

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXIV  
N. 3 MAGGIO-GIUGNO 2009

# Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

diretti da Francesco Galgano

- **Responsabilità civile**  
Responsabilità sanitaria; consenso informato; danno al feto;  
danno non patrimoniale
- **Contratti**  
Inadempimento contrattuale e danno non patrimoniale; l'ap-  
palto a campione
- **Impresa**  
Economia, diritto ed etica nell'attività imprenditoriale; le garan-  
zie sulla proprietà industriale
- **Società**  
Le azioni correlate; il bilancio settoriale
- **Giuristi**  
Gli amministrativisti; Francesco Carnelutti

## Consenso informato e dissenso fra diritto penale e diritto civile

### 1. - *Problema*

Si configura la responsabilità penale e/o la responsabilità civile del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico in assenza di consenso informato, ovvero diverso o ulteriore rispetto a quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto?

Si tratta di una problematica antica, la cui risoluzione coinvolgente una gamma di questioni ad essa intimamente correlate, quali: il fondamento giuridico e la legittimazione del trattamento sanitario e della attività medico-chirurgica; il concetto di malattia che in relazione ad essa deve venire in rilievo; il valore che, nel sistema, occorre riconoscere al consenso informato e al dissenso del paziente, alla luce dei principi che le fonti di rango internazionale, costituzionale, legislativo e deontologico dettano al riguardo, prendendo in considerazione la salute e l'autodeterminazione come autonomi diritti fondamentali della persona, nonché *habeas corpus* quale diritto inviolabile della libertà personale.

### 2. - *L'intervento delle Sezioni unite penali: tipicità, antigiusuridicità, colpevolezza*

Le Sezioni unite penali, con una recente sentenza <sup>(1)</sup>, risolvendo il contrasto di giurisprudenza che era insorto tra le singole sezioni penali <sup>(2)</sup>, hanno statuito che non integra i delitti di lesioni personali e di violenza privata, previsti dagli artt. 582 e 610 c.p., la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto.

<sup>(1)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, Pres. Gemelli, Rel. Macchia, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 447, con nota di Pelissero. Si v. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o eutanasia?*, in *questa rivista*, 2009, p. 255 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 2008, Pres. Nardi, Est. Calabrese, in *La responsabilità civile*, 2009, p. 177 s., con la quale si rimette alle Sezioni unite, ex art. 618 c.p.p., la risoluzione del contrasto di giurisprudenza. Per la rilevanza penale si v.: Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639; Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335. Per la irrilevanza penale si v.: Cass. pen., sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519; Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446.

3. - *Segue: violenza privata solo in presenza di dissenso. Distinzione tra intervento contro la volontà del paziente e intervento senza il consenso del paziente*

A proposito del problema della sottoposizione del paziente ad un intervento chirurgico diverso da quello che questi aveva in precedenza autorizzato (3), si è osservato che, a differenza di quanto stabiliva l'art. 154 del codice Zanardelli, nell'art. 610 del codice vigente la violenza non sarebbe più posta in rapporto con una perturbazione dell'altrui libera formazione del volere, ma con un comportamento concreto - di azione, di tolleranza, di omissione - non voluto dal soggetto passivo. La violenza non richiederebbe alcuna mediazione intellettuale da parte di chi la subisce e essa è concepibile anche nei confronti di un soggetto incapace di dissentire o consentire, come appunto il soggetto anestetizzato. Il chirurgo, nell'eseguire l'intervento diverso da quello consentito, esplicherebbe, dunque, una energia fisica sul corpo del paziente, per tale via tenendo una condotta violenta, integrante una *vis absoluta*, perché il paziente, per le condizioni nelle quali si trova, non può opporre alcuna resistenza.

Questa tesi non è stata condivisa dalle Sezioni unite della Cassazione penale (4).

Al riguardo, si è infatti rammentato, anzitutto, che la giurisprudenza della Cassazione ha più volte avuto modo di puntualizzare che, ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima, o di violenza impropria, che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione (5). E si è pure puntualizzato, in proposito, che l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 610 c.p., è costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l'effetto di costringere taluno a fare, tollerare, od omettere una determinata cosa. L'azione o l'omissione, che la violenza o la minaccia sono rivolte ad ottenere dal soggetto passivo, devono però essere determinate, poiché, ove manchi questa determinatezza, si avranno i singoli reati di minaccia, molestie, ingiuria, ma non quello di

(3) Paziente che dunque versa in stato di completa incoscienza per effetto della anestesia totale praticatagli.

(4) Cfr. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

(5) Cfr. Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2002, n. 5407/03, De Bortolo; Cass. pen., sez. V, 17 giugno 2002, n. 30175, P.G. in proc. Rossello; Cass. pen., sez. V, 16 maggio 2002, n. 24175, P.G. in proc. Cardilli.



violenza privata (6). D'altra parte, versandosi, nella specie, in una ipotesi di violenza personale « diretta », deve convenirsi con quanti ritengono che la nota caratterizzante tale forma di violenza vada ravvisata nella idea della aggressione « fisica »; vale a dire nella lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l'integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo. Il che sembra rendere del tutto impraticabile l'ipotesi che siffatti requisiti possano ritenersi soddisfatti nella specifica ipotesi che qui interessa. La violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di « qualcosa » di diverso dal « fatto » in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poiché l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di « tollerare » l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di « costrizione a tollerare » rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 c.p. D'altra parte, anche il requisito della « costrizione » presenta, con riferimento alla ipotesi del paziente anestetizzato che abbia acconsentito ad altro intervento chirurgico ed alla relativa anestesia, elementi di intrinseca problematicità, che vanno ben a di là della questione, dibattuta in dottrina, se i delitti contro la libertà della persona possano essere commessi nei confronti di un soggetto che versi in stato di incoscienza. Il concetto di costrizione, postula, infatti, il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta dell'agente e per conseguenza di essa è indotta a fare, tollerare od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà. Nei confronti del paziente anestetizzato *pleno iure*, perché nel quadro di un concordato intervento terapeutico, il chirurgo che si discosti da quell'intervento e ne pratichi un altro potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di « incapacitazione » del paziente, ma non certo di « costrizione » della sua volontà, proprio perché, nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell'essere umano, « verso » (e, dunque, per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva.

Secondo le Sezioni unite, dunque, vi sarebbe un « vuoto normativo » da colmare, dato che la condotta del chirurgo che « approfitti » delle condizioni di anestetizzato del paziente per mutare tipo di intervento chirurgico non può configurare il reato di violenza privata.

(6) Cfr. Cass. pen., sez. V, 18 aprile 2000, n. 2480, P.M. in proc. Ciardo.

#### 4. - *Segue: un nuovo concetto di malattia e di dolo ai fini del reato di lesione personale*

Con riferimento al reato di lesione personale di cui all'art. 582 c.p., le Sezioni unite hanno rilevato che una significativa parte della giurisprudenza e della dottrina è concorde nel mettere in luce un dato assolutamente incontestabile: vale a dire la sostanziale incompatibilità concettuale che è possibile cogliere tra lo svolgimento della attività sanitaria, in genere, e medico-chirurgica in specie, e l'elemento soggettivo che deve sussistere perché possa ritenersi integrato il delitto di lesioni volontarie. Una condotta «istituzionalmente» rivolta a curare e, dunque, a rimuovere un male non può essere messa sullo stesso piano di una condotta destinata a cagionare quel «male» (7). Ciò non esclude, però, che l'atto chirurgico integri - ove isolato dal contesto del trattamento medico-terapeutico - la tipicità del fatto lesivo, rispetto al quale l'antigiuridicità non può che ricondursi alla disamina del corretto piano relazionale tra medico e paziente: in una parola, al consenso informato, che compone la «istituzionalità» della condotta «strumentale» del chirurgo, costretto a «ledere» per «curare». Il versante problematico si sposta, dunque, dalla antigiuridicità, derivante dal mancato consenso al diverso tipo di intervento chirurgico in origine assentito, alla «tipicità» delle lesioni dell'intervento in sé e delle conseguenze che da tale intervento sono scaturite: giacché, se l'atto operatorio ha in definitiva prodotto non un danno, ma un beneficio per la salute, è proprio la tipicità del fatto, *sub specie* di conformità al modello delineato dall'art. 582 c.p., a venire seriamente in discussione (8).

La questione, pertanto, finisce per coinvolgere direttamente la disamina della nozione stessa di «malattia», ai sensi dell'art. 582 c.p., giacché anche a questo riguardo le interpretazioni offerte da giurisprudenza e dottrina si sono non poco evolute nel corso del tempo.

Per lungo tempo, infatti, specie in giurisprudenza, il concetto di malattia ha fortemente risentito di quanto era stato al riguardo precisato nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, giacché in essa si era puntualizzato che era stato fatto uso della «espressione, correttamente scientifica, di malattia, anziché quella di danno nel corpo o perturbazione della mente [l'art. 372 del codice Zanardelli, puniva, infatti, a titolo di lesione personale, la condotta di chi, «senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione nella mente»], giacché una malattia è indistintamente qualsiasi alterazione anatomica o

(7) Cfr. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

(8) Cfr. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali».

Simile approccio definitorio è stato, infatti, pedissequamente recepito dalla giurisprudenza di legittimità, rimasta, sino ad epoca recente, consolidata nell'affermare che, in tema di lesioni personali volontarie, costituisce malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura fino a quando è in atto il suddetto processo di alterazione, malgrado il ritorno della persona offesa al lavoro <sup>(9)</sup>.

Sul punto, però, non può non convenirsi con quanti ritengono che il concetto di «malattia», più che evocare l'impiego di un elemento descrittivo della fattispecie, rinvia ad un parametro normativo extragiuridico, di matrice chiaramente tecnico-scientifica, tale da far sì che il fenomeno morboso, altrimenti apprezzabile da chiunque in termini soggettivi e del tutto indistinti, presenti, invece, i connotati definitivi e di determinatezza propri del settore della esperienza – quella medica, appunto – da cui quel concetto proviene. Poiché, dunque, la scienza medica può dirsi da tempo concorde – al punto da essere stata ormai recepita a livello di *communis opinio* – nell'intendere la «malattia» come un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo, ne deriva che le mere alterazioni anatomiche che non interferiscano in alcun modo con il profilo funzionale della persona non possono integrare la nozione di «malattia», correttamente intesa <sup>(10)</sup>.

Pertanto, la semplice alterazione anatomica non rappresenta, in sé, un presupposto indefettibile della malattia, giacché ben possono ammettersi processi patologici che non si accompagnino o derivino da una modificazione di tipo anatomico, così come, all'inverso, una modificazione di quest'ultimo tipo che non determini alcuna incidenza sulla normale funzionalità dell'organismo si presenta, secondo tale condivisibile impostazione, insuscettibile di integrare la nozione di «malattia», quale evento naturalistico del reato di cui all'art. 582 c.p. Per altro verso, non è senza significato la circostanza che nel codice, la lesione non sia definita in sé – quale semplice «rottura» della unità organica – ma in relazione all'«evento» che essa deve determinare: e cioè, appunto, una «malattia» del corpo o della mente. La

<sup>(9)</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., sez. V, 2 febbraio 1984, n. 5258, De Chirico; Cass. pen., sez. V, 14 novembre 1979, n. 2650, Miscia; Cass. pen., sez. I, 30 novembre 1976, n. 7254, Saturno; Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 1976, n. 2904, Carchedi.

<sup>(10)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

cin  
qu  
ter  
«c  
lat  
la  
du  
te,  
ta  
pe  
ma  
nu  
ne  
de  
l'a  
ne  
pal  
to  
qu  
Ur  
le è  
il c  
un  
re  
bre  
ta,  
ha  
pos  
no  
cor  
del  
mis  
di l  
cor  
anc

2004

606,

circostanza, quindi, che la malattia può riguardare tanto l'aspetto fisico che quello psichico dell'individuo, e poiché tali due aspetti sono stati fra loro alternativamente considerati dal legislatore (attraverso l'uso della disgiuntiva «o»), se ne può desumere che, unitario dovendo essere il concetto di malattia e considerato che non può evocarsi una alterazione «anatomica» della mente, l'unica alterazione che è possibile immaginare, come comune ai due accennati aspetti, è proprio – e soltanto – quella funzionale. D'altra parte, il concetto stesso di «durata» della malattia – sulla cui base è parametrata la procedibilità e la gravità del reato – non può che confermare una propensione al recepimento normativo della nozione «funzionalistica» della malattia, del tutto in linea con i tradizionali approdi definitivi cui è pervenuta, anche se con varietà di accenti, la medicina legale. A tale impostazione mostra, d'altra parte, di aderire anche un significativo filone di giurisprudenza della Cassazione, attento a ricondurre il concetto di «malattia» nell'ambito di un paradigma di offensività strutturalmente coeso con la nozione scientifica del concetto stesso, secondo la dichiarata *intentio legis* fatta palese dal Guardasigilli, nella richiamata Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, ma poi «tradita» nel contenuto definitorio trasfuso in quel documento e supinamente recepito dalla giurisprudenza prevalente. Una prima, sensibile innovazione interpretativa rispetto alla tesi tradizionale è stata, infatti, offerta da una sentenza del 1996<sup>(11)</sup>, ove si è affermato che il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte. Deriva da ciò – ha concluso la pronuncia – che non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche, cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità. In linea con simili affermazioni si collocano anche altre sentenze<sup>(12)</sup>, la più recente delle quali<sup>(13)</sup>, all'esito di un percorso ricostruttivo delle diverse opinioni misurate sul tema, ha concluso che, ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali, la nozione di malattia giuridicamente rilevante non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica, che possono in realtà anche mancare, bensì solo quelle alterazioni da cui deriva una limitazione

<sup>(11)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 1996, n. 10643, P.C. in proc. Francolini.

<sup>(12)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, 15 ottobre 1998, n. 714, Rocca; Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2004, n. 3448, Perna.

<sup>(13)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 19 marzo 2008, n. 17505, Pagnani, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 606, con nota di Romagnoli.



funzionale o un significativo processo patologico ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa (14).

Accedendo, dunque, ad una impostazione per così dire «funzionalistica» del concetto di malattia, se ne devono trarre i necessari riverberi anche per ciò che attiene all'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 582 c.p., giacché, se si ritiene che non possa integrare il reato la lesione che coincida, come evento causalmente derivato, in una mera alterazione anatomica senza alcuna apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo, se ne deve dedurre che l'elemento psicologico non potrà non proiettarsi a «coprire» anche la conseguenza «funzionale» che dalla condotta illecita è derivata. Per la verità, la giurisprudenza della Cassazione si è mostrata propensa a ritenere che per la sussistenza del dolo nel delitto di lesioni personali non è necessario che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione di conseguenze lesive, essendo sufficiente l'intenzione di infliggere all'altrui persona una violenza fisica; basta quindi – secondo tale impostazione – il dolo generico, che deve reputarsi sussistere – sia pure nella forma eventuale – anche in ipotesi di azione commessa *ioci causa* allorché l'agente abbia previsto come probabile (e quindi ne abbia accettata la verifica concreta) l'evento lesivo (15). Discende, poi, da tale orientamento la tesi della identità del dolo delle lesioni volontarie rispetto a quello delle percosse (16). Anche a voler prescindere dalla dubbia condivisibilità teorica di siffatta ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato di lesioni volontarie, resta il fatto che essa oblitera un dato normativo di ineludibile risalto, qual è quello rappresentato dal fatto che l'evento naturalistico del delitto di cui all'art. 582 c.p. si compone di un frammento «definitorio» – la lesione – che si specifica in un altro evento che dal primo deriva: appunto, la malattia, a sua volta da intendersi nel senso che si è dianzi delineato. Se, dunque, si cagiona sul derma dell'individuo una soluzione di continuo che può integrare la nozione di «lesione», ciò è ancora in conferente, sul versante del trattamento medico-chirurgico, agli effetti della integrazione del precetto, se ad essa non consegua una alterazione funzionale dell'organismo. Pensare che questa «conseguenza» sia estranea alla sfera dell'elemento psicologico, equivale ad estrapolare dall'evento del reato un solo elemento definitorio, fran-

(14) Cfr. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

(15) Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 7 giugno 1996, n. 6773, P.M. in proc. Poma; Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 1989, n.3103, Lavera; Cass. pen., sez. V, 25 novembre 1986, n. 3038/87, Zito; Cass. pen., sez. V, 12 aprile 1983, n. 4419, Negovetich.

(16) Cfr. Cass. pen., sez. V, 12 ottobre 1983, n. 9448, Ferrario; Cass. pen., sez. V, 3 febbraio 1984, n. 1564, Dal Pozzo.



tumandone, arbitrariamente, l'unitarietà che ad esso ha ritenuto di imprimere il legislatore. Sotto questo profilo, dunque, una diversa interpretazione non solo appare inaccettabile da un punto di vista di disamina «strutturale» della fattispecie – giacché la malattia finirebbe per atteggiarsi alla stregua di una «eccentrica» condizione obiettiva di punibilità – ma anche in grave frizione con il principio di colpevolezza, sancito dall'art. 27, comma 1°, Cost., per il quale – secondo la costante interpretazione ad esso data dalla Corte costituzionale (17) – è postulato un coefficiente di partecipazione psichica del soggetto al fatto, rappresentato quantomeno dalla colpa, in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica, fra i quali non può non essere annoverata proprio la «malattia».

Secondo le Sezioni unite, dunque, non potrà ritenersi integrato il delitto di cui all'art. 582 c.p., proprio per difetto del relativo «evento» e cioè della malattia, intesa in senso obiettivo, qual è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa. È evidente, comunque, che per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare, quindi, che possa essere soltanto la «monologante» scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, neglignendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo (18).

Le Sezioni unite concludono segnalando che l'eventuale mancato consenso informato del paziente al diverso tipo di intervento praticato dal chirurgo, rispetto a quello originariamente assentito, potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale (19).

##### 5. – *Il consenso informato quale presupposto di legittimità del trattamento sanitario e dell'attività medico-chirurgica*

Si discute da sempre sul fondamento giuridico e sulla legittimazione del trattamento sanitario e della attività medico-chirurgica (20). In base una vec-

(17) Cfr., da ultimo, Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1461, con nota di Risicati; in *Riv. it. dir. e proc. p.*, 2008, 1340, con nota di Vizzardi.

(18) Cfr. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

(19) Cfr. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

(20) Cfr. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004, p. 1059 s.; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, p. 309 ss.; ID., *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *questa rivista*, 2009, p. 255 ss.; DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, in *Tratt. dir.*

mpromis-  
omunque

zionalisti-  
peri anche  
l. 582 c.p.,  
coincida,  
mica sen-  
se ne de-  
a «copri-  
ta è deriva-  
propensa a  
onali non è  
e di conse-  
trui perso-  
il dolo ge-  
tuale – an-  
bia previsto  
ncreta) l'e-  
lla identità  
(16). Anche  
lla ricostru-  
resta il fatto  
quello rap-  
all'art. 582  
he si specifi-  
a sua volta  
cagiona sul  
are la nozio-  
trattamento  
se ad essa  
are che que-  
logico, equi-  
nitorio, fran-

oc. Poma; Cass.  
embre 1986, n.

ez. V, 3 febbraio

chia tesi, il trattamento sanitario si autogiustificherebbe, in quanto attività di elevato valore sociale, funzionale alla salvaguardia di beni di altissimo rango costituzionale quali la salute e la vita stessa del paziente<sup>(21)</sup>. Questa tesi è stata superata dalla successiva giurisprudenza, come è chiaramente emerso sia nel caso Welby-Riccio<sup>(22)</sup>, sia nel caso Englaro<sup>(23)</sup>, sia dal caso Grassato-Testimoni di Geova<sup>(24)</sup>.

*comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2007, p. 309 ss.; FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico: principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, I, p. 435 ss.; PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in questa rivista, 2006, p. 589 ss.; FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in questa rivista, 2006, p. 1671 ss. In argomento si v. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato: tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996; AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico chirurgico: profili penalistici e civilistici*, Torino, 2006; FERRANDO, *Consensus informato*, in *Il diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Milano, 2007, III, p. 742 ss.; TOMMASI, *Consensus informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, I, p. 556; FACCI, *Dovere di informazione del sanitario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 558 ss. e p. 617 ss.

<sup>(21)</sup> Cfr. Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Danno e resp.*, 1997, p. 178, con nota di Carbone; Cass., sez. I, 29 maggio 2002, Volterrani, in *Riv. it. dir. proc. p.*, 2003, p. 609. Per una adeguata critica si v. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. p.*, 2004, p. 167. In argomento si v. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 952 ss.

<sup>(22)</sup> Cfr. Trib. Roma, 23 luglio 2007, Giudice Secchi, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 59, con nota di VALLINI. Si v. DONINI, *IL caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 909; PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. med. leg.*, 2007, p. 1217; A. TARUFFO, *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 81.

<sup>(23)</sup> Cfr. Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, rel. Giusti, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 129, con nota di Campione. Sul questo caso di v. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso Englaro*, in *Riv. dir. pen. e proc.*, 2008, p. 1035 ss.; SANTOSUOSSO, *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. II, p. 127 ss.; ID., *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 5 ss.; MANTOVANI, *Caso Englaro e inquisizioni giuridiche*, in *Iustitia*, 2009, p. 7 ss.; BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2008, p. 966 ss. In argomento si v., da ultimo, COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 485 ss.

<sup>(24)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, Pres. Preden, Rel. Travaglio, in *Corriere giur.*, 2008, p. 1671. In argomento si v. FACCI, *I medici, i testimoni di Geova e le trasfusioni di sangue*, in *La responsabilità civile*, 2006, p. 932; ID., *I testimoni di Geova ed il «dis-senso» all'atto medico (Nota a G.i.p. T. Roma, 16 gennaio 2006)*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 116; ID., *Le trasfusioni dei testimoni di Geova arrivano in cassazione (ma la suprema corte non decide) (Nota a Cass., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211, Setti c. Az. serv. sanit. Trento)*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 1885; BUSI, *Sangue o no sangue? questo è il problema*, in *Corriere merito*, 2009, n. 5, p. 493 ss.

Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall'art. 32, comma 2°, Cost. e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefetabile che «giustifica» il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole - salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere - della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinviene base precettiva, e, per così dire, «costitutiva», negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale. Sul punto, basterà richiamare una recentissima pronuncia della Corte costituzionale<sup>(25)</sup>, nella quale la tematica del consenso informato è stata scandagliata *ex professo*, offrendosi dell'istituto del consenso al trattamento medico un quadro definitorio dettagliato e del tutto sintonico con gli approdi cui era già pervenuta, come si è fatto cenno, la giurisprudenza della Cassazione. Il Giudice delle leggi ha infatti avuto modo di puntualizzare che il «consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., 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». D'altra parte, ha osservato la Corte, anche numerose fonti internazionali prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti sanitari. Così, «l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, premesso che gli Stati aderenti «riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione», dispone che «tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore». A sua volta, ha rammentato ancora la Corte, «l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso

<sup>(25)</sup> Cfr. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438; già Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, c. 13, nel sostenere il fondamento costituzionale del consenso informato, aveva tramite l'art. 13 Cost. individuato la libertà di ciascuno di disporre del proprio corpo. In argomento si v. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto attivo e in quello passivo*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 17; MUSUMECI, *Dal potere alla libertà di disporre del proprio corpo*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 626 ss.

tività  
simo  
gesta  
ente  
caso

senso  
in Riv.  
natta-  
natta-  
nto-  
llano,  
civi-  
biSo-  
tività  
(Nuo-

ione;  
guata  
zient-  
ste al

no-  
al di-  
male,  
medi-

l con  
in. e  
a civ.  
stati-  
liche,  
8, p.  
rapie  
9, p.

o, in  
tra-  
dis-  
lib.,  
ode)  
tiv.,  
p.



libero ed informato'; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che 'ogni individuo ha il diritto alla propria integrità fisica e psichica' e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, 'il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge'. «La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico – ha ancora precisato la Corte – si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3, l. 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall'art. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge».

I principi enunciati dalla Corte costituzionale, scolpiti, alla luce della pluralità di fonti che concorrono a rafforzarne gli enunciati, rappresentano, dunque, la ineludibile base precettiva sulla quale poter configurare la legittimità del trattamento sanitario in genere e della attività medico-chirurgica in specie: con l'ovvia conseguenza che, ove manchi o sia viziato il consenso « informato » del paziente, e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità, il trattamento sanitario risulterebbe *eo ipso* invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare. Ed è proprio in quest'ultima prospettiva che assume uno specifico risalto la normativa – non poco evolutasi nel corso del tempo – elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica; giacché da essa, per un verso, si chiarisce la portata del « circuito informativo » che deve collegare fra loro medico e paziente, in vista di un risultato che – riguardando diritti fondamentali – non può non essere condiviso; e, dall'altro lato, è destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono il « prescrizionale » per il medico, e la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale. A seguito, infatti, della Convenzione di Oviedo, anche il codice deontologico, approvato dal Consiglio Nazionale della Federazione Italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri il 3 ottobre 1998, ha proceduto ad una revisione del concetto di consenso informato, elaborando una definizione dello stesso più in linea con i parametri interpretativi suggeriti dalla stessa Convenzione. L'art. 30 del nuovo codice, infatti, ha previsto che il medico debba fornire al paziente « la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate ». Dietro esplicita richiesta del paziente, inoltre,

il  
L  
ne  
m  
fe  
cc  
st  
be  
es  
sp  
cc  
m  
re  
qu  
cc  
pi  
di  
ch  
de  
ec  
at  
ci  
pr  
l'e  
to  
st  
la

6.

m  
32  
zi  
de  
di  
po  
cc  
pi  
pr

il medico dovrà fornire tutte le ulteriori informazioni che gli siano richieste. L'art. 32 ha a sua volta stabilito che il medico non debba intraprendere alcuna attività diagnostica o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente; con l'ulteriore necessità della forma scritta per la manifestazione di tale consenso nell'ipotesi in cui la prestazione da eseguire comporti possibili rischi per l'integrità fisica del soggetto. L'art. 34 ha infine stabilito che il «medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona». Da simili principi, profondamente innovativi rispetto a quelli enunciati nel precedente codice del 1995, si è tratto, quindi, il convincimento che fosse ormai superata la configurazione della attività del medico come promanante da soggetto detentore di una «potestà» di curare, dovendosi invece inquadrare il rapporto medico-paziente (al di fuori di qualsiasi visione paternalistica) nel contesto di quella che è stata definita come una sorta di «alleanza terapeutica»; in sintonia, d'altra parte con una più moderna concezione della salute, che trascende dalla sfera della mera dimensione fisica dell'individuo per ricomprendere anche la sua sfera psichica. Simili risultati sono stati poi ribaditi anche nel successivo codice deontologico, approvato dalla medesima Federazione il 16 dicembre 2006, ed il cui art. 35 conferma, appunto, che il «medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente», aggiungendo – quale ulteriore conferma del principio della rilevanza della volontà del paziente come limite ultimo dell'esercizio della attività medica – che «in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona».

6. – *Autonomia tra il diritto all'autodeterminazione e il diritto alla salute: autonomia del diritto al consenso informato rispetto al diritto ad essere curati*

La circostanza, dunque, che il consenso informato trovi il suo fondamento direttamente nella Costituzione, e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32 della Carta, pone in risalto – secondo il Giudice delle leggi – la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: «quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e,

quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, comma 2°, Cost. ».

Ciò che più rileva nel suddetto passo riportato, non è tanto l'affermazione dell'autonomia del diritto al consenso informato rispetto al diritto ad essere curati, distinzione che già si ritrova nella giurisprudenza della Cassazione (26) e di merito (27), quanto piuttosto il fatto che per la prima volta il Giudice delle leggi affermi l'esistenza di un autonomo diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso.

Prendendo posizione nell'attuale dibattito, si rileva che, qualora le pratiche di nutrizione e idratazione artificiale, o gli altri interventi sostitutivi di funzioni compromesse, mediante cd. presidio sanitario, non si volessero fare ragionevolmente rientrare nel divieto dei trattamenti sanitari di cui all'art. 32 Cost., così come ha correttamente ritenuto la Cassazione (28), non vi è dubbio che, in forza dell'esistenza del suddetto autonomo diritto all'autodeterminazione, tali pratiche, se in contrasto con la volontà del destinatario, o del suo legale rappresentante, o del suo tutore, o dell'amministratore di sostegno, sarebbero comunque illegittime per violazione dell'art. 13 Cost. (29).

(26) Cfr. Cass., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giur. it.*, 2007, c. 343, con nota adesiva di PETRI e critica di MEANI, *Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all'intervento eseguito correttamente*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1244. Sulla responsabilità penale e civile del medico in assenza di consenso informato si v. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente: consenso informato e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, p. 185 ss. In argomento si v. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *questa rivista*, 2006, p. 589 ss. Da ultimo si v. Cass., sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145, che parla « del diritto all'autodeterminazione terapeutica in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale », quale « diritto personalissimo del soggetto di spessore costituzionale ».

(27) Cfr. Trib. Milano, sez. V, 4 marzo 2008, n. 2847, in *Resp. civ.*, 2009, p. 75, con nota di FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle S.U. della Cassazione*, secondo cui il diritto all'autodeterminazione « appartiene ai diritti inviolabili della persona, ed è espressione del diritto all'autodeterminazione in ordine a tutte le sfere ed ambiti in cui si svolge la personalità dell'uomo, fino a ricomprendere anche la consapevole adesione al trattamento sanitario, con la legittima facoltà di rifiutare quegli interventi e cure che addirittura possano salvare la vita del soggetto »; Trib. Milano, sez. V, 16 dicembre 2008, Giudice Fontanella, in *Corriere merito*, 2009, n. 5, p. 493 ss., con nota di Busi.

(28) Cfr. Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 545 ss., con commento di Casonato; e in *Diritto pubblico*, 2008, p. 85 ss., con nota di G.U. RESCIGNO. In senso conforme, FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *questa rivista*, 2009, p. 268.

(29) Cfr. VALLINI, *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen e proc.*, 2008, p. 70.



7. - *Il principio dell'habeas corpus: dissenso e diritto a rifiutare le cure salvavita. Dovere giuridico del medico di sospendere l' indesiderato presidio sanitario*

Orbene, salvo i casi eccezionali di trattamento sanitario obbligatorio<sup>(30)</sup> e di trattamento sanitario esercitato in presenza di uno stato di necessità (art. 54 c.p.), il consenso informato del paziente costituisce il fondamento e la legittimazione dell'attività medica, la quale, in assenza del consenso informato, configura certamente un illecito civile, a prescindere dall'esito fausto o infausto del trattamento.

L'art. 32 Cost., che vieta a chiare lettere l'imposizione coattiva di un qualsiasi trattamento sanitario, rappresenta una *species* del più generale diritto di non subire intromissioni sul corpo<sup>(31)</sup>, quale espressione minima di quella inviolabile libertà personale attribuita dall'art. 13 Cost. a chiunque e, dunque, anche al morente.

L'individuo ha diritto a rifiutare anche un trattamento sanitario salvavita, sia in forza della libertà negativa riconosciuta dall'art. 32, comma 2°, Cost., sia in forza della libertà positiva di scelta e di autodeterminazione riconosciuta dall'art. 13 Cost.

La Cassazione civile, sulla scia della sentenza del caso Englaro, con qualche significativa precisazione, ha recentemente statuito che «il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte; tuttavia, il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal poterdovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata *'ex ante'* ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato *ex post*, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui ri-

<sup>(30)</sup> Cfr. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *questa rivista*, 2009, p. 261, nota 9; l. 13 marzo 1978, n. 180; l. 27 maggio 1991, n. 165; l. 4 febbraio 1966, n. 51; l. 6 giugno 1939, n. 89; l. 5 marzo 1963, n. 292; r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 254 (T.U. san.); r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 286 (T.U. san.); l. 25 luglio 1965, n. 837, art. 6; Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2694, con nota di Ponzanelli; Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2326, con nota di Ponzanelli; Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1451. I trattamenti obbligatori, in nessun caso, non possono violare il limite imposto dal rispetto della persona umana. In argomento si v. FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in *questa rivista*, 2006, p. 1671 ss.

<sup>(31)</sup> Cfr. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, p. 47.

schì derivanti dal rifiuto delle cure» (32). La Cassazione ha inoltre statuito che, «il paziente che, per motivi religiosi (o per altra diversa natura), intendesse far constatare il proprio dissenso alla sottoposizione a determinate cure mediche, per l'ipotesi in cui dovesse trovarsi in stato di incapacità naturale, ha l'onere di conferire ad un terzo una procura *ad hoc* nelle forme di legge, ovvero manifestare la propria volontà attraverso una dichiarazione scritta che sia puntuale ed inequivoca, nella quale affermi espressamente di volere rifiutare le cure quand'anche venisse a trovarsi in pericolo di vita» (33).

Si deve, dunque, considerare superato il primo orientamento che, richiamandosi alla posizione di garanzia propria del sanitario ed alla concezione della vita come bene indisponibile, ritiene che, tutte le volte in cui ricorra il pericolo della morte o anche di un pregiudizio alla salute, imminente ed irreparabile, il medico debba comunque effettuare il trattamento, anche quando il paziente, in condizione di piena capacità, lo rifiuti espressamente (34).

(32) Cfr. Cass., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, Pres. Preden, Rel. Travaglino; in *Corriere giur.*, 2008, 12, p. 1671; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 126, con nota di Gorgoni. Nella specie la S.C., sulla scorta dell'enunciato principio, ha ritenuto che non ricorressero le condizioni per un valido dissenso in un caso in cui era risultato da un cartellino, rinvenuto addosso al paziente, testimone di Geova, al momento del ricovero, in condizioni di incoscienza, che recava l'indicazione «niente sangue», appunto perché la manifestazione di volontà non risultava essere stata raccolta, in modo inequivoco, dopo aver avuto conoscenza della gravità delle condizioni di salute al momento del ricovero e delle conseguenze prospettabili in caso di omesso trattamento. Critica la predetta sentenza, FORTE, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 1678, il quale ritiene che il tesserino «no sangue» sia sufficiente a esternare una volontà certa, non ipotetica; nello stesso senso si v. VIGLIONE, *Il rifiuto delle trasfusioni di sangue fondato su motivi religiosi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002. In argomento si v. BUSI, *Sangue o no sangue? questo è il problema*, in *Corriere merito*, 2009, n. 5, p. 493 ss. FACCI, *Le trasfusioni dei testimoni di Geova arrivano in cassazione (ma la suprema corte non decide) (Nota a Cass., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211, Setti c. Az. serv. sanit. Trento)*, in *Resp. civ.*, 2007, 1885.

(33) Cfr. Cass., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, cit.

(34) Cfr. FIORI, *Il caso Welby, i medici, i pesi e le misure*, in *Medicina e morale*, 2007, p. 9; LADECOLA-FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto diritto di morire, criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, I, p. 302; LADECOLA, *In tema di rilevanza penale - come delitto doloso contro la vita e l'incolumità individuale - del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 219. Secondo questa impostazione, il diritto alla vita, in quanto indisponibile, renderebbe privo di effetto e *contra legem* il rifiuto del paziente, ed il medico sarebbe tenuto ad intervenire, essendo questa condotta giustificata dallo stato di necessità e dall'adempimento di un dovere. In argomento si v. BUSI, *Sangue o no sangue? questo è il problema*, in *Corriere merito*,

Si deve, inoltre, considerare parzialmente superato anche il secondo ed intermedio orientamento che configura in favore del solo paziente cosciente e consapevole, il diritto di rifiutare qualsiasi tipo di cure, mentre nella ipotesi in cui il paziente sia in stato di incoscienza e la sua integrità fisica versi in grave ed irreparabile pericolo, il medico sarebbe sempre tenuto ad intervenire, senza che la sua condotta possa essere fonte di responsabilità penale o civile, anche quando il dissenso del paziente sia deducibile da preventive manifestazioni di volontà<sup>(35)</sup>. Secondo questo indirizzo, infatti, il rifiuto al trattamento, per essere valido, dovrebbe essere inequivoco, attuale, effettivo e consapevole, ovvero dovrebbe essere riferito alle specifiche condizioni di salute in cui il paziente versa nel momento in cui lo esprime e dovrebbe essere basato su informazioni complete e dettagliate, in modo che il soggetto possa rendersi conto, completamente, della sorte a cui andrà incontro<sup>(36)</sup>.

Il terzo ed ultimo orientamento<sup>(37)</sup>, invece, è incentrato sul consenso informato quale istituto a tutela della libertà assoluta ed imprescindibile di autodeterminazione del paziente, il quale ha il pieno diritto a rifiutare anche un trattamento sanitario salvavita, con possibilità di manifestare il proprio dissenso alla terapia attraverso l'utilizzo di direttive anticipate<sup>(38)</sup>, mediante procura *ad hoc*<sup>(39)</sup>, o testamento biologico<sup>(40)</sup>, o amministratore di

2009, n. 5, p. 493 ss.; FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in questa rivista, 2006, p. 1671 ss.

<sup>(35)</sup> Cfr. Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Danno e resp.*, 2008, 1, p. 27, con nota di Guerra; in *Foro it.*, 2008, I, c. 1711, con nota di Casaburi; in *Resp. civ. e prev.*, 2007, II, p. 1885, con nota di Facci; App. Trento, 19 dicembre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 145; App. Trieste, 25 ottobre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 145; Trib. Roma, 16 gennaio 2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1, p. 114. In argomento si v. BUSI, *Sangue o no sangue? questo è il problema*, in *Corriere merito*, 2009, n. 5, p. 493 ss.; FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in questa rivista, 2006, p. 1671 ss.

<sup>(36)</sup> Pertanto, secondo questo orientamento, il tesserino «non sangue» o qualunque altro atto o documento e/o direttiva anticipata attestanti il rifiuto ai trattamenti trasfusionali, che in genere i testimoni di Geova portano con sé, sono quindi non idonei a manifestare il dissenso: essi infatti esprimono una volontà non concreta, ma astratta, non specifica, ma programmatica, non informata, ma ideologica e, soprattutto, passata, preventiva e non attuale.

<sup>(37)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, cit.; Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.; Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

<sup>(38)</sup> Con riferimento al dibattito sulle direttive di trattamento si v. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008.

<sup>(39)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, cit.

<sup>(40)</sup> Cfr. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o eutanasia?*, in questa rivista, 2009, p. 255 ss.; AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cu-



sostegno ex art. 408 c.c. <sup>(41)</sup>, o tutore <sup>(42)</sup>, il quale potrà, sia farsi porta voce della volontà manifestata dal paziente prima della perdita della capacità, sia ricostruire la volontà dell'ammalato sulla base della sua personalità, del suo stile di vita e dei suoi convincimenti <sup>(43)</sup>.

Il diritto dell'individuo a rifiutare un trattamento sanitario salvavita,

ra della Fondazione Veronesi, in *Il Sole 24 ore*, Milano, 2006, tra cui gli interventi di FERRANDO, SESTA, PATTI, RESCIGNO, ALPA, BALESTRA, BONILINI, DE TILLA, CECCHI, VICENTI AMATO. In argomento si v. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, *Fam. e dir.*, 2008, p. 407; ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita not.*, 2007, p. 3; PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 390; BALLARINO, *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 69; DE TILLA, *Testamento biologico*, in *Il diritto - Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. XV, p. 622; BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Famiglia*, 2006, p. 435; BALESTRA, *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico-paziente*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 102; SPOTO, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 179; CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e interruzione delle cure*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 141 ss.; GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico? (Nota a T. Modena, 13 maggio 2008, Zanolli)*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 1828 ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cura della Fondazione Veronesi, in *Il Sole 24 ore*, Milano, 2006, p. 171 ss.; BONILINI, *Testamento per la vita e amministratore di sostegno*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 190 ss.; FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o eutanasia?*, in *questa rivista*, 2009, p. 276; CALÒ, *L'amministratore di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, p. 106; BARNI, *L'amministratore di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente, note a Trib. Modena, 28 giugno 2004*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 185; CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e interruzione delle cure*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 141 ss.; BORTOLUZZI, *Consenso informato e testamento biologico: dispositivo o umanizzazione della cura? Lo strumento dell'amministrazione di sostegno*, in *Vita not.*, 2008, p. 1101; LOMBARDI, *Direttive anticipate, testamento biologico ed amministrazione di sostegno (Nota a Trib. Modena, 13 maggio 2008, Zanolli)*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2518; ZAMBRANO, *Dall'amministrazione di sostegno*, in *Amministrazione di sostegno. Commentario alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, p. 151; BUSI, *Sangue o no sangue? questo è il problema*, in *Corriere merito*, 2009, n. 5, p. 502, la quale richiama Trib. Vibo Valentia, 30 novembre 2005, e Trib. Roma, 21 dicembre 2005, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 523, con nota di CAMPIONE, *Direttive anticipate di trattamento sanitario ed amministratore di sostegno*.

<sup>(42)</sup> Cfr. Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

<sup>(43)</sup> Per le critiche a questo giudizio sostitutivo si v. GAZZONI, *La Cassazione riscrive la norma sull'eutanasia*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008; CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e interruzione delle cure*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 144, il quale mette in rilievo la contraddittorietà del riferimento al principio di autodeterminazione laddove l'interessato non abbia espresso alcuna volontà in epoca antecedente alla perdita di coscienza. In argomento si v. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico (Nota a Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, X. c. Z.)*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 508.

non può portare ad ammettere che nel nostro ordinamento esista il diritto a morire<sup>(44)</sup>. Il rifiuto di cure salvavita, tuttavia, anche laddove conduca alla morte, non può essere configurato alla stregua di una fattispecie di eutanasia penalmente rilevante<sup>(45)</sup>. Il giudizio di liceità dell'eutanasia passiva, a differenza della eutanasia attiva, si basa sulla natura omissiva del comporta-

<sup>(44)</sup> Cfr. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o eutanasia?*, in questa rivista, 2009, p. 255, il quale mette in evidenza che nella maggior parte dei paesi del mondo esiste il diritto di vivere, non anche quello a morire. L'a. precisa che, pur mancando il diritto di morire, molti segnali si trovano nell'ordinamento per negare un obbligo di vivere a tutti i costi. In Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., infatti, si legge che deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene vita (...), lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 Cost. (...), nonché dall'art. 13 Cost. che considera inviolabile la libertà personale e, dunque, il diritto di autodeterminazione.

<sup>(45)</sup> Cfr. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in *I reati contro la persona*, Trattato diretto da Cadoppi, Canestrari e Papa, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, p. 120; ID., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. medicina legale*, 2003, 751. Sul tema si v. *Eutanasia e diritto - Confronto tra discipline*, a cura di CANESTRARI, CIMBALO e PAPPALARDO, Torino, 2003; BRICOLA, *Vita diritto o dovere spazio aperto per il diritto?*, in Bricola, *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrari-Melchionda, Milano, 1997, p. 2801 s.; CORNACCHIA, *Eutanasia, Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, p. 385 ss.; EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in *La tutela penale della persona*, a cura di Fioravanti, Milano, 2001, p. 119 ss.; CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di Canestrari-Fornasari, Bologna, 2001, p. 99 ss.; ID., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, BUP, 2008; GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 553 ss.; VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, p. 539 ss.; VEBRONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007. In argomento si v. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e interruzione delle cure*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 139, il quale sottolinea che Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, non risolverebbe le più gravi incertezze che si agitano intorno alla distinzione tra rifiuto di cure ed eutanasia. L'a., infatti, richiamando una parte della dottrina penalistica, segnala come il discrimine tra le diverse fattispecie di eutanasia e il rifiuto di cure sia impercettibile qualora il paziente, pur in grado di intendere e di volere, sia fisicamente impossibilitato a sottrarsi ad un trattamento in atto e debba, per rendere effettiva la propria volontà di non essere curato, ricorrere al positivo intervento di un terzo, da individuare necessariamente tra il personale medico (esempio emblematico è il distacco del paziente da un macchinario che ne garantisca la sopravvivenza). Relativamente a tale ipotesi, la dottrina (cfr. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *La tutela penale della persona* a cura di Fioravanti, Milano, 2001, p. 142 ss.; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. p.*, 2004, p. 141 s.), pur non dubitando che l'opera del sanitario configuri una condotta di carattere positivo, ritiene nondimeno che la prospettiva meramente naturalistica si riveli eccessivamente angusta, non tenendo in debito conto che l'azione del professionista si sostanzia comunque

la voce  
cità, sia  
del suo  
vavita,

FRAN-  
ZONI, AL-  
BERTI, La  
tutela pen-  
ale della  
persona, Ef-  
fetti della  
testa-  
mento  
biologico,  
fam. e  
dir. proc.  
penal.  
2009,  
p. 255.

la  
ter-  
mi-  
ni-  
co  
2009,

mento tenuto dal medico, che rende possibile qualificare come causa della morte direttamente la malattia anziché la condotta umana <sup>(46)</sup>: il medico non «cagiona la morte», bensì «lascia morire», non potendo intervenire contro la volontà del paziente <sup>(47)</sup>. In questi casi è preferibile parlare di astensione terapeutica, piuttosto che di eutanasia. Inoltre, sarebbe opportuno non utilizzare il termine eutanasia, nei casi di sospensione delle cure da parte del medico per sopravvenuta revoca del consenso e contestuale rifiuto alle successive cure salvavita. Se il medico, per mantenere in vita il paziente, magari in stato vegetativo persistente, aveva fatto ricorso all'impiego di apparecchi meccanici oppure alla nutrizione totale mediante sonda o fleboclisi o entrambi i mezzi, per effetto del successivo dissenso, sarà tenuto a sospendere dette cure o tecniche mediante interruzione dell'indesiderato presidio sanitario. Anche in questo caso, il paziente è «lasciato morire», e la condotta del medico, visto il contesto in cui si colloca, non dovrebbe considerarsi commissiva, limitandosi il medico a sospendere le cure che aveva iniziato <sup>(48)</sup>.

nell'interruzione di terapie richiesta dal malato e fondandosi tra l'altro su una distinzione, quella tra azione ed omissione, del tutto inadeguata al cospetto dell'incidenza della scienza medica, a cogliere la complessità delle situazioni concrete nelle quali oggi opera il personale sanitario (cfr. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità della persona*, Bari, 1995, p. 24 ss.). Al riguardo si è detto che si è in presenza di omissione qualora il medico «interrompa, su un piano tecnologicamente più elevato, il lavoro di una macchina» (cfr. ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di Stortoni, Trento, 1992, p. 82). Alla stregua di tali considerazioni, si è inoltre rilevato come il binomio tra eutanasia attiva e passiva si riveli ormai non più nitido e forviante se assunto come base di partenza per chiarire il concetto di eutanasia (cfr. TRIPODINA, *Il diritto nell'età dell'era tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, p. 38), e si è evidenziata la crisi della usuale partizione tra le categorie dell'azione e dell'omissione (cfr. AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 323).

<sup>(46)</sup> Cfr. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit. p. 120; ID., *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in AA.VV., *Eutanasia e diritto*, Torino, 2003, p. 225. L'a. mette in evidenza la irrilevanza penale dell'omissione o dell'interruzione delle cure nel caso sia lo stesso malato a rifiutare l'intervento medico. In argomento si v. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1018 ss.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di omicidio e eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc.p.*, 1995, p. 692 ss.

<sup>(47)</sup> Cfr. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, p. 540 ss.

<sup>(48)</sup> Secondo alcuni l'interruzione della terapia richiesta dal malato, configurerebbe una condotta commissiva del medico, in quanto tale punibile come omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) o come suicidio assistito (art. 580 c.p.). Al riguardo si è segnalato che questa ultima impostazione creerebbe una evidente disparità di trattamento tra quanti siano autonomamente in grado di sottrarsi ai trattamenti medici e quanti, al fine di esercitare il diritto al

Con il rifiuto di cure salvavita, non si dispone della integrità fisica e della vita, intesa come una sorta di entità esterna all'uomo, tutelata quale principio di ordine pubblico<sup>(49)</sup>, bensì si esercita, oltre al diritto all'autodeterminazione, il diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati<sup>(50)</sup>: diritto relativo a come vivere, e non un paradossale diritto di morire o di ammalarsi, ma diritto di vivere, sostanziato dalla autonomia e dignità di uomini liberi<sup>(51)</sup>, che trae con sé il dovere dei terzi di rispettare scelte esistenziali che riguardano innanzi tutto il come vivere, e il come morire quale aspetto del come vivere<sup>(52)</sup>. Si tratta di libertà negativa imprescindibile riconosciuta quale area di libertà o di autonomia della persona nelle scelte che più intimamente la riguardano, tra le quali non possono non annoverarsi le scelte concernenti la propria salute, ma anche quale sfera di inviolabilità dello spazio fisico, corporeo: che è concepito come una sorta di sacro recinto, che nessuno può invadere senza il consenso del suo titolare<sup>(53)</sup>. Anche il rifiuto di cure, dunque, è una scelta di vita. Nei casi in

l'autodeterminazione, debbano ricorrere all'ausilio del terzo. Sul punto v. C.E.D.U., 29 aprile 2002, n. 2346, caso *Pretty contro Regno Unito*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 57, con nota di BARBI-SAN, *Sacralità della vita e bilanciamento nella giurisprudenza inglese ed in quella della Corte europea di Strasburgo*; relativa al diniego dell'autorizzazione all'eutanasia mediante suicidio assistito, la quale non configura nessuna disparità di trattamento e rigetta il ricorso. La sentenza è pubblicata anche in MORRONE, *Diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, Padova, 2007, p. 71 ss. In argomento si v. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o eutanasia?*, in *questa rivista*, 2009, p. 263 ss.

<sup>(49)</sup> Cfr. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, p. 253 s., il quale afferma la indisponibilità giuridica della vita. In senso contrario si v. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *La tutela penale della persona* a cura di Fioravanti, Milano, 2001, p. 142 ss.; MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 61; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. p.*, 2004, p. 141 s.

<sup>(50)</sup> Cfr. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 486 s. Significativo è al riguardo il caso *Welby-Riccio*, di cui alla sentenza Trib. Roma, 23 luglio 2007, Giud. Secchi, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 59, con nota di Vallini.

<sup>(51)</sup> Cfr. App. Milano, sez. I, decr. 25 giugno 2008, in *Corriere merito*, 2008, p. 1031, con nota di Marra.

<sup>(52)</sup> Cfr. PULITANÒ-CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 331; COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, cit., p. 486 s.

<sup>(53)</sup> Cfr. VIGANÒ, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 6; COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, cit., p. 486 s.



cui non siano accettati trattamenti ritenuti necessari, il rispetto dell'autonomia della persona acquista la consistenza di diritti di *habeas corpus* <sup>(54)</sup>: diritti di inviolabilità del proprio corpo, del proprio essere vivente <sup>(55)</sup>. È in questo caso che, paradossalmente ed eccezionalmente, il diritto di vivere finisce per includere anche il diritto di morire: non come disposizione dell'indisponibile diritto di vita, ma come disposizione su come vivere quel che resta da vivere, sorretta dal diritto a non sottostare all'intrusione di terzi sul proprio corpo <sup>(56)</sup>.

Orbene, la Suprema Corte ha chiaramente condiviso questa impostazione, avendo statuito che «il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale» <sup>(57)</sup>, e che «il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.» <sup>(58)</sup>.

Ne deriva che, non risponde di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), per avere agito nell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), il medico che sospende il trattamento sanitario che tiene in vita il paziente, su richiesta consapevole di questi, costituendo tale richiesta esercizio del diritto di rifiutare le cure (art. 32, comma 2°, Cost.) – cui corrisponde un divieto di attuare o proseguire gli interventi non voluti – prevalente sul di-

<sup>(54)</sup> Cfr. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 32 ss.; ID., *Il caso Englaro: una cronaca istituzionale*, in *Micromega, Il corpo e lo Stato, Iceberg 2*, n. 2-2009, p. 77 ss.; ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 1 ss.; MARANDOLA, *Habeas corpus*, in *Il diritto - Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. VII, p. 223; DE CESARIS, *Habeas corpus*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XV; GAMBINI MUSSO, *Habeas corpus*, in *Digesto pen.*, Torino, 1992, vol. VI, p. 58; E. CARBONE, *Habeas corpus e sofferenza psichica: riflessioni di un giudice tutelare*, in *Dir. e fam.*, 2005, p. 611.

<sup>(55)</sup> Cfr. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, cit., p. 486 s.

<sup>(56)</sup> Cfr. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 1198.

<sup>(57)</sup> Cfr. Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1117, con nota di Gennari.

<sup>(58)</sup> Cfr. tra la giurisprudenza penale: Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen e proc.*, 2009, p. 66; Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2008, n. 45126; Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Dir. pen e proc.*, 2009, p. 447 ss., con nota di Pelissero.

ritto alla vita <sup>(59)</sup>, quand'anche si intendesse quest'ultimo come indisponibile <sup>(60)</sup>.

#### 8. – *Violazione del diritto all'autodeterminazione e risarcimento del danno anche da perdita di chance*

Rispondendo al quesito posto nelle premesse, il medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico in assenza di consenso informato, ovvero diverso o ulteriore rispetto a quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, sarà comunque tenuto al risarcimento dei danni <sup>(61)</sup>, patrimoniali e non patrimoniali, in solido con la struttura sanitaria <sup>(62)</sup>, ai sensi dell'art. 1218 c.c. <sup>(63)</sup>.

<sup>(59)</sup> Cfr. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, p. 540.

<sup>(60)</sup> Cfr. Trib. Roma, 23 luglio 2007, Giudice Secchi, in *Dir. pen e proc.*, 2008, p. 59, con nota di Vallini. Il Tribunale, inoltre, precisa che, considerata la lettura e la *ratio* dell'art. 32, comma 2°, Cost., assume però rilievo scriminante unicamente la richiesta di sospensione di cure rivolta ad un medico nel contesto di un rapporto sanitario *stricto sensu*, dato che soltanto un medico, infatti, in quanto soggetto dotato di specifiche competenze e vincolato a precisi doveri deontologici, può garantire il rispetto dei confini tra l'esercizio di una libera ed informata autodeterminazione del paziente ed arbitrii forieri di violazioni di diritti essenziali, quali quelli in gioco. A ben vedere, se il divieto di attuare o proseguire gli interventi non voluti si rapporta al diritto di autodeterminazione di cui all'art. 13 Cost., la scriminante potrebbe avere un'ambito di applicazione più ampio.

<sup>(61)</sup> In argomento si v. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in questa rivista, 2006, p. 598 ss.; FACCI, *Il dovere di informazione del sanitario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 617 ss.; ID., *Violazione del dovere di informazione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 409 ss.; GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2135 ss.

<sup>(62)</sup> La responsabilità dell'ente ospedaliero è stata inquadrata dalla Cassazione nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto. A fondamento di detta responsabilità contrattuale, la giurisprudenza più recente invoca la figura del contratto atipico cd. di ospedalità o di assistenza sanitaria. Si è in particolare statuito che « il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata o ente ospedaliero ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal Servizio Sanitario Nazionale o da altro Ente), insorgono a carico della casa di cura o dell'ente, accanto a quelli tipici *latu sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura o dell'ente nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi

ogetto dell'autono-  
corpus <sup>(54)</sup>: di-  
vivo <sup>(55)</sup>. È in  
diritto di vivere fi-  
disposizione del-  
come vivere quel  
intrusione di ter-

o questa imposta-  
dico-chirurgiche,  
biato per un'ipo-  
de abbreviare la  
tosto tale rifiuto  
malattia segua il  
la libertà morale  
sua libertà fisica  
noea, le quali so-  
labile dall'art. 13

nziente (art. 579  
. 51 c.p.), il medi-  
il paziente, su ri-  
esercizio del di-  
orrisponde un di-  
revalente sul di-

o, *Il caso Englaro: una*  
09, p. 77 ss.; ZATTI, *Il*  
p. 1 ss.; MARANDOLA,  
CESARIS, *Habeas cor-  
eas corpus*, in *Digesto*  
za psichica: riflessioni

diche anche salva vita  
ile, in *Riv. it. med. leg.*,

8, p. 1117, con nota di

2008, n. 11335, in *Dir.*  
ass. pen., sez. un., 21  
issero.

Ai fini della configurazione della responsabilità del medico per omessa o inesatta informazione, infatti, è del tutto indifferente che il trattamento medico sia stato eseguito correttamente o meno, dato che lo stesso trattamento è stato comunque eseguito in violazione tanto dell'art. 32, comma 2°, Cost., quanto dell'art. 13 Cost. e dell'art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833<sup>(64)</sup>, e il paziente ha conseguentemente perso il diritto inviolabile di accettare o rifiutare il trattamento, quale manifestazione di libertà<sup>(65)</sup>. L'obbligo di informazione, infatti, è volto a tutelare direttamente l'autodeterminazione e la libertà del paziente. Orbene, se il consenso informato è presupposto di legittimazione del trattamento medico, e se il diritto all'autodeterminazione è autonomo e distinto dal diritto alla salute, non vi è dubbio che la viola-

dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale» (cfr. Cass., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066; Cass., sez. III, 2 febbraio 2005, n. 2042; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975). Al riguardo è da tenere presente che la struttura ospedaliera può essere considerata responsabile non solo per il fatto commesso dal sanitario nello svolgimento della propria attività, bensì anche direttamente. Sotto questo profilo rileva la progressiva autonomizzazione della responsabilità delle strutture ospedaliere, tenute ad assicurare non solo la prestazione di diagnosi e cure, ma anche tutta una più ampia serie di prestazioni di tipo organizzativo (cfr. Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Danni civili*, n. 38; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *La responsabilità civ.*, 2009, p. 221, con nota di Miriello. Il contratto di assistenza ospedaliera si arricchisce di una serie di obblighi di protezione basati sulla buona fede, sulla diligenza nel disporre o predisporre gli strumenti indispensabili all'adempimento dell'obbligazione correlata alla complessità della prestazione. La responsabilità diretta dell'ente ospedaliero sorgerà quindi in caso di carente organizzazione ovvero per difetto di funzionamento delle strutture (cfr. SIMONE, *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 9; DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2007, p. 335 ss.).

<sup>(63)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 28 novembre 2007, n. 24742, la quale ha statuito che «la responsabilità del medico per violazione dell'obbligo contrattuale di porre il paziente nelle condizioni di esprimere un valido ed efficace consenso informato è ravvisabile sia quando le informazioni siano assenti od insufficienti, sia quando vengano fornite assicurazioni errate in ordine all'assenza di rischi o complicazioni derivanti da un intervento chirurgico necessariamente da eseguire, estendendosi l'inadempimento contrattuale anche alle informazioni non veritiere»; Cass., sez. un., 30 dicembre 2001, n. 13533; Cass., 23 maggio 2001, n. 7027.

<sup>(64)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 14 marzo 2006, n. 6444, in *Giur. it.*, 2007, c. 343, con nota di Petri.

<sup>(65)</sup> Cfr. GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2140, secondo cui il diritto all'autodeterminazione è lesa non perché è stata pregiudicata l'integrità fisica ma perché il paziente non è stato posto nelle condizioni di decidere come preservare la propria integrità fisica.

zione del dovere di informazione e di autodeterminazione, anche nel caso in cui l'intervento chirurgico abbia avuto un esito fausto, nonostante l'assenza di un danno biologico <sup>(66)</sup>, determina comunque il risarcimento del danno sia per la privazione o la compromissione della libertà di autodeterminazione del paziente <sup>(67)</sup>, sia per l'eventuale ed ulteriore pregiudizio al completo stato di benessere fisico, mentale e sociale <sup>(68)</sup>. Nell'ottica della funzione riparatoria delle responsabilità civili <sup>(69)</sup>, se è vero che dalla lesione dell'interesse tutelato deve scaturire una perdita, una privazione di un valore non economico <sup>(70)</sup>, non vi è dubbio che per effetto della violazione

<sup>(66)</sup> In precedente la giurisprudenza affermava che l'inadempimento all'obbligo informativo non era idoneo, da solo, a fare sorgere l'obbligazione risarcitoria. A tal fine si riteneva necessario che alla lesione dell'interesse, costituzionalmente rilevante, all'autodeterminazione, si accompagnasse una lesione alla salute. Così Trib. Roma, 10 maggio 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, I, p. 149 ss., con nota di Facci. La lesione del diritto all'autodeterminazione, dunque, non veniva considerata autonomamente risarcibile: si v. Cass., 24 settembre 1997, n. 9374; Cass., 26 marzo 1981, n. 1773. In argomento si v. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in questa rivista, 2006, p. 599 s., la quale critica la tesi di coloro che considerano l'autodeterminazione in termini di diritto strumentale rispetto al diritto alla salute. Sul punto si v. Trib. Venezia, 4 ottobre 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 519, con nota di Bordon; Trib. Milano, 8 giugno 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 409, con nota di Facci, il quale richiama in senso conforme Trib. Padova, 15 maggio 2007, n. 462 e Trib. Forlì, sez. Cesena, 6 agosto 2007; Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 751 ss., con nota di Genari; Trib. Milano, 16 dicembre 2008, in *Corriere merito*, 2009, p. 493 ss., con nota di Busi.

<sup>(67)</sup> Cfr. Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Danno resp.*, 2006, p. 551, con nota di Lanotte; App. Venezia, 4 ottobre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 863, con nota di Cacace e Guerra; Trib. Viterbo, 27 novembre 2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 184; Trib. Milano, 14 maggio 1998, in *Res. civ. e prev.*, 1998, p. 1623; Trib. Milano, 4 marzo 2008, n. 2847, Giudice Spera, in *La responsabilità civ.*, 2009, p. 75, con nota di Romana Fantelli, la quale precisa il dovere di allegare e provare anche con presunzioni il pregiudizio non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto all'autodeterminazione.

<sup>(68)</sup> La salute, infatti, a questi fini deve essere intesa non già come assenza di malattia biologica o infermità, bensì come stato di completo benessere fisico, mentale e sociale. Significativa al riguardo è la definizione di «salute» data dalla più recente normativa: cfr. art. 2, lett. o), d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. Pur essendo l'intervento utile per fronteggiare la malattia, tuttavia può pregiudicare comunque la qualità della vita del paziente, incidendo sul suo benessere psicofisico: cfr. GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2135 ss.; FACCI, *Violazione del dovere di informazione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 421 ss.

<sup>(69)</sup> Cfr. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in questa rivista, 2009, p. 11; FACCI, *Violazione del dovere di informazione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 421 ss.

<sup>(70)</sup> Cfr. Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1017, con nota di Franzoni; Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 839.



del dovere di informazione, il paziente subisce una perdita della propria autodeterminazione, con conseguente privazione della libertà <sup>(71)</sup> anche di decidere se e quando e da chi sottoporsi all'intervento, nonché, in presenza di alternative diagnostiche o terapeutiche, di rifiutare ovvero differire nel tempo la scelta della terapia da seguire <sup>(72)</sup>. La violazione del diritto all'autodeterminazione si traduce comunque nella sottrazione di una *chance*, e pertanto il problema in questione può essere risolto anche richiamando la giurisprudenza in materia di risarcimento del danno derivante da perdita di *chance* <sup>(73)</sup>. Come è noto, la *chance*, o concreta ed effettiva occasione favo-

<sup>(71)</sup> Può trattarsi anche di libertà religiosa. È il caso del trattamento sanitario eseguito nonostante il legittimo rifiuto del paziente, Testimoni di Geova, per motivi religiosi: si v. Trib. Milano, sez. V, 16 dicembre 2008, Giudice Fontanella, in *Corriere merito*, 2009, n. 5, p. 493 ss., con nota di Busi; In argomento si v. FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in *questa rivista*, 2006, p. 1671 ss.

<sup>(72)</sup> Cfr. Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Danno resp.*, 2006, p. 551, con nota di Lanotte; in argomento FACCI, *Violazione del dovere di informazione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 419.

<sup>(73)</sup> Cfr. App. Roma, 17 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 640, con nota di NARDULLI, *Perdita di chance, verso l'ampliamento dell'area del danno risarcibile*; Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1182, con nota di A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*; in *Foro it.*, 1986, I, c. 383, con nota di PRINCIGALLI, *Quand'è più si che no: perdita di una chance e risarcimento del danno*; Cass., sez. lav., 24 gennaio 1992, n. 781; Cass., sez. lav., 15 marzo 1996, n. 2167, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 363; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, p. 393, con nota di BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle regole. Ma quanto vale un'occasione?*; Cass., sez. II, 18 marzo 2003, n. 3999, Rel. Elefante, in *Giur. it.*, 2003, c. 1783, con nota di Suppa; Cass., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11322, Rel. Segreto, in *Foro it.*, 2004, I, c. 155, con nota di Faella; Cass., sez. III, 11 dicembre 2003, n. 18945, Rel. Segreto, in *Resp. civ.*, 2004, 751, con nota di Bastianon; Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, Rel. Segreto, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1403; in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 14, p. 38, con nota di Rossetti; in *Resp. civ.*, n. 3, 2004, con nota di PARTISANI, *Colpa medica, nesso di causalità e perdita della chance di sopravvivenza o guarigione*. Sulla perdita di *chance* si v., inoltre, MONASTERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 283 ss.; DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da Galgano, Padova, 1999, p. 748 ss.; BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 821 ss.; ID., *La perdita di chance*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da Franzoni, II, Milano, 2004; PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, in *Rep. civ. e prev.*, 2000, p. 580 ss.; U. VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 534. Da ultimo, RICCIO, in *Commentario breve al codice civile*, diretto da Galgano, sub. art. 1223, Torino, 2008, p. 958; FACCI, *Violazione del dovere di informazione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 422, il quale fa riferimento alla liquidazione dei danni basata sul-

revoles di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale, consistente non in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale. Siffatto, danno, non meramente ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato), non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo <sup>(74)</sup>. La perdita di *chance* costituisce una lesione del patrimonio del soggetto e pertanto è risarcibile come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del danneggiante <sup>(75)</sup>. Al riguardo giova precisare che la prova può essere data anche in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità della realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno deve essere conseguenza immediata e diretta <sup>(76)</sup>. Il danno da perdita di *chance* è ontologicamente diverso rispetto a quello da mancato raggiungimento del risultato sperato, e pertanto il risarcimento del primo presuppone una domanda specifica ed autonoma rispetto a quella di risarcimento del secondo <sup>(77)</sup>. Il *quantum* del danno da perdita di *chance* è elemento variabile e strettamente dipendente da tutti quei fattori che condizionano, in termini di mero calcolo probabilistico, il concreto conseguimento del risultato finale. La configurazione del danno nei termini di perdita di *chance* comporta, ai fini della quantificazione, che esso vada liquidato in ragione d'un criterio prognostico basato sulle concrete ragionevoli possibilità di risultati sperati (ossia una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento), assumendo come parametro di valutazione il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito d'un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo, oppure, ove tale criterio risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo *ex art.* 1226 c.c. <sup>(78)</sup>.

l'eventuale perdita di *chance* che in concreto il paziente ha perso a causa dell'inadempimento dei sanitari al dovere di corretta e completa informazione.

<sup>(74)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11322, cit.; Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, cit.

<sup>(75)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 11 dicembre 2003, n. 18945, cit.; Cass. 18 marzo 2003, n. 3999, cit.; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, cit.

<sup>(76)</sup> Cfr. Cass., 11 dicembre 2003, n. 18945, cit.

<sup>(77)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, cit.

<sup>(78)</sup> Cfr. Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, cit.; Trib. Reggio Calabria, 17 luglio 2002, in *Giur. merito*, 2003, 471; DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, cit., p. 750.

Il riconoscimento da parte della Corte Costituzionale del diritto all'autodeterminazione tra i diritti inviolabili della persona <sup>(79)</sup>, fa inoltre configurare nel caso in questione, alla luce delle recenti sentenze a Sezioni unite del novembre 2008 <sup>(80)</sup>, la piena risarcibilità del danno non patrimoniale <sup>(81)</sup>, purché venga allegata e provata, anche con presunzioni semplici, l'esistenza e l'entità del pregiudizio <sup>(82)</sup>.

In conclusione, nell'ottica del raffronto tra il diritto civile e il diritto penale, giova infine segnalare che le Sezioni unite civile della Cassazione, ai fini del nesso di causalità, con una ben nota sentenza <sup>(83)</sup>, hanno chiarito che ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova « oltre il ragionevole dubbio » <sup>(84)</sup>, mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o « del più probabile che non », stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti <sup>(85)</sup>. Anche la Corte di Giustizia Ce è indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico <sup>(86)</sup>. Detto *standard* di « certezza

<sup>(79)</sup> Cfr., da ultimo, Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438. Per la giurisprudenza di legittimità si v. Cass., sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 43 ss., la quale qualifica il diritto al consenso informato quale diritto della personalità. In senso conforme, si v. Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 519 ss., nota di Bordon; Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 751, con nota di Gennari; Trib. Milano, sez. V, 4 marzo 2008, n. 2847, in *Resp. civ.*, 2009, p. 75, con nota di Fantetti.

<sup>(80)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975. Si v., per tutti, FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *questa rivista*, 2009, p. 1 ss. Per una critica alle suddette sentenze si v. RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, in *questa rivista*, 2009, p. 277 ss.

<sup>(81)</sup> Cfr. FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle S.U. della Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 75 ss.

<sup>(82)</sup> Cfr. Trib. Milano, sez. V, 4 marzo 2008, n. 2847, in *La resp. civ.*, 2009, p. 75, con nota di Fantetti.

<sup>(83)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576.

<sup>(84)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese.

<sup>(85)</sup> Cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619; Cass., 18 aprile 2007, n. 9238; Cass., 5 settembre 2006, n. 19047; Cass., 4 marzo 2004, n. 4400; Cass., 21 gennaio 2000, n. 632.

<sup>(86)</sup> Cfr. Corte giust. Ce, 13 luglio 2006, n. 295, la quale ha statuito che sussistere la violazione delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore se « appaia sufficientemente probabile » che l'intesa tra compagnie assicurative possa avere un'influenza sulla vendita del-

probabilistica» in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa – statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (cd. probabilità logica). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma <sup>(87)</sup>.

ANGELO RICCIO

le polizze della detta assicurazione; Corte giust. Ce, 15 febbraio 2005, n. 12, che, sempre in tema di tutela della concorrenza, ha ritenuto che «occorre postulare le varie concatenazioni causa – effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili».

<sup>(87)</sup> In giurisprudenza sul nesso di causalità si v., da ultimo, Cass., sez. III, 5 maggio 2009, n. 10285; Cass., sez. III, 19 maggio 2009, n. 13530.



I "Dialoghi" sono un bimestrale di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione legislativa ed extralegislativa.

Il loro prevalente terreno è il diritto privato comune: l'area del diritto civile e commerciale entro la quale la giurisprudenza e la modellistica contrattuale svolgono un ruolo preponderante.

**Comitato di Direzione:** Francesco Galgano (*direttore*), Guido Alpa, Marino Bin, Giovanni Grippo, Bruno Inzitari, Raffaella Lanzillo, Mario Libertini, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Panzarini, Gabriello Piazza, Enzo Roppo, Giuseppe Spisà, Giovanna Visintini, Roberto Weigmann (*fondatori*), Luciana Cabella Pisu, Rossella Cavallo Borgia, Massimo Franzoni, Daniela Memmo, Luca Nanni, Michele Sesta.

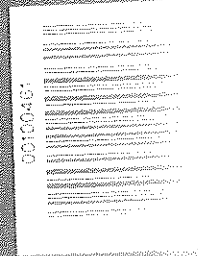
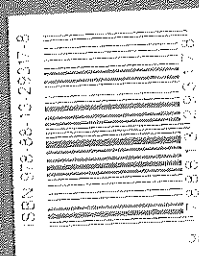
**Redazione:** Antonio Albanese, Annalisa Atti, Augusto Baldassari, Elisabetta Bertacchini,

Lisia Carota, Daniela Cenni, Angela De Sanctis Ricciardone, Franco Ferrari, Giusella Finocchiaro, Aldo Giuliani, Vella Maria Leone, Paola Manes, Giorgia Manzini, Fabrizio Marrella, Maria Paola Martinea (*segretaria di redazione*), Giovanni Meruzzi, Francesca Moretti, Elena Paolini, Flavio Peccenini, Margherita Pittalis, Giancarlo Ragazzini, Angelo Riccio, Rita Rolli, Guido Santoro, Gianluca Sicchiero, Matteo Tonello, Laura Vallo, Nadia Zorzi.

**Redazione inglese:** Peter Xuereb; **redazione tedesca:** Jürgen Basedow, Herbert Kronke.

Gli **Indici generali di Contratto e impresa e Contratto e impresa/Europa** vengono pubblicati in via telematica sul sito [www.cedam.com](http://www.cedam.com), "sezione download".

**Direzione e redazione** hanno sede in Bologna, Via S. Stefano, 11  
Tel. 051 232622 - fax 051 231238  
E-mail: [contrattoeimpresa@galgano.it](mailto:contrattoeimpresa@galgano.it)



€ 36,00