

LUISS  
Libera Università Internazionale degli Studi Sociali  
Guido Carli

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
CATTEDRA DI DIRITTO PENALE

**IL CONSENSO DEL PAZIENTE NEL  
TRATTAMENTO MEDICO**

**RELATORE**

Chiar.mo Prof. Angelo Carmona

**CANDIDATA**

Cecilia Persia  
Matr. 601973

**CORRELATORE**

Prof.ssa Paola Severino

ANNO ACCADEMICO 2006/2007

# IL CONSENSO DEL PAZIENTE NEL TRATTAMENTO MEDICO

## INDICE

### I IL CONSENSO INFORMATO

- 1.1 *Le origini del consenso informato*
- 1.2 *I requisiti di validità del consenso del paziente*
- 1.3 *I caratteri dell'informazione*
- 1.4 *La responsabilità medica tra libertà di autodeterminazione del paziente e dovere del medico di curare*

### II IL TRATTAMENTO MEDICO ARBITRARIO

- 2.1 *L'evoluzione giurisprudenziale. Il caso Massimo*
  - 2.1.1 *Il caso Barese*
  - 2.1.2 *Il caso Firenzani*
  - 2.1.3 *Il caso Volterrani*
- 2.2 *Le alternative prospettabili di responsabilità penale*

### III L'EUTANASIA

- 3.1 *L'inquadramento penale delle forme d'eutanasia*
- 3.2 *L'eutanasia passiva consensuale*
  - 3.2.1 *Il caso Welby*
- 3.3 *L'attualità del consenso e il c.d. testamento biologico*
  - 3.3.1 *Eutanasia passiva rispetto ai soggetti in stato di incoscienza e direttive anticipate di trattamento*

### IV CONCLUSIONI

### BIBLIOGRAFIA

## **RIASSUNTO**

L'elaborato si propone di illustrare le problematiche inerenti il consenso del paziente nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, anche attraverso l'analisi dei vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, e con particolare riferimento al delicato tema dell'eutanasia.

Nel primo capitolo si introduce innanzitutto il concetto di consenso informato. L'accostamento dell'aggettivo informato al concetto di consenso esprime molto di più di un generico dovere di informazione del medico: tale formulazione sottende, infatti, una nuova concezione del rapporto medico-paziente, tendente a superare la visione puramente filantropica, se non paternalistica, del medico, quale soggetto gravato del dovere di curare, ma fornito per contro di un potere incondizionato circa la scelta terapeutica e le sue modalità di attuazione.

In Italia manca una disciplina organica del consenso informato, e ciò rende ancor meno agevole definire in modo esaustivo tale espressione. In ogni caso, la prima idea che essa richiama è quella per cui la sfera personale del paziente può essere invasa solo se questi, preventivamente informato, vi abbia consentito, mentre nessuna ingerenza è consentita se egli abbia opposto il suo rifiuto. Il principio del consenso al trattamento medico, dunque, si attaglia

perfettamente al principio personalistico che ispira il nostro ordinamento e risulta, tra gli altri, dagli artt. 13 e 32, comma 2, Cost.

In quanto espressione di autodeterminazione terapeutica, il consenso all'atto medico deve essere anzitutto personale, nonché libero, esplicito e revocabile; di conseguenza, anche l'informazione fornita dal medico deve presentare determinate caratteristiche di adeguatezza e veridicità.

La chiara imprescindibilità del consenso informato del paziente nel trattamento medico-chirurgico ne determina l'arbitrarietà, quando esso sia eseguito in mancanza del consenso stesso: tale ipotesi sussiste sia quando il paziente non abbia espresso alcun consenso, sia quando tale consenso non sia valido, perché non adeguatamente informato o viziato da errore essenziale.

Nel secondo capitolo, dunque, si ripercorre innanzitutto l'evoluzione giurisprudenziale relativa al c.d. trattamento medico arbitrario, attraverso l'analisi di quattro "storiche" sentenze della Corte di Cassazione, la cui eterogeneità di soluzioni offerte nell'arco di dieci anni mostra quanto sia difficile assicurare certezze sui limiti di liceità del comportamento.

Nel caso *Massimo*, del 1992, la Cassazione era pervenuta ad una soluzione molto severa, oggetto di aspre critiche in dottrina, affermando che soltanto il libero consenso del paziente, quale manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto l'antigiuridicità della lesione procurata mediante trattamento medico-chirurgico. Sussiste, pertanto,

il delitto di omicidio preterintenzionale ove, in seguito all'intervento chirurgico illecito e in conseguenza delle lesioni personali da esso derivanti, si verifici la morte del paziente. Sul piano del bilanciamento degli interessi coinvolti nel rapporto medico-paziente si evidenzia la massima valorizzazione dell'autodeterminazione del paziente, sebbene sotto il solo profilo dell'offesa all'integrità fisica ed un corrispondente rigore nel trattamento sanzionatorio, attraverso una qualificazione giuridica del fatto per una fattispecie che prevede limiti edittali molto alti.

I principi espressi nella sentenza *Massimo* sono stati poi rimessi in discussione dalla Suprema Corte in un caso di nove anni successivo, conosciuto come caso *Barese*.

Qui la Corte ha affermato che nel caso in cui sopravvenga la morte del malato, l'intervento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente, ed in assenza di ragioni di urgenza, integra a carico del medico, se ne ricorrono le condizioni, il delitto di omicidio colposo e non quello di omicidio preterintenzionale, e ciò perché nella condotta del sanitario mancano gli estremi degli "atti diretti a commettere" il delitto di lesioni personali volontarie a danno del paziente.

Le argomentazioni della Cassazione si fanno più complesse nel caso *Firenzani*.

Il consenso, definito come presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico, afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporale, le quali sono tutti profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost. Risponde del reato di lesioni personali colpose il sanitario che, in assenza di valido consenso del malato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, dell'esistenza del consenso. Il reato di lesioni sussiste anche quando il trattamento arbitrario eseguito a scopo terapeutico abbia esito favorevole, e la condotta del chirurgo nell'intervento sia di per sé immune da ogni addebito di colpa, non potendosi ignorare il diritto di ciascuno di privilegiare il proprio stato attuale.

Infine, nel 2002, con l'esito assolutorio del caso *Volterrani*, la Cassazione ha ribaltato l'impostazione data nel caso *Massimo*: quando il chirurgo ha eseguito, anche in assenza del consenso del paziente, un intervento con esito infausto, ma nell'osservanza delle regole proprie della scienza medica, solo per questa ragione, anche senza far ricorso a specifiche cause di liceità codificate, il giudice di merito deve escludere comunque ogni responsabilità penale dell'imputato, cui sia stato addebitato il fallimento della sua opera.

La portata del consenso informato viene perciò notevolmente ridimensionata, poiché l'attività medica svolta in mancanza di un valido consenso, ma perita, non sarebbe idonea ad integrare alcun illecito penale.

Secondo la Suprema Corte, il consenso informato del paziente non è condizione di liceità penale dell'attività medica, bensì requisito di legittimità della stessa, che la rende pienamente conforme alla legge: la liceità dell'attività medica risiede, dunque, nel riconoscimento dell'alto interesse sociale al suo svolgimento per il bene della collettività, e trova perciò giustificazione in se stessa in quanto attività socialmente utile.

Con quest'ultima sentenza il quadro degli orientamenti giurisprudenziali si completa con un inevitabile effetto di disorientamento dell'interprete, poiché tutte le possibili soluzioni sono state prospettate dalla giurisprudenza. Altrettanto sfaccettato il panorama della dottrina, che ha prospettato varie alternative di responsabilità penale, ritenendo idonee a coprire il trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente diverse norme incriminatrici, quali l'art. 610 o 613 c.p., nonché le norme in tema di lesioni personali, o addirittura negando la tipicità di tale condotta. Il discorso si articola allora intorno all'individuazione delle conseguenze fauste e infauste dell'intervento, alla teoria per cui solo queste ultime sarebbero riconducibili al concetto di malattia *ex artt 582 e ss. c.p.*, alla definizione della nozione stessa di malattia.

Le conclusioni cui si giunge sono le seguenti:

Il trattamento chirurgico eseguito in conformità alle regole dell'arte, ma in assenza di consenso del paziente, non integra il paradigma delittuoso di alcuna norma posta a tutela della libertà individuale;

Pressoché ogni intervento chirurgico integra, invece, sotto il profilo oggettivo, il paradigma delittuoso delle lesioni personali, integrato da qualsiasi condotta che cagioni una malattia, e anche laddove tale malattia sia meramente transitoria ed oggettivamente funzionale ad un complessivo miglioramento della salute del paziente;

Ogni trattamento chirurgico richiede, pertanto, una specifica giustificazione, fornita normalmente dal consenso informato del paziente, salvo eccezionali ipotesi di urgenza terapeutica e le ipotesi di trattamento obbligatorio *ex lege*;

In difetto di idonea giustificazione, le lesioni personali prodotte dal trattamento chirurgico devono essere attribuite a titolo di dolo al chirurgo, salvo che questi abbia erroneamente supposto che il paziente abbia prestato valido consenso, potendo nel qual caso residuare una responsabilità a titolo di colpa ove l'erroneo convincimento sia attribuibile a colpa del medico *ex art.* 59, 4° comma, c.p.;

Nell'ipotesi in cui al trattamento chirurgico eseguito in assenza di idonea giustificazione consegua la morte del paziente, una responsabilità del chirurgo a titolo di omicidio preterintenzionale dovrà escludersi, in diretta

applicazione del principio di colpevolezza di cui all'art. 27, 1° comma, Cost., laddove non sia possibile muovergli alcun addebito a titolo di colpa, per avere egli agito in conformità alle regole dell'arte medica.

Un problema assai delicato relativo ai limiti di rilevanza del consenso attiene poi all'ipotesi in cui si prospetti un contrasto tra manifestazione della volontà del paziente e tutela della vita: ecco che il terzo capitolo affronta il problema dell'eutanasia, con particolare riguardo alla c.d. eutanasia passiva consensuale, ovvero dei casi in cui, con il consenso del paziente, il medico cessa di praticare le cure che lo mantengono in vita.

Di tali ipotesi si dibatte soprattutto la liceità, che taluno nega in radice ed altra parte della dottrina ammette. L'orientamento più rigorista afferma la prevalenza nel nostro ordinamento del principio dell'indisponibilità della vita, la cui principale implicazione è costituita dall'impossibilità per il malato terminale di rifiutare le cure che lo tengono in vita, poiché tale rifiuto equivarrebbe ad una richiesta di morte non consentita dall'ordinamento. La dottrina dominante, invece, afferma che l'obbligo di assistenza e di cura da parte del medico trova la propria fonte di legittimazione e il suo limite nell'espressa volontà del paziente che, adeguatamente informato, può acconsentire alla cura così come può pretenderne l'interruzione. Ne consegue, però, che non ci si troverebbe di fronte al diritto di morire, ma al più delimitato diritto di non curarsi, garantito dall'art. 32, comma 2, Cost. come principio di autodeterminazione terapeutica.

Vengono poi analizzate tre ipotesi in cui la liceità dell'eutanasia passiva appare particolarmente problematica: la c.d. terapia del dolore, ovvero l'ipotesi in cui, con il consenso del malato terminale, il medico somministra dei farmaci idonei ad alleviarne le sofferenze, ma il cui prevedibile effetto collaterale può essere quello di anticipare la morte del paziente; l'ipotesi in cui la sospensione consensuale delle cure venga effettuata da una persona diversa dal medico, ad esempio un parente; il caso in cui la terapia che il malato terminale rifiuta consiste nell'operatività di un sostegno artificiale già attivato, che lo tiene in vita. Rispetto a quest'ultima ipotesi, particolare attenzione viene dedicata al recente e tristemente noto caso Welby, attraverso l'analisi della vicenda personale e processuale, fino alla sentenza di assoluzione del dott. Riccio (l'anestesista che aveva accolto la richiesta di Welby, staccandolo dal respiratore che lo teneva in vita) da parte del Tribunale di Roma.

Altra questione particolarmente delicata, in tema di eutanasia passiva, concerne l'accertamento della libertà e della validità del consenso, che investe sia l'effettiva capacità di intendere e volere dell'interessato, sia la sua piena consapevolezza come presupposto del potere di autodeterminazione. Anche ammettendo la sussistenza di questi requisiti, tuttavia, risulta incerto il contenuto dei doveri del medico rispetto a chi, avendo consapevolmente ed espressamente rifiutato le cure, sia pervenuto ad una fase d'incoscienza che priva di attualità il precedente rifiuto.

Sulla base di tali considerazioni, si è posto il problema del valore da riconoscere al cosiddetto testamento biologico (*living will*). Con tale espressione si fa riferimento alla dichiarazione con cui un soggetto, nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, dà disposizioni in merito alle terapie che desidera ricevere e a quelle che intende rifiutare, nel caso in cui venga a trovarsi in uno stato di incoscienza o nella condizione di malato terminale. Il tema delle direttive anticipate di trattamento si lega così a quello dell'eutanasia passiva rispetto ai soggetti in stato di incoscienza, come emerge dalla ricostruzione di un altro caso italiano, quello di Eluana Englaro, la giovane in stato vegetativo permanente il cui padre sta da tempo chiedendo l'autorizzazione giudiziale all'interruzione dei trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale, che ne assicurano tuttora la sopravvivenza.

In conclusione, vengono fornite alcune possibili soluzioni circa la regolamentazione legislativa del trattamento medico arbitrario e delle varie forme di eutanasia, anche sulla base delle più recenti pronunce della Cassazione e dei giudici di merito in materia. (Cass. Civ., sez. I, 16 ottobre 2007; Trib. Torino, 3 luglio 2006).

Dunque, questo è il senso del rilievo decisivo che l'ordinamento giuridico attribuisce al consenso informato: la volontà dell'avente diritto concorre a determinare i doveri di cura, orientandone l'esercizio in uno o altro senso, sia

pur entro limiti obiettivamente segnati dall'idea di cura.

Ciò non significa che al medico tutto sia permesso purché vi sia il consenso del paziente. Non sempre, non incondizionatamente, la *voluntas aegroti* è legge per il medico. Il rispetto della volontà del paziente segna un limite a ciò che il medico può fare, ma non esonera il medico dalla posizione di garanzia ch'egli ricopra: il medico ha in ogni caso la responsabilità delle scelte terapeutiche, è tenuto ad agire secondo le buone regole dell'arte, e ha il dovere di non cedere a richieste di praticare terapie tecnicamente insostenibili o interventi che non abbiano nemmeno un significato obiettivo di terapia.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006
- AA.VV., *Vivere e morire tra etica, economia e diritto*, in *Questione giustizia*, 2006
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2002
- BARBISAN, *Sacralità della vita e bilanciamenti nella giurisprudenza inglese ed in quella della Corte europea di Strasburgo*, in *Foro It.*, 2003
- BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2001
- CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Reati contro la persona*, Torino, 2006
- CANESTRARI, CIMBALO, PAPPALARDO, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003
- CASSANO, CATULLO, *Eutanasia, giudici e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2003
- CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955
- D'ANACK, *Eutanasia*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007
- DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004
- DASSANO, *Per il medico il dovere di rispettare il no alle cure*, in [www.lucacoscioni.it](http://www.lucacoscioni.it)
- DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007
- EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in *La tutela penale della persona*, a cura di Fioravanti, Milano, 2001

- EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006
- EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Archivio penale*, 1985
- EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995
- FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro it.*, 1983
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2006
- FIORAVANTI, *La tutela penale della persona*, Milano, 2001
- FRANCOLINI, *Eutanasia e tutela penale della persona: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. Pen.*, 2005
- FUSARO, *Il consenso dell'avente diritto e le posizioni di garanzia dall'intervento chirurgico all'eutanasia*, in [www.penalebicocca.it](http://www.penalebicocca.it)
- GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *RIDPP*, 1997
- GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *RIDPP*, 2001
- GRISPIGNI, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *RIDPP*, 1914
- GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Scuola positiva*, 1914
- IADECOLA, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. Pen.*, 2003
- IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993
- IADECOLA, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Giust. Pen.*, 1991

- IADECOLA, *La responsabilità penale del medico in posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue "salvavita" rifiutata dal malato)*, in *Cass. Pen.*, 1998
- IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del "caso Welby"*, in *Giur. mer.*, 2007
- IADECOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in *Cass. Pen.*, 2002
- IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. Pen.*, 2002
- LOZZI, *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*, in *RIDPP*, 2003
- MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001
- MANNA, *Reati contro la persona*, Torino, 2007
- MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992
- MANNA, *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Indice Penale*, 2004
- MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *RIDPP*, 1988
- MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006
- MANTOVANI, *Delitti contro la persona*, Padova, 1995
- MANTOVANI, *Esercizio del diritto*, in *Enc. Dir.*, XV, 1992
- MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1991
- MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974
- MARINUCCI - DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, 2006
- MARRA, *Responsabilità del chirurgo per intervento con diagnosi errata*, in *Cass. Pen.*, 2007

- MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. Pen.*, 2003
- MARZANO, *Assenza del consenso del paziente: rilevanza del mancato consenso o solo dell'esplicito dissenso?*, in *Cass. Pen.*, 2007
- MASSA, *Il consenso informato: luci ed ombre*, in *Questione giustizia*, 1997
- MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. Pen.*, 1993
- NANIA – RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2001
- PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005
- PORZIO, *Eutanasia*, in *Enc. Dir.*, XVI, 1992
- PULITANO', *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in [www.penalebicocca.it](http://www.penalebicocca.it)
- RIZ, *Medico. Responsabilità penale del medico*, in *Enc. Giur.*, XIX, 1990
- SANTOSUOSSO, *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 2007
- SANTOSUOSSO – TURRI, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006
- SAPIENZA, *La convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. dir. intern.*, 1998
- SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia*, in *RIDPP*, 1995
- SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007
- SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2004
- STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1984
- STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. Pen.*, 2000

- STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992
- VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003
- VIGANO', *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007
- VIGANO', *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *RIDPP*, 2004
- VIGANO', *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002
- ZATTI, *Il diritto a scegliersi la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000