letteratura (non solo) giuridica. Venute meno le rassicuranti certezze riassunte nell'antico adagio "*voluntas aegroti suprema lex esto*", sotto la scure, dapprima, del paternalismo medico<sup>3</sup>, quindi di una accentuazione del ruolo partecipativo del paziente, i contenuti della nozione sono stati rivisitati e ridefiniti e con essi la stessa relazione terapeutica, nel tentativo sia di allineare le distinte posizioni soggettive, sia di tracciare confini precisi alle rispettive responsabilità, sia, ancora, di sciogliere i nodi interpretativi che la tradizione al pari dell'evoluzione (scientifica) hanno lasciato e lasciano irrisolti. Controversi – come riprova la vicenda in esame – restano, ad esempio, i presupposti in presenza dei quali il consenso possa dirsi effettivamente informato; parimenti discussi permangono i contorni dell'informazione e la configurabilità in capo al medico di un'autonoma obbligazione di informare, avente oggetto ben distinto da tutte le altre che concorrono a qualificarne la prestazione professionale<sup>4</sup>.

Le difficoltà sono lessicali prima che giuridiche, sebbene sottilmente legate le une alle altre. "Un breve interludio di orto semantica" disvela, così, come la parola consenso, ricondotta al campo medico sanitario, assuma un significato ben distinto da quello normalmente ad essa ascritto di "accordo": in detto ambito, infatti, essa è tecnicamente "un assenso, cioè un atto di volontà che rimane caratterizzato dalla sua unilateralità e che dunque non va mai a coniugarsi con un'altra volontà in un accordo"<sup>5</sup>. La natura non contrattuale, se da un lato spiega la differente disciplina del consenso al contratto di cure e del consenso alle cure<sup>6</sup>, dall'altro lascia impregiudicata la questione sull'idoneità della determinazione del paziente a legittimare da sola l'agire del medico, senza che occorra, cioè, il concorso di ulteriori elementi quali, tra gli altri, la reale utilità del trattamento o la sua opportunità<sup>7</sup>. L'eventuale soluzione affermativa al quesito non sarebbe, peraltro, di per sé sufficiente a segnare il superamento delle innumerevoli insidie sottese al tema sol che ci si soffermi, ad esempio, sull'obiezione, pur sollevata, secondo cui il consenso altro non sarebbe che l'atto conclusivo di un rapporto di contrapposizione/fiducia fra medico e paziente, in cui il potere ultimo di direttiva rimarrebbe, nonostante tutto, affidato pur

---

<sup>3</sup> L'atteggiamento paternalistico nei riguardi del sanitario – è stato scritto (P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999, p. 70. Più di recente, ID., *Bioetica tra "moralità" e diritto*, Milano, 2009, 2 ss.) – assumeva, in passato, i connotati di una vera e propria "usurpazione della decisionalità di una persona, giustificata da motivi riferibili al benessere, alla felicità, ai bisogni, agli interessi (...) della persona stessa".

<sup>4</sup> Sulla natura dell'obbligazione gravante sul medico, v.si, peraltro, A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss.

<sup>5</sup> Così C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 1038.

<sup>6</sup> Sia consentito in argomento il rinvio a G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012, p. 64 ss. Tra gli Autori che si sono interessati della partizione, v.si, in particolare, V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, p. 72.

<sup>7</sup> Come voleva R. ROMBOLI, *Atti di disposizione del proprio corpo*, in *Commentario del codice civile, art. 5*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1988, p. 254.



sempre al primo dei due soggetti<sup>8</sup>. Riguardato da siffatta prospettiva, così, quello del consenso all'atto medico sarebbe destinato addirittura a rivelarsi in realtà un "falso problema", con le prevedibili implicazioni legate ad una simile conclusione. Non resta, allora, che fugare i dubbi ricercando ogni risposta, se possibile, attraverso l'analisi della natura giuridica, delle fattezze, dei limiti della categoria.

Al riguardo, opportunamente, il Supremo Collegio traccia, o meglio ribadisce, le coordinate lungo le quali condurre il discorso: il diritto all'autodeterminazione del paziente, da un lato; il dovere del medico di informare, dall'altro. Il primo, di cui il consenso si pone in funzione strumentale, trova fondamento – come ricorda la Cassazione – “nei principi espressi dall'articolo 2 della Carta costituzionale che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona (n.d.r.) e negli articoli 13 e 32 della medesima Carta, 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»”. Il secondo, al contrario, è ora ricondotto dalla dottrina al dettato dell'art. 1176 c.c.; ora ricostruito dalla giurisprudenza come espressione del più generale “dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.)”<sup>9</sup>; ora, infine, riguardato da qualche Autore più autorevole alla stregua di un vero e proprio “obbligo di protezione”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Nonostante i timori cui può dar luogo questa chiave di lettura, bisogna riconoscere che il consenso o il rifiuto del trattamento dipendono, più di quanto si sia disposti ad ammettere, dall'uso che il medico fa di tecniche di comunicazione, dal modo in cui imposta la risposta o trasferisce l'informazione”. Così V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, in *Professioni e responsabilità civile*, a cura di Stanzone-Sica, Bologna-Roma, 2006, p. 1031.

<sup>9</sup> Tanto accade nel rapporto tra chirurgo e paziente. In merito Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Ragusan*, 2005, p. 392, ha precisato che: “nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista, anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.), sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l'intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall'art. 32, comma 2, cost., (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dall'art. 13 cost., (che garantisce l'invulnerabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica), e dall'art. 33 l. 23 dicembre 1978 n. 833 (che esclude la possibilità d'accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità; *ex* art. 54 c.p.). L'obbligo d'informazione, che si estende allo stato d'efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui il medico presta la propria attività, riguarda i soli rischi prevedibili e non anche gli esiti anomali, e si estende varie fasi degli stessi che assumono una propria autonomia gestionale, e, in particolare, ai trattamenti anestesiológicos. In ogni caso, perché l'inadempimento dell'obbligo d'informazione dia luogo a risarcimento, occorre che sussista un rapporto di causalità tra l'intervento chirurgico e l'aggravamento delle condizioni del paziente o l'insorgenza di nuove patologie”.

<sup>10</sup> In tal senso C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss. Più in generale, dello stesso Autore, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990. Più di recente, altresì, a C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione*



Entrambi (diritto e dovere, appunto) rinvencono, poi, precisa disciplina in numerose norme internazionali e nazionali le quali prevedono, a loro volta, la necessità non solo del consenso informato, ma altresì di un diretto coinvolgimento del paziente nel “percorso terapeutico” da realizzarsi, appunto, mediante un’informazione compiuta e dettagliata ad opera del personale sanitario<sup>11</sup>.

La lettura complessiva del sistema sollecita, peraltro, la riflessione assiologica, giacché se è della persona che si discorre e del consenso quale momento funzionale alla sua realizzazione, non può che abbandonarsi qualsivoglia lettura che tenti di imbrigliarne i contenuti entro categorie predefinite: vi osta la complessa soggettività dell’io che, rifugge, per definizione, da ogni tentativo diretto a ricondurne e spiegarne l’essenza entro ed attraverso uno o più schemi o *status* di riferimento. Nondimeno, il giurista, tributario forse dell’insegnamento aristotelico, che individua nei predicati lo strumento ultimo e più alto della conoscenza<sup>12</sup>, si libera a fatica dalla logica delle distinzioni<sup>13</sup> e così anche in relazione al consenso non si sottrae alla tentazione di descriverne le caratteristiche, individuandole nella personalità, nella realtà, nell’attualità, nella specificità, quali tratti salienti di una nozione che non disdegna le ulteriori qualificazioni della consapevolezza, della libertà, della gratuità, della chiarezza ed incontrovertibilità, della revocabilità in ogni tempo.

---

*senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 03, p. 679 ss., il quale ricorda come storicamente i c.d. obblighi accessori siano, ad un certo punto, apparsi tali rispetto all’obbligo principale di prestazione, nascendo in via del tutto indipendente da quest’ultimo “onde chiamarli accessori è un abuso linguistico, cui si può indulgere soltanto con riguardo alla configurazione normale del rapporto obbligatorio, la quale in quest’ultimo prevede anzitutto un obbligo di prestazione”. Sul punto, altresì, L. MENGONI, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, II, 2011, p. 10 ss., per il quale, come noto, gli obblighi di protezione “ricevono la loro determinazione di senso non più dal dovere generico del *neminem laedere* bensì dal rapporto specifico in cui sono inseriti”.

<sup>11</sup> Tra le norme internazionali, la Corte cita, in particolare, l’art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con Legge 27 maggio 1991, n. 176; art. 5 della Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall’Italia con Legge 28 marzo 2001, n. 145; art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche (v. Legge 21 ottobre 2005, n. 219, art. 3, *Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati*; Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 6, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*; Legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 33, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*, il quale in particolare prevede che le cure sono, di norma, volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge. Il diritto al consenso informato trova altresì fondamento, oltre che nell’art. 31 del Codice deontologico del giugno del 1995 (v. poi articolo 30 del predetto codice del 3 ottobre 1998 e articolo 35 di quello del 16 dicembre 2006), soprattutto nell’*a priori* della dignità di ogni essere umano, che ha trovato consacrazione anche a livello internazionale nell’art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla biomedicina del 12 gennaio 1998, n. 168.

<sup>12</sup> Come noto, Aristotele, nell’*Organon* (nome dato da Andronico di Rodi, suo seguace, alle sei opere di logica del Maestro), ritiene che le categorie sono i predicati ultimi e più generali che possono attribuirsi alle cose ed, in quanto tali, sono strumenti di conoscenza.

<sup>13</sup> Sul punto v. si le riflessioni di P. STANZIONE, *Tutela dei soggetti deboli*, Roma, 2004, p. 14 s.



L'elencazione, esemplificativa e non tassativa, ha, per certo, il pregio della sintesi, tant'è che la Cassazione, nella sentenza in commento, non esita a ripeterne la formula<sup>14</sup> senza, peraltro, trascurare la complessità insita nei singoli profili in cui si sostanzia. Di essi, taluni risultano, invero, scontati: che il paziente *compos sui* debba esprimersi personalmente<sup>15</sup> in ordine ai trattamenti sanitari è affermazione, infatti, fin troppo ovvia che consegue al rilievo preminente ascrivito alla libertà individuale, costituzionalmente riconosciuta. Talatri si presentano, invece, maggiormente problematici, come quello della capacità a consentire o della natura del consenso, intimamente connessi tra di loro, dipendendo il primo dalla opzione che si intenda compiere in relazione al secondo: altro, infatti, è ricostruire il consenso in chiave negoziale, altro arrestarsi ad una sua lettura in termini di atto giuridico. L'una come l'altra impostazione scontano, tuttavia, il comune limite di fornire una visione parziale del fenomeno, finendo, in sostanza per valorizzare uno solo dei poli della relazione terapeutica, a scapito, appunto, di un inquadramento complessivo della fattispecie<sup>16</sup>. Le tesi, così, che individuano nel consenso un "coelemento di efficacia degli accordi contrattuali"<sup>17</sup>, come tale "accessorio rispetto all'atto di autonomia privata"<sup>18</sup>, ne subordinano la validità al ricorrere dei requisiti di capacità previsti dall'art. 2 c.c.; le teorie che, al contrario, ne accentuano il carattere meramente autorizzativo, ne riducono, a loro volta, l'essenza a quella di semplice espressione di intenti finalizzata a rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'agire del medico sulla persona del malato.

Ben più opportuno si rivela, invece, non sciogliere in chiave formalistica la dicotomia "negozio – atto giuridico", ma risolverla nella corretta prospettiva della funzionalizzazione della struttura della fattispecie agli interessi sottesi<sup>19</sup>. Di guisa che, se è a quest'ultimi che occorre avere riguardo, l'inquadramento dogmatico della capacità a consentire sembra affidato non tanto al dettato dell'art. 2 c.c. quanto, piuttosto, alla generale nozione di capacità di intendere e di volere. La capacità di agire viene propriamente in rilievo in una fase prodromica, allorquando, cioè, in ossequio alle regole generali che sovrintendono al perfezionamento del contratto, si abbia riguardo alla conclusione del

---

<sup>14</sup> Si legge, così, nella sentenza che "in ordine alle modalità e ai caratteri del consenso" – precisa così – lo stesso "deve essere, anzitutto, personale, deve quindi essere prestato dal paziente (ad esclusione evidentemente dei casi di incapacità di intendere e di volere del paziente); deve poi essere specifico ed esplicito (Cass, 23 maggio 2001, n. 7027); deve essere, inoltre, reale ed effettivo, sicché non è consentito il consenso presunto; e deve essere, altresì, anche attuale, nei casi in cui ciò sia possibile (v. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748)".

<sup>15</sup> Eccettuati i casi di incapacità dell'interessato, nei quali sarà il rappresentante legale a prestare il consenso alle cure.

<sup>16</sup> Secondo G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 949, "chi consente a farsi curare, non permette che sia violata la sua libertà, bensì piuttosto fa uso della facoltà di decidere liberamente da sé quanto riguarda il suo corpo e il medico che cura una persona, non viola la sua libertà, sia pure con il consenso, bensì anzi esegue ed attua la sua libera volontà".

<sup>17</sup> Così C.M. D'ARRIGO, *Autonomia privata ed integrità fisica*, Milano, 1999, p. 330.

<sup>18</sup> Sono parole di V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, cit., p. 1036

<sup>19</sup> In tal senso conclude P. STANZIONE, voce *Rapporto giuridico*, II) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 1.



contratto di prestazione d'opera intellettuale con il professionista o del contratto di cura (o di specialità) con la struttura sanitaria<sup>20</sup>. Superato questo momento iniziale, 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, su cui converge la dottrina più sensibile, 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 volere, quale parametro alla cui stregua valutare la rilevanza degli atti tra vivi aventi contenuto personale<sup>21</sup>.

Il coinvolgimento consapevole della persona malata nella scelta clinica rappresenta, del resto, il presupposto fondamentale del valido instaurarsi della relazione terapeutica; coinvolgimento – si badi – da valutare non già in astratto, ma in concreto in ragione delle peculiarità della singola vicenda. Il consenso alle cure, infatti, deve essere specifico, ricorda il giudicante, richiamando i precedenti in tema. E «specificità» è concetto che indica, appunto, l'assenso (o il dissenso) ad un *determinato* trattamento terapeutico, che risponda alle esigenze cliniche di un *preciso* paziente in un *dato* momento storico.

I riflessi della conclusione attengono al concreto atteggiarsi dell'informazione e del dovere del medico di informare, in quanto da essi dipende, in sostanza, la possibilità per l'*aufgeklärt*<sup>22</sup> di decidere consapevolmente e, quindi, il recupero di “un qualche equilibrio”<sup>23</sup> all'interno della relazione terapeutica. Il con-senso informato esprime, allora, in quest'ottica, l'aderire del paziente al “sentire” del medico, il con-dividere la sua proposta curativa e non più o non già il semplice sopportarla, secondo un'idea a lungo invalsa ed etimologicamente fondata<sup>24</sup>; l'informazione, a sua volta, rappresenta il “prezzo” che il sistema impone per l'armonico riassetto delle posizioni e per l'esercizio, ad opera di ciascuna delle parti, della libertà di azione e di partecipazione o, più semplicemente, di autodeterminazione.

In quanto, dunque, momento necessario di una relazione necessaria, il consenso perde quel carattere di absolutezza che pur ne aveva giustificato in passato la ricostruzione in termini di dogma (di dogma della volontà, per l'esattezza)<sup>25</sup> e per ciò stesso si sottrae alla

---

<sup>20</sup> Sul punto non dispiaccia nuovamente il richiamo a G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, cit., p. 66 ss.

<sup>21</sup> In argomento, già tempo addietro, M. GORGONI, *La “stagione” del consenso e dell'informazione: strumenti di diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 122.

<sup>22</sup> L'“uomo illuminato” di cui discorre Hume.

<sup>23</sup> Cfr. G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, “consenso informato” del paziente e responsabilità del medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 946.

<sup>24</sup> Come noto il termine *paziente* deriva dal latino *patiens*, participio presente del verbo *patior*. In tal senso paziente non è soltanto colui che sopporta la sofferenza, ma anche chi subisce passivamente l'altrui azione.

<sup>25</sup> Opportunamente A. NICOLUSSI, *Consenso informato e cosiddetto diritto di morire. Spunti comparatistici per il diritto italiano*, in corso di pubblicazione, evidenzia come il consenso non possa essere ricostruito alla stregua di un nuovo dogma della volontà che pretenderebbe di assorbire ogni altro valore, dovendo, al contrario, lo stesso essere funzionale all'attuazione del *principio del rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari*.



riconduzione alla prevalente volontà solo dell'uno ovvero solo dell'altro dei protagonisti del rapporto terapeutico.

3. La natura di elemento “condiviso” non vale, tuttavia, ad assicurare ad esso una puntuale disciplina in relazione all'una ovvero all'altra delle due posizioni soggettive considerate. L'ordinamento tace, anzi, sia sul formalismo che deve accompagnare l'esternazione del consenso sia sulle modalità in cui deve essere resa l'informazione, di guisa che ogni regola è rimessa, in definitiva, alla formulazione degli interpreti. Si ritiene, così, generalmente, che la validità delle manifestazioni tacite o comunque non chiaramente espresse di volontà debba essere rigorosamente circoscritta e che, *ex altera parte*, la trasmissione dell'informazione debba essere modulata sulle caratteristiche proprie di ciascun paziente. Si precisa, altresì, che la dichiarazione, in qualunque modo espressa, debba essere idonea a far trasparire inequivocabilmente l'intenzione di sottoporsi al trattamento medico<sup>26</sup>; ma si eccepisce poi come la relativa formalizzazione non rappresenti un principio generale, pur a dispetto dell'innegabile pregio che ne potrebbe conseguire in termini di maggiore

---

<sup>26</sup> Come nel caso della: l. n. 458/1967 trapianto di rene da vivente; l. n. 194/1978 interruzione volontaria di gravidanza; l. n.197/1990 e ss. donazione di sangue ed emoderivati e ss.; legge n. 135/1990 accertamenti relativi all'infezione da HIV; d.lgs. n. 211/2003 sperimentazione farmacologica sull'uomo; d.p.r. n. 23/1995 radiodiagnostica con mezzo di contrasto e ss.; l. n. 162/1990; d.m. n. 445/1990 normativa sulla tossicodipendenza; l. n. 164/1982 correzione del transessualismo; l. n. 40/2004 procreazione medicalmente assistita. resta la regola della forma libera anche per quel che attiene al consenso all'anestesia. Il codice deontologico, a sua volta, richiede la forma scritta “nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla persona si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona” (art. 35 cod. deont.), giammai, peraltro, sostitutiva, ma puramente integrativa del consenso oralmente già manifestato al medico a seguito dell'informazione sulla diagnosi, la prognosi e la cura. Peraltro, come ha chiarito Cass. pen., 17 settembre 2008, n. 45801, in *Guida al diritto*, 2009, 2, 83: “Il paziente non può essere sottoposto ad alcun trattamento sanitario contro la sua volontà, in ossequio al disposto dell'art. 32, comma 2, cost., salvo che esistano condizioni di assoluta urgenza e di stato di incoscienza che potrebbero legittimare un intervento senza il consenso. Ciò, però, non significa che il consenso a un intervento (nella specie, a un'operazione e, quindi, all'anestesia) debba essere necessariamente espresso per iscritto, ben potendolo desumere, per implicito, dal comportamento del paziente. (Nella specie, oggetto del ricorso del procuratore generale e delle parti civili, era la decisione che aveva mandato assolto dall'imputazione relativa ai reati di cui agli art. 613 e 586 c.p. un medico anestesista, che aveva partecipato a un intervento chirurgico nel corso del quale una paziente era deceduta per arresto cardiaco; la Corte, partendo dalla premessa di cui in massima, ha ritenuto corretta e congruamente motivata la pronuncia liberatoria, laddove, pur in difetto di consenso scritto, si era apprezzato che la paziente si era rifiutata di apporre la firma sul modulo del consenso all'intervento solo per paura, e non per una scelta cosciente e ponderata di rifiuto delle cure, onde il consenso all'intervento poteva essere desunto implicitamente dal comportamento complessivo della paziente – che aveva tenuto un atteggiamento collaborativo al momento dell'ingresso in camera operatoria – e dall'interpretazione dello stesso fatta dai più stretti congiunti, risultando che il modulo di consenso all'operazione e all'anestesia era stato formalmente firmato dal marito, ivi presente)”.



ponderazione della scelta e di facilitazione sul piano probatorio<sup>27</sup>. Oralità e forma scritta si alternano, così, in modo pressoché indistinto, quali forme di espressione del consenso, laddove, poi, la diffusa prassi di affidarne la raccolta a moduli o formulari prestampati<sup>28</sup> tradisce, tuttavia, il rischio di una eccessiva standardizzazione dell'informazione in grado di privarla di quella ragionevolezza cui, al contrario, dovrebbe essere improntata.

E – si badi – intanto l'informazione potrà dirsi ragionevole in quanto sia idonea ad assicurare al *reasonable patient* una comunicazione che tenga conto del suo reale stato e della sua effettiva capacità. Il riferimento, peraltro, non è ad una figura astratta di paziente, ma ad soggetto calato nel concreto delle circostanze, dotato di uno specifico bagaglio culturale e di una specifico livello di comprensione, alla cui stregua misurare i contenuti dell'obbligo informativo. Il criterio soggettivo ponderato<sup>29</sup> è destinato, pertanto, a sovrintendere al giudizio sulla completezza dell'informazione onde verificare se “il paziente sia stato messo al corrente di quegli elementi del quadro clinico necessari o anche solo utili per una sua scelta ragionevole”<sup>30</sup>.

Se e quanto, in simile scenario, incida la “qualità del paziente” è poi interrogativo di secondaria ma non minore importanza, al quale, appunto, la Cassazione, nella sentenza in esame, cerca di dare risposta. La premessa da cui muovere è semplice; risponde ad una regola acquisita in giurisprudenza: “in tema di risarcimento danni da trattamento sanitario, e quindi di responsabilità professionale del medico, costituisce omissione, violazione *ad hoc* ed

---

<sup>27</sup> E' prassi, così, come noto, far sottoscrivere al paziente un documento da cui risulti l'accettazione dell'atto medico. Si tratta per lo più di moduli che, predisposti per specifiche tipologie di atti medici, vengono, talvolta, controfirmati da un testimone. Invero, siffatta, diffusa, prassi sembra finalizzata più che altro a garantire il medico provando la liceità del suo operato, e non già o non tanto ad assicurare l'effettività del consenso del paziente al trattamento terapeutico. Significativamente, la giurisprudenza ha, tuttavia, affermato che: “la prova che il medico abbia fornito un valido consenso informato al paziente può essere desunta anche per *facta concludentia*, ed è implicita nella circostanza che il paziente, entrato cosciente in sala operatoria, nulla abbia obiettato una volta apprese le concrete modalità dell'intervento”: così Trib. Roma, 20 ottobre 2003, in *Giur. romana* 2004, p. 460.

<sup>28</sup> Purché “completi” di ogni elemento utile a rendere edotto il paziente delle possibili complicanze dell'intervento: Cass. pen., 21 febbraio 2013, n. 19556, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 8 maggio.

<sup>29</sup> Sul punto P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 697.

<sup>30</sup> F. GIUNTI, *Il Consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, cit., p. 383, il quale ricorda, altresì, che, comunque, il medico non ha l'obbligo, invece, di assecondare richieste di spiegazioni su dati meramente tecnici che, attenendo esclusivamente alle modalità esecutive della terapia, non presentano alcuna incidenza su fattori di rischio e di successo del trattamento. E' pacifico, invece, in giurisprudenza, che il medico debba informare il paziente anche delle condizioni della struttura sanitaria e delle attrezzature che la stessa offre. Si legge così, *inter alia*, in Cass., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 258: “Il medico che operi all'interno di una clinica privata, ne sia o meno dipendente, ha sempre il dovere di informare il paziente di eventuali carenze o limiti organizzativi o strutturali della clinica stessa; ove ciò non faccia, egli risponde in solido con la clinica del danno patito dal paziente in conseguenza di quel *deficit* organizzativo o strutturale, ove possa presumersi che il paziente, se correttamente informato, si sarebbe avvalso di altra struttura sanitaria”.



autonoma fonte di responsabilità, l'aver operato in assenza del consenso informato del paziente”.

“E’, pertanto, illegittima la sentenza” – prosegue la giurisprudenza in relazione ad un caso similare a quello in esame – “con cui, accertata la qualifica medica del paziente e la relativa attività lavorativa presso la medesima struttura ospedaliera e la mancanza di violazione del codice deontologico medico, si ritengano presunti, per intrinseco interesse del caso clinico, l’ampia discussione e l’approfondimento tra medici-agenti e paziente e, quindi, il consenso informato di quest’ultimo, escludendo così la responsabilità sanitaria”<sup>31</sup>. Diversamente opinando, si incorre nell’errore di confondere il consenso presunto con la prova di un consenso reale ed effettivo; di equiparare cioè la volontà che il soggetto, in quel dato contesto situazionale, avrebbe sicuramente espresso se gli fosse stata richiesta, alla prova della stessa, fornita magari sulla base di indizi o rappresentata, come nel caso in esame, da un mero documento prestampato di consenso informato sottoposto alla firma del paziente senza alcuna preventiva illustrazione dei suoi contenuti.

Resta, allora, fermo il principio, elementare e condiviso, secondo cui il consenso informato, pur non richiedendo la forma scritta *ad substantiam*, suppone comunque una manifestazione reale, effettiva, concreta e consapevole, che segua ad una esplicitazione da parte del medico delle condizioni di salute e delle possibili cure, senza che la “qualità del paziente” escluda la doverosità dell’informare.

Il “livello di cultura” e “le capacità di discernimento del soggetto”, lungi dal legittimare il silenzio del sanitario, incidono, unicamente, sulle modalità con cui può essere resa l’informazione, in ossequio all’art. 29 cod. deont. med. Il medico, pertanto, resta obbligato sempre ed in ogni caso al *clare loqui*, senza potersi trincerare dietro le rassicuranti quanti aspecifiche formule di una volontà affidata a schemi preconfezionati e moduli predefiniti. Egli, moderno Hermes, rende così l’informazione suo caduceo con il quale “incanta al suo piacere gli occhi dei mortali o sveglia (metaforicamente, *n.d.r.*) coloro che dormono”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cass. civ., 27 novembre 2012, n. 20984, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 28 novembre .

<sup>32</sup> OMERO, *Iliade*, canto XXIV.