CAPITOLO 2

LA DIAGNOSI DI INFEZIONE E DI AIDS

IL CONSENSO INFORMATO

*Elisabetta Simeoni, *Giovanni Serpelloni, *Lorenza Crestoni,
**Cristina Manzo, ***Lucia Poli
** Sezione di Screening HIV - Sert 1 - ULSS 20 - Verona*
*** Studio Legale Di Spirito - Roma*
**** Ufficio Legale ULSS 20 - Verona*

PREMESSA

L'infezione da HIV ha sollevato sul piano giuridico problemi non indifferenti, non solo per le complesse problematiche etico-sociali ma anche per la mancanza di una precisa e specifica normativa sia in ambito della definizione dei diritti/responsabilità del singolo individuo che della comunità/stato nel suo insieme.Inoltre la normativa esistente sulle malattie infettive ed epidemiche quali ad esempio la tubercolosi, le malattie sessualmente trasmesse e le epatiti, non poteva rispondere adeguatamente ai problemi creati da questo nuovo tipo di infezione soprattutto in relazione alle possibili discriminazioni e stigmatizzazioni nei confronti dei soggetti infetti. Questa carenza legislativa trova giustificazione nella difficoltà di dare adeguate e tempestive risposte sul piano preventivo ed assistenziale, conseguente alla mancanza di un vaccino e/o di una terapia risolutiva. Per diagnosticare l'infezione da HIV si possono eseguire dei test di laboratorio per i quali è necessario prelevare un campione di sangue dal paziente. Il prelievo deve essere eseguito con il consenso del paziente. A questo proposito, va chiarito che per volontarietà del test intendiamo l'autonomia del soggetto di poter decidere se sottoporsi o meno a trattamento diagnostico.
Un quesito la cui soluzione ha spesso suscitato parecchie controversie è se il soggetto possa o meno essere sottoposto a test e/o conseguenti terapie senza o addirittura contro la sua volontà.

Per ricercare un'esauriente risposta occorre necessariamente riferirsi alla Costituzione e precisamente all'articolo 32 il quale, nella fattispecie, dispone "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure agli indigenti. Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Detto articolo si pone in linea evidente con quanto espresso dall'articolo 13 della Costituzione e cioè il principio fondamentale della inviolabilità della libertà personale nel quale si ritiene compresa la libertà di salvaguardare l'integrità fisica e psichica della persona. Alcuni autori ritengono che proprio dalla connessione di queste due norme costituzionali si possa ricavare come canone universale che qualsiasi trattamento sanitario, diretto unicamente a vantaggio del singolo, presupponga il consenso della parte interessata.

Solo un interesse diretto della collettività, in particolare una seria minaccia, potrebbe giustificare l'imposizione di un obbligo da parte del legislatore, come per esempio nei casi in cui sia necessario prevenire e reprimere malattie altamente contagiose che, diffondendosi, possano costituire un diretto danno sociale. Nel bilanciamento degli interessi, l'interesse degli altri consociati a disporre del proprio corpo, prevarrebbe sulla libertà dei trattamenti sanitari.

Occorre premettere che si può parlare di trattamento sanitario "ogni qualvolta si richiede ad un soggetto la messa a disposizione del proprio corpo, anche per la sola effettuazione di accertamenti medici che quasi sempre comportano una serie di esami sul paziente"[1].

L'unica eccezione a questa volontarietà è rappresentata dai Trattamenti Sanitari Obbligatori (TSO) e dall'esistenza di particolari situazioni, per esempio l'esistenza di una scriminante.

I trattamenti sanitari obbligatori sono espressamente previsti da specifica disposizione di legge e necessitano di presupposti oggettivi per non ricadere in ambito costituzionalmente illegittimo (L. 23 dicembre 1978 n. 833). Il legislatore incontra, poi, l'ulteriore limite previsto dall'ultima parte del II comma dell'articolo 32 della Costituzione "del rispetto della persona umana nei cui confronti è disposto il trattamento sanitario". Se è vero, quindi, che la compressione degli interessi individuali

[1] Ramacci, Riz, Barni: "Libertà individuale e tutela della salute", Riv It. Med. Leg. V, 1993.

può essere giustificata dalla prevalenza di interessi generali, ciò non può accadere ignorando che esiste una sfera intangibile della persona umana che costituisce un limite assoluto all'intervento dei pubblici poteri.

Il TSO deve essere considerato come "extrema ratio" cui ricorrere solo quando non sia possibile ottenere il consenso del singolo interessato. La richiesta dell'interessato rimane la regola, l'obbligatorietà l'eccezione.

Esistono inoltre precisi limiti e particolari condizioni da rispettare per l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori. In sintesi:

1. devono essere diretti alla cura ed alla prevenzione di malattie;
2. vi deve essere coincidenza tra la tutela della salute individuale e di quella collettiva;
3. devono essere indispensabili;
4. devono essere non sperimentali;
5. devono essere non discriminatori sulla base del sesso o della razza o delle convinzioni politiche o religiose;
6. nelle modalità di realizzazione devono essere il meno possibile coattivi, il meno possibile lesivi della riservatezza individuale e comunque rispettosi della persona umana[2].

Il compito di dettare la disciplina generale degli accertamenti e dei trattamenti sanitari volontari ed obbligatori è stato conferito dal legislatore alla L. 833/78, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, che ha dato concreta attuazione al dettato costituzionale prevedendo un regime separato dei trattamenti propri delle malattie mentali (artt. 34 e 35) e quelli non relativi alle malattie mentali (art. 33), la cui precisa definizione non viene tuttavia dettagliatamente specificata.

Viene affermato anzitutto che "*gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari"* e ciò ribadisce il principio costituzionale che vuole rispettata la volontà del paziente e presuppone il necessario consenso dell'assistito[3].

---

[2] A. Santosuosso, G. Turri: "I trattamenti obbligatori" da "Medicina e Diritto prospettive e responsabilità della professione medica oggi" a cura di M. Barni e A. Santosuosso. Giuffré Editore, 1995.

[3] Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti dal Sindaco, nella sua qualifica di Autorità sanitaria su proposta motivata di un medico. Devono offrire le garanzie personali, normativamente previste di rispetto della persona umana, con diritto, ove possibile di scelta del medico e del luogo di cura. Chiunque abbia interesse può chiedere la revoca e la modifica del provvedimento direttamente al Sindaco che entro 10 giorni deve pronunciarsi.
Sono soggette a trattamento sanitario obbligatorio:

L'altro caso qui considerato, in cui è possibile derogare alla richiesta del consenso, è la presenza di una scriminante, cioè la presenza di una particolare situazione in presenza della quale un fatto previsto dalla legge come reato non lo è perché la legge lo impone o lo consente.
Nella fattispecie la situazione che esime dalla ricerca del consenso è la presenza del consenso dell'avente diritto (art. 50 c. p. "Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne") e lo stato di necessità (art. 54 c. p. "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto...").
Premesso ciò, potremmo affermare che, al di fuori di fattispecie particolari considerate dalla legge, qualsiasi trattamento sanitario necessita del consenso della persona destinataria del trattamento.

IL CONCETTO DI CONSENSO

Certamente uno degli argomenti più dibattuti nell'ambito delle problematiche medico-legali poste dalla attività sanitaria, è costituito dal tema del consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico in generale.
È acquisizione ormai pacifica, che il medico non possa intervenire, per lo meno in via ordinaria, sul paziente, senza averne prima ricevuto il consenso. Quindi, per qualsiasi trattamento sanitario, il medico ha bisogno del consenso del paziente, in quanto presupposto indefettibile, di norma, del suo intervento.

---

a) malattie mentali, solo in caso di patologie necessitanti interventi terapeutici urgenti, altrimenti non accettati dal paziente, non procrastinabili e comunque non diversamente trattabili in ambiente extraospedaliero (artt. 34 e 35 L. 833/78);
b) malattie veneree in fase contagiosa (L. 837/56);
c) malattie infettive e diffusive;
d) lesioni da infortunio sul lavoro o malattia professionale (DPR 1124/65), al cui rifiuto è connessa la perdita dei benefici assicurativi;
e) infermità o difetti fisici o mentali che danno luogo ad invalidità o inabilità pensionabile (RDL 1827/35) al cui rifiuto è connessa la perdita dei benefici assicurativi.

Non dare la giusta importanza alla volontà del paziente, significherebbe riconoscere, per converso, al medico un potere quasi dispotico sul malato, che si troverebbe in una posizione di assoluta soggezione nei confronti del sanitario. Generalmente, infatti, si parla di potestà o di facoltà di curare e non di diritto di curare in capo al medico, in quanto esercitabile in concreto solo a seguito di richiesta del paziente, tranne nei casi in cui il medico abbia l'obbligo giuridico di intervenire.

REQUISITI DI VALIDITÀ DEL CONSENSO DEL PAZIENTE

Abbiamo già evidenziato l'importanza del consenso dato dal paziente[4] nel trattamento medico. In termini molto generali, per consenso si intende un atto giuridico, un permesso con cui qualcuno — nel nostro caso il paziente — conferisce a qualcun altro — nel nostro caso il medico — un potere di agire[5].

Il consenso è giuridicamente rilevante soltanto se valido; tale consenso, per essere valido, deve rispondere ai seguenti requisiti:

1) il consenso deve essere manifestato in maniera esplicita al medico. Sebbene l'espressione del consenso non sia condizionata a requisiti particolari di forma, è necessario che la volontà consenziente del malato pervenga in modo univoco al sanitario, di modo che questi possa chiaramente percepirla[6]. Per quanto riguarda

[4] Molti sono gli autori che sostengono questa teoria. Fra questi: Antolisei F., *Manuale di diritto penale - parte generale*, Milano, 1969, 241; Cattaneo G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 262; Crespi A., *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952, 34 ss.; Introna F., *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Padova, 1955, 24 ss.; Mantovani F., *Diritto Penale*, Padova, 1980, 645. Espressamente Foschini G., *La comunione corporale (in tema di liceità del trattamento chirurgico)*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, 2, 1972, 793, afferma che "il consenso (espresso o presunto) del paziente costituisce un presupposto essenziale per la liceità dell'intervento". Contro l'opinione dominante si pone Brasiello T., *Il consenso del paziente negli interventi chirurgici*, in *Nuovo Diritto*, 461, 1964, per il quale il consenso del paziente sarebbe del tutto irrilevante in quanto spetterebbe al medico qualsiasi decisione ritenuta opportuna per il malato. Per Princiagalli A., *La responsabilità del medico*, Padova, 1983, 188, tale tesi è inaccettabile, in quanto annullerebbe la volontà di decisione dell'uomo.

[5] Fornari U., *Responsabilità e trattamenti sanitari obbligatori*, in Realdon A., Cristoferi Realdon V., *Responsabilità e libertà in psicopatologia*, Abano Terme, 1991, vol. I, 21.

[6] Per alcuni autori ciò che è importante è la sussistenza del consenso, e non la manifestazione esterna e l'atto di ricezione del medico. Questi autori basano la loro teoria sul principio della efficacia oggettiva delle esimenti, vigente nell'ordinamento italiano, giusto il quale tali cause esimenti opererebbero

la manifestazione della volontà, è pacfico, in dottrina, che la forma sia assolutamente indifferente ai fini della validità e che quindi, possa essere: espressa, tacita o consistere in un comportamento concludente che riveli inequivocabilmente l'intenzione di sottoporsi al trattamento[7]. Ciò per l'evidente ragione che non c'è motivo per richiedere al consenziente che la sua volontà sia palesata in un modo piuttosto che in un altro, una volta che essa esista.
Anche la giurisprudenza[8] in materia richiede che il consenso pervenga al sanitario, sottolineando così il carattere recettizio di esso.
Il medico, onde evitare equivoci che lo metterebbero nella difficile posizione di dover dimostrare l'avvenuto consenso da parte del paziente, deve ottenere in maniera certa questa volontà dell'assistito. A questo fine, in ambito ospedaliero, è invalsa la consuetudine di documentare il consenso attraverso dei moduli prestampati, nei quali è specificata la natura dell'atto medico, i suoi effetti ed i suoi rischi. In calce vi è lo spazio per la firma del paziente, come atto di accettazione del trattamento.
Ci sembra che tale prassi abbia sicuramente il merito di risolvere molti dei problemi suddetti. Il pericolo maggiore di questo uso, sarebbe, però, quello di sminuire l'importanza del momento dell'acquisizione del consenso da parte del paziente, per ridurlo a semplice operazione burocratica, con il solo fine di evitare al medico spiacevoli problemi giudiziari. Non si dimentichi che l'importanza data al consenso è nata a tutela del malato e per consolidare il rapporto medico-malato. Si deve evitare di trasformare questo obiettivo in uno strumento di pura garanzia del medico di fronte alla legge (cd. medicina difensiva)[9];
2) il consenso deve provenire esclusivamente dalla persona che ha la disponibilità del bene giuridico protetto, ovvero il paziente, tranne che per i casi di esercizio della potestà dei genitori o della tutela[10].

---

ex lege nel momento in cui ricorrono e per le quali, quindi, non è necessario che ne sia percepita l'esistenza. Si veda Riz R., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova 1979, 43.

[7] Pertanto sarebbe sufficiente una dichiarazione od anche un semplice gesto del paziente, purché resi in maniera chiara; da questo principio si deduce il corollario per cui la richiesta di alcune cure presuppone l'accettazione tacita delle attività mediche strettamente connesse ad esse.

[8] Si veda, fra le altre, Cass. Civ. Sez. III, 6 dicembre 1968 n. 3906, Siniscalchi C. Calabi, in *Giust. Civ. Mass.*, 1968, 2051.

[9] Eusebi L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 17, 1995, 731.

[10] Giacomelli I., Di Viggiano C., *Salute: Il diritto e la tutela*, Roma, 1993, 29.

Nonostante, anche in questo ambito, ci sia una diffusa prassi che vede i familiari del malato giocare un ruolo importante in tal senso, nessuna norma dell'ordinamento italiano prevede che i familiari possano sostituirsi alla volontà del paziente: il soggetto risulta il titolare esclusivo del bene giuridico salute[11].

In Italia, anche l'art. 30 del nuovo codice di deontologia medica[12] vieta espressamente l'interferenza dei parenti nelle attività mediche del paziente, disponendo chiaramente che "l'informazione ai congiunti è ammessa solo se il paziente la consente e fatto salvo quanto stabilito dall'art. 9 allorché sia in grave pericolo la salute o la vita di terzi";

3) il consenso deve provenire da un soggetto capace giuridicamente di intendere e di volere ed in grado di disporre dei propri diritti[13].

Esistono dubbi in merito all'età esatta in cui il paziente acquisirebbe la capacità di consentire. Secondo alcuni autori[14], il paziente dovrebbe raggiungere la maggiore età per manifestare un consenso valido, in quanto, non esistendo nessuna norma speciale in materia, varrebbe quella dettata dall'art. 2 c.c., secondo la quale "con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa".

Per altra parte della dottrina[15], invece, il paziente dovrebbe dimostrare di possedere solo la naturale capacità di intendere e di volere, capacità che si dà per acquisi-

[11] Nel caso di trattamenti urgenti e necessari, in cui il paziente sia in stato di incoscienza, è il medico che dovrebbe decidere in vece del paziente, a meno di non volere porre in rischio la vita del paziente stesso. In casi come questi, non è certo il consenso dei parenti che legittimerebbe l'operato del medico, bensì lo stato di necessità che, nel caso in cui non si intervenisse prontamente, metterebbe in serio pericolo di morte il malato. Ciò nonostante risulterebbe comunque di grande utilità consultare i parenti del malato, al fine di alleviare la difficile scelta del medico, ma anche in quanto portavoce più fedeli della volontà presunta del paziente. È bene ripetere che tale prassi non è assolutamente riscontrabile in nessuna norma di legge scritta e quindi il medico potrebbe trascurare di interrogare i familiari. Nel caso di esplicito divieto del paziente, poi, il segreto professionale prevale su ogni prassi, anche se profondamente radicata.

[12] La nuova deontologia, approvata dal Consiglio Nazionale in vigore dal 25 giugno 1995.

[13] Giacomelli I., Di Viggiano C., *Salute: Il diritto e la tutela*, Roma, 1993, 29.

[14] Altavilla E., *Consenso dell'avente diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1960, 115 ss; Cattaneo G., *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 1957, 949 ss. e Gripigni F., *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Scuola Positiva*, 1914, 673 ss.

[15] Bettiol G., *Diritto penale — parte generale*, Padova, 1973; Riz R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975, 188.

ta al quattordicesimo anno di età, secondo quanto stabiliscono le norme penali in riferimento all'imputabilità del soggetto.
L'opinione prevalente e secondo noi la più condivisibile è che la valutazione debba essere fatta dal medico volta per volta nella fattispecie concreta, ma sempre per i ragazzi al di sopra dei quattordici anni. Tale soluzione sarebbe quella che potrebbe garantire la risposta migliore per ogni circostanza. In pratica, però, sembra improponibile lasciare al medico un compito così dif ficile e delicato che, oltre a richiedere una competenza che non gli compete, avrebbe bisogno di tempi lunghi, di solito incompatibili con la sua prestazione che molto spesso necessita di una pronta ed immediata risposta;
4) il consenso deve essere libero[16] ed immune da vizi: la volontà alla base di esso deve essere libera da qualsiasi tipo di coartazione, inganno od errore[17]. Non potrebbe ritenersi valido il consenso prestato dal malato che non sia stato informato adeguatamente sugli effetti del trattamento da sottoporsi;
5) il consenso deve essere, in linea di massima ed al di fuori dei casi urgenti, preventivo[18], in quanto presupposto necessario al trattamento stesso;
6) il consenso può essere revocato dal paziente in qualsiasi tempo. Al medico spetta l'onere di assicurarsi che il consenso permanga per tutta la durata del trattamento[19];
7) il consenso è un atto recettizio e come tale acquista efficacia nel momento in cui arriva a conoscenza del destinatario, nel nostro caso del medico che propone il trattamento[20];

---

[16] In merito si veda Wilson P., *Testing the boundaries of consent*, in *N.L.J.*, 144 (6645), 1994, 574, quando afferma che "*such consent is valid only if given freely*".
[17] Per quanto riguarda l'errore, esso rileva solo in quanto errore-motivo, ossia se la realtà è stata falsamente rappresentata od ignorata e se tale fatto abbia influito sulla formazione del consenso. L'errore, inoltre, deve essere essenziale, ovvero tale da avere determinato in concreto la volontà del soggetto, che altrimenti sarebbe stata diversa. Per essere invalido, inoltre, l'errore deve essere riconoscibile dal medico. Nel caso contrario, l'art. 47 c.p. dà rilievo scusante all'errore incolpevole sul fatto.
[18] Non integrerebbe il presupposto di liceità del trattamento un consenso intervenuto dopo il trattamento, quasi a ratifica di esso. Anche la giurisprudenza si è espressa in merito. Si vedano: Cass. II, 23 marzo 1973; Archiadiacono, in *Giustizia Penale* 1974, II, 116 e Cass. VI, 27 febbraio 1973; Frigo, in *Mass. Cass. Pen.*, 1973, 809.
[19] Nel caso il paziente manifesti la volontà di revoca quando il trattamento è già stato avviato, esso dovrebbe essere interrotto, sempre che si possa materialmente procedervi.
[20] Da qualche tempo a questa parte, specie negli ospedali, i medici lavorano in *équipe*. Il paziente che dà il proprio consenso ad un medico affinché sia svolto il test per l'HIV, implicitamente acconsente al

8) infine il consenso deve essere "informato", ovvero il medico, prima di fare il trattamento, ha l'obbligo di rendere edotto il paziente[21] sulla diagnosi, sulla prognosi, sui rischi che l'intervento che necessita di consenso comporta, effetti che il trattamento avrà nelle migliori o nelle peggiori delle ipotesi[22]. L'informazione del paziente da parte del medico è strumentale ai fini della formazione del consenso stesso, di tal che, nel caso in cui il paziente non fosse sottoposto ad un adeguato *counselling*, il consenso non potrebbe validamente formarsi, né quindi manifestarsi.
Se il consenso dato dall'avente diritto è, per qualche aspetto, viziato, ogni accertamento e trattamento è da ritenersi arbitrario, di tal che possa rappresentarsi metaforicamente la seguente uguaglianza: consenso viziato = consenso non valido e pertanto assente[23].

IL CONSENSO INFORMATO

Abbiamo visto che una *conditio sine qua non* del consenso è l'informazione del paziente[24]. Da qualche anno a questa parte tale requisito ha assunto una importanza notevole, al fine di evitare quei moduli prestampati che riducevano il consenso ad

fatto che, per esempio, il prelievo di sangue venga effettuato non dal medico, ma dall'infermiere professionale addetto.

[21] Per quanto riguarda questa caratteristica, si veda quanto afferma Wilson P., *Testing the boundaries of consent*, in *N.L.J.*, 144(6645), 1994, 574: "*such consent is valid only if given...on the basis of adequate information*", riferendosi ad alcuni casi, come *Freeman v. Home Office* (1984) *1 All ER 1036; Sidaway v. Bethlem Royal and Maudsley Hospital* (1985), *Blyth v. Bloomsbury Area Health Authority* (1987); Giacomelli I., Di Viggiano C., *Salute: Il diritto e la tutela*, Roma, 1993, 29.

[22] Si veda Doyal L., *Medical Ethics and Moral Indeterminacy*, in *J.Law & Soc.*, 17(1), 1990, 6 ss. che espressamente dice: "*(p)atients...must also understand what is wrong with them, what different treatment options are available, and the advantages and disavantages of each option*". Secondo Battaglino F., Ravaioli A., *Consenso informato nell'attività medico-terapeutica*, in *Federazione Medica*, settembre 1993, "il consenso è da ritenersi informato solo se giunge attraverso una completa informazione sui rischi e sui benefici, adeguata alle capacità di comprensione e di elaborazione psicologica del paziente, al fine di consentirgli una scelta ponderata".

[23] Fornari U., *op. cit.* supra, 277.

[24] Vedi Rodriguez D., *Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 Ottobre 1990 della Corte d'Assise di Firenze*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 4, 1117-1166, 1991; *Documento sul consenso all'atto medico diagnostico e/o terapeutico*, a cura dell'Istituto di Medicina Legale e delle Assicurazioni dell'Università di Padova - Servizio di Medicina Legale convenzionato con la ULSS 21 di Padova, in *Bollettino dell'Ordine dei Medici della Provincia di Padova*, 1992.

una semplice operazione di stile[25], di tal che una firma comunque ottenuta non sarebbe stata risolutiva[26].

Questo tipo di terminologia (consenso informato) è stata utilizzata per la prima volta in Italia, nella legge 107/90 sulle trasfusioni di sangue relativamente all'obbligo per il medico di fornire al paziente che deve essere sottoposto ad attività trasfusionale, un'informazione diversa rispetto a quella comunemente data. Tutto ciò per ottenere dallo stesso un consenso che sia frutto di una conoscenza chiara e completa.

Più tecnicamente, quindi, per consenso informato si deve intendere un esplicito, consapevole e liberamente formato assenso di un paziente (giuridicamente capace di agire) alle procedure mediche che gli vengono proposte. Il consenso è da ritenersi informato solo se giunge attraverso una completa informazione sui rischi e sui benefici, adeguata alla capacità di comprensione e di elaborazione psicobgica del paziente, al fine di consentirgli una scelta ponderata.

Il consenso è detto "informato"[27] in quanto il medico deve fornire al paziente le informazioni e le spiegazioni opportune affinché questi possa, con piena cognizione di causa, esprimere il suo assenso o il suo dissenso. Ribadiamo che giuridicamente non ha alcuna valenza reale il "consenso firmato" che alcuni operatori sanitari sono soliti farsi firmare a scopo cautelativo senza fornire alcun tipo di informativa.

Se manca la conoscenza sul trattamento che si sta per fare, l'atto di volontà del paziente può risultare viziato a causa di mancata od erronea rappresentazione del fatto[28].

---

[25] Nelle strutture sanitarie, dove l'interesse dei pazienti e quello dei curanti coincidono nella garanzia reciproca, i medici possono facilmente mascherare un test eseguito all'insaputa dell'interessato per "necessità clinica" nell'interesse del singolo paziente (art. 5, terzo comma, L.135/90), o per situazioni rapportabili allo stato di necessità (art. 54 c.p.) o per accertamenti routinari nei cui confronti il consenso è presunto e implicito nell'accettazione del ricovero. Si veda al riguardo Fornari U., *Test obbligatorio e professione medica: problemi di deontologia*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 1994, 41.

[26] Eusebi L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 17, 1995, 731.

[27] In Gran Bretagna, si sono avuti molti casi riguardanti l'*informed consent*. Si possono ricordare i ss.: *Chatterton v. Gerson* (1981) QB 432; *Hills v. Potter* (1984) 1 WLR 641; *Potts v. North West RHA* riportato su *The Guardian*, 23 luglio 1983; *Blyth v. Bloomsbury AHA* (1985) riportato su *Times*, 24 maggio e (1987) *Times*, 11 febbraio, CA; *Gold v. Haringey AHA* (1986) riportato su *Times*, 17 giugno e (1987) 15 aprile, CA; *Thake v. Maurice* (1986) 1 All ER 497 e *Eyre v. Meas-day* (1986) 1 All ER 488.

[28] In tal senso si veda Cattaneo G., *op. cit.* supra, 277.

Da un punto di vista giuridico, il rapporto tra medico e paziente potrebbe configurare il contratto di prestazione di opera intellettuale[29], ed il dovere di informare il paziente scaturirebbe quindi, dal dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto[30], principio fondamentale nella fase in cui si manifesta l'efficacia del negozio giuridico. La buona fede nello svolgimento del rapporto prevede tutti quei comportamenti positivi collegati con la prestazione e strumentali ad essa; nel caso di specie, le informazioni ed i chiarimenti del medico appaiono strumentali rispetto al consenso del paziente, in quanto necessari a rendere il consenso al trattamento cosciente[31]. La mancata informazione può, pertanto, considerarsi come inadempimento.
Solitamente, il medico informa il paziente oralmente, al fine di consentire a questi di porre delle domande chiarificatrici ed ottenere delle spiegazioni esaurienti[32]. Un requisito essenziale dell'informazione è che sia adeguata a seconda del livello culturale del paziente con cui si instaura il rapporto[33].

---

[29] Si vedano gli articoli 2229 e seguenti del codice civile.

[30] Art. 1375 cod. civ.

[31] Così Lega C., *Deontologia medica*, Padova, 1979, 6 e Cattaneo G., *op. cit.* supra, 278 per il quale "il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto assume una intensità diversa a seconda del tipo di rapporto obbligatorio e delle circostanze...Senza dubbio il dovere di fedeltà del medico libero professionista raggiunge una intensità ben maggiore che nella gran maggioranza dei rapporti di lavoro subordinato...Nel nostro caso le informazioni ed i chiarimenti sono necessari per rendere possibile quel valido consenso, che a sua volta è requisito di possibilità giuridica della prestazione. L'obbligo di chiarimento è dunque strumentale rispetto alla prestazione".

[32] Recentemente si è assistito ad una decisione per molti aspetti controcorrente, in quanto la *Court of Appeal*, nel caso *A and Others v. Tameside and Glossop Health Authority and Another*, in *Law Report*, nov, 1996, 50, ha stabilito che il paziente può essere informato della sua sieropositività anche *by letter*, e non *face to face*.

[33] La legislazione regionale italiana degli anni '80, ha dato grande rilievo a questo aspetto: in Toscana la Legge 1 giugno 1983 n. 36, *Norme di salvaguardia dei diritti dell'utente dei servizi delle ULSS*, all'articolo 5, terzo comma, dichiara espressamente il diritto del paziente "di chiedere una informazione completa riguardante la diagnosi, anche provvisoria, e la prognosi in termini per lui facilmente capibili". Senza dilungarci oltre ricordiamo la legislazione della Liguria (Legge 26 aprile 1985, n. 27, *Tutela dei diritti delle persone che usufruiscono delle strutture sanitarie*) che parla di "adeguata informazione" e di "prognosi in termini comprensibili per il richiedente"; quella dell'Abruzzo (Legge 2 aprile 1985, n. 20, *Norme di salvaguardia dei diritti dell'utente dei servizi delle ULSS*) che, all'articolo 5, terzo comma, prevede il diritto del ricoverato di avere "una informazione completa...in termini per lui facilmente comprensibili"; infine quella del Friuli Venezia Giulia (Legge 1 giugno 1985, n. 21, *Norme per la salvaguardia dei diritti del cittadino dei servizi della USL*) che parla di "prognosi in termini per lui comprensibili".

Come già anticipato nel paragrafo precedente l'informativa verterà sulla diagnosi, sulla prognosi, sul modo in cui l'intervento o la terapia verrà eseguita, sui rischi che essa potrebbe comportare e sul decorso post- trattamento.
Soddisfatti i requisiti menzionati avremmo ottenuto dal paziente un valido consenso informato. Tutte le informazioni date e ricevute dal paziente dovranno essere inserite nella sua cartella clinica.

RIFERIMENTI DEONTOLOGICI

Per quanto riguarda la deontologia, in Italia il Nuovo Codice di Deontologia Medica, approvato dal Consiglio Nazionale della Federazione dei Medici e degli Odontoiatri il 24-25 giugno 1995, fa esplicito riferimento al consenso informato all'art. 31 nei seguenti termini: "Il medico non deve intraprendere attività diagnostica o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato. Il procedimento diagnostico e il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità del paziente, devono essere intrapresi, comunque, solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso.
In ogni caso, in presenza di esplicito rifiuto del paziente capace d'intendere e di volere, il medico deve desistere da qualsiasi atto diagnostico e curativo, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà del paziente". Da queste previsioni si deduce il ruolo centrale assunto dal consenso informato per la deontologia medica: ne è manifestazione il chiaro divieto di non sottoporre a nessuna attività diagnostica — come il test per l'HIV — il paziente che si è pronunciato contrario.
L'informazione che il medico deve dare al paziente, secondo quanto prevede l'art. 29 del codice di deontologia medica, deve tenere innanzitutto conto del livello di cultura, di emotività e delle capacità di discernimento del paziente, per potergli comunicare, nella maniera più idonea e serena possibile, la "informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive terapeutiche e sulle verosimili conseguenze della terapia e della mancata terapia".
Il secondo comma dello stesso articolo ribadisce l'importanza dell'uso di un linguaggio semplice, capibile, senza elementi scientifici incomprensibili per chi è a digiuno da tali conoscenze mediche.

Per quanto riguarda le informazioni di prognosi gravi o infauste, come nel nostro caso, il quarto comma raccomanda l'uso di estrema circospezione e delicatezza, "usando terminologie non traumatizzanti senza escludere mai elementi di speranza".
Infine il quinto comma fa presente che la volontà del paziente deve essere espressa in termini liberi, purché chiari, al medico.
In sintesi, quindi, anche secondo quanto previsto dal codice di deontologia medica, il legittimo esercizio del diritto alla salute da parte del paziente che si concretizzi in un esplicito rifiuto a sottoporsi od a continuare un determinato trattamento sanitario, non può essere nè ostacolato nè violato da parte del medico, anche se le conseguenze di tale decisione possono essere lesive o, al limite, letali.

TEST HIV E CONSENSO INFORMATO

L'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce il test per l'accertamento dell'infezione da HIV come quella procedura sierologica che permette l'identificazione degli anticorpi o antigeni HIV di un individuo. Di conseguenza, lo screening è l'applicazione sistematica del test HIV che può essere rivolto all'intera popolazione, ad un gruppo mirato, ai donatori di sangue, di emoderivati, di tessuti, di organi o di cellule.
In termini generali si definisce programma di screening quella serie di azioni compiuta allo scopo di individuare, in una popolazione o in una parte di essa, i soggetti affetti da una determinata patologia, nel nostro caso specifico dell'infezione da HIV.
Potenzialmente il test può essere di tre tipi a) coercitivo (*compulsory*); b) obbligatorio/oneroso (*mandatory*); c) volontario (*voluntary*).
a) Il test è coercitivo quando è la legge a richiederlo. In tal modo i gruppi o gli individui coinvolti non possono legalmente (il punto sta proprio nel verificare se è legale imporre un test come obbligatorio!) rifiutarsi di sottoporsi a tale test.
b) Il test è obbligatorio/oneroso quando il godimento di un qualche vantaggio, è funzionale al fatto che l'individuo faccia o meno i test.
c) Il test è volontario quando è l'individuo a scegliere liberamente se sottoporsi o meno ad esso.

Nel caso dell'AIDS ed in particolar modo nel caso di consenso informato a trattamento diagnostico dell'infezione da HIV, si è ritenuto opportuno, dopo averne esaminato gli svantaggi ed i vantaggi, dare al paziente la possibilità di decidere se sottoporsi o meno al test.
Le ragioni per le quali si è arrivati a propendere per questo tipo di decisione sono molteplici. Sinteticamente è possibile affermare che l'imposizione del test potrebbe ostacolare la diffusione di un comportamento spontaneamente responsabile da parte dei cittadini. Per gli individui a rischio potrebbero addirittura entrare in clandestinità per il timore di eventuali schedature ed i costi economici per introdurre test di massa sarebbero elevatissimi, e difficilmente sostenibili dal Servizio Sanitario Nazionale con risultati in tema di prevenzione bassissimi.
In ogni programma di test inoltre, ci sarebbero persone che potrebbero risultare sieronegative, sia a causa di errori di laboratorio, per il fenomeno della falsa negatività, sia per il fenomeno legato al periodo "finestra" (periodo nel quale il paziente risulta essere sieronegativo ma è potenzialmente infettante).
D'altra parte il testing gioca molteplici ruoli per quanto riguarda la prevenzione dell'infezione da HIV; esso infatti riduce il numero di soggetti sieropositivi che non sanno di esserlo e che quindi non hanno motivazione ad abbandonare i comportamenti a rischio. È stato osservato, infatti, che, se il paziente viene a conoscenza del proprio stato di sieropositività, perché volontariamente si è sottoposto al test, questo fatto induce frequentemente il malato a modificare i propri comportamenti a rischio.
I dati riportati in letteratura su questo argomento non sono comunque sempre concordi. Il solo screening infatti non sempre modifica significativamente il comportamento a rischio dei soggetti sottoposti al test, che talvolta dopo essere venuti a conoscenza del proprio stato, possono persistere nei comportamenti a rischio in quanto indotti a credere (se risultati negativi ed in mancanza di un intervento di counselling mirato ed efficace) di essere in qualche modo immuni dal rischio di acquisire l'infezione.
Se il paziente invece riceve una comunicazione di sieropositività, nella maggior parte dei casi, tende a ridurre i propri comportamenti a rischio.
Il test presenta una serie di vantaggi a livello individuale in quanto, oltre a consentire al soggetto di venire a conoscenza del proprio stato sierologico, lo porta in contatto con la struttura sanitaria, consentendo la diagnosi e la terapia di altre malattie

a trasmissione sessuale e di altre infezioni, con la conseguente messa in atto di un approccio integrato per quanto riguarda il trattamento dei soggetti tossicodipendenti e la risposta ad eventuali bisogni sanitari del soggetto.
Esistono tuttavia degli svantaggi che sono legati soprattutto all'impatto psicologico personale a seguito della conoscenza della propria sieropositività che, se gestito senza adeguato supporto psicologico, per alcune persone può risultare altamente disagiante.
Per quanto riguarda i vantaggi a livello collettivo, il potenziamento dei programmi di screening volontario consente la prevenzione di un'ulteriore diffusione dell'infezione da HIV e di altre infezioni potenzialmente diffusibili, attraverso il contatto con le strutture sanitarie e l'ottenimento dell'adesione spontanea ai programmi preventivi.
In modo concorde alle premesse su esposte la legge 135 del 1990 all'art. 5 espressamente dispone:
"Nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse...".
Con la sentenza n. 218 del 2.6.1994 della Corte Costituzionale, sono stati posti in essere degli emendamenti rilevanti in tema di consenso e della conseguente possibilità di poter eseguire il test HIV indipendentemente dalla volontà del paziente.
La Corte Costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n.135 "Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS", nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute di terzi.
La Corte si è pronunciata sulla questione del ricorso (ex art. 700 c.p.c.), presentato avanti al Pretore di Padova da un'infermiera in servizio presso un istituto per anziani. La donna si era sposata con un collega di lavoro affetto da AIDS in fase conclamata da circa tre anni. La direzione dell'istituto, venuta a conoscenza della circostanza, pretendeva dalla dipendente una visita di idoneità al servizio da effettuare presso l'ufficio di igiene pubblica della U.S.L. competente. L'infermiera rifiutava di sottoporsi agli specifici esami richiesti dagli organismi sanitari, avvalendosi della facoltà riconosciuta dall'art. 5, terzo comma, della legge n. 135 del 1990. La direzione la sospendeva cautelarmente dal servizio, ma non dalla retribuzione, e per

questo la donna ricorreva al Pretore. Egli eccepiva l'incostituzionalità della legge citata nella parte in cui non ha previsto (limitatamente a specifiche attività lavorative) la possibilità di accertamenti sanitari (naturalmente con le dovute garanzie di riservatezza) anche contro la volontà degli interessati (consentiti in forza dell' art . 32 della Cost.), al fine di tutelare la salute come interesse della collettività, bene, considerato dal Pretore, assai più rilevante di qualsiasi diritto individuale. Nell'ordinanza citata[34] il pretore afferma "è opinione di questo Pretore che il drastico e perentorio tenore letterale delle citate disposizioni della legge 5 giugno 1990 n. 135, che escludono in ogni caso la possibilità di analisi e di accertamenti su un eventuale stato di sieropositività senza il consenso dell'interessato, sia in contrasto con l'art. 32 della Cost., nella parte in cui le predette norme non prevedono, limitatamente ai casi di quelle specifiche attività lavorative che per la loro particolare natura presentano (come nella fattispecie) il serio rischio di trasmissione dell'infezione HIV, dall'operatore di assistenza (medico, infermiere, ecc.) all'assistito (sia esso ammalato, un anziano non autosufficiente o altro), la possibilità di prescindere dal consenso dall'interessato".

La questione riguarda il delicato problema della individuazione dei confini all'interno dei quali è consentito operare il difficile bilanciamento dei valori ai quali la Costituzione assegna uno specifico risalto.

Il primo termine di riferimento della Corte è la tutela della salute come bene primario, alla cui stregua è stata valutata la scelta legislativa del divieto di screening obbligatorio senza consenso. Sotto questo profilo non è venuto meno il divieto di test senza consenso ma, ponendo in rilievo le condizioni del tutto particolari di alcune attività di lavoro, peraltro non specificate, dove non si è ritenuto esistere il rischio di contagio, sulla base di una semplice possibilità di un incontro fisico, si è introdotto l'onere degli accertamenti ematici per fornire piena garanzia di tutela al bene salute collettiva.

Tale sentenza della Corte Costituzionale è stata supportata dalla seguente motivazione: il principio della tutela della salute, sancito dall'art. 32 della Costituzione, "implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere nè porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che

[34] Ordinanza del Pretore di Padova del 15-5-1993, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 30 del 21-7-1993.

vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa a oneri particolari.
L'interesse comune della salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse".
Sembra, dunque, evidente che la decisione della Corte, come si desume dalla motivazione della decisione adottata, è funzionale esclusivamente alla tutela della salute dei terzi e non del singolo presunto portatore del morbo.
La Corte quindi delinea un generico ambito di "sanità pubblica" riferito ad attività di lavoro non determinate ma ritenute potenziali cause di contagio da HIV, la cui individuazione è necessariamente rimessa ai titolari del potere normativo.
L'unica indicazione che si ritrova nella sentenza in esame riguarda l'attività di assistenza e cura della persona, che è quella che ha fatto sorgere la questione di legittimità costituzionale.
Ma anche in questo caso, l'assoluta indeterminatezza dell'asserto impone necessariamente una integrazione normativa che specifichi le concrete attività più esposte sotto il profilo del rischio di contagio a terzi.
Non è molto chiaro il motivo di questa decisione, visto che, dopo l'entrata in vigore il 28 settembre del 1990 del decreto sulle "norme di protezione dal contagio professionale da HIV nelle strutture sanitarie ed assistenziali pubbliche e private", agli operatori già erano state impartite precise direttive per evitare qualsiasi rischio di contagio.
La sentenza della Corte Costituzionale esaminata è una sentenza *additiva di principio*, un modello ancora *in fieri*, che è ben lungi dall'aver assunto contorni precisi e definitivi; il dato essenziale che caratterizza questo tipo di sentenze è quello di un riconoscimento dell'illegittimità costituzionale della normativa denunziata, cui si accompagna il riconoscimento della pluralità dei possibili rimedi idonei ad eliminarla. Tutte le decisioni si concludono con un dispositivo di accoglimento, che ha o inten-

de avere una *portata* additiva. Tale *portata additiva* consiste generalmente nell'immissione di un principio generalissimo.
Secondo alcuni giuristi, queste additive di principio pur non potendo costringere il legislatore ad attivarsi e pur lasciando ad esso ampio spazio di scelta delle concrete modalità di attuazione, producono però a suo carico un vincolo positivo, nel senso di imporgli, una volta che decida di intervenire, di disegnare una disciplina che contempli e svolga il principio "aggiunto". Il legislatore, infatti, non potrebbe disattendere l'indicazione della Corte, poiché altrimenti – trattandosi di una indicazione contenuta in una pronuncia di accoglimento – violerebbe il precetto dell'efficacia vincolante, immediata e generale di cui all'art. 136 Cost. Tale loro precettività immediata consente di differenziarle dalle decisioni monitorie, che lasciano sussistere immutata la norma impugnata, non imponendo alcuna modifica nel senso di un "nuovo" principio. Tale modello additivo, introducendo un criterio di disciplina immediatamente applicabile, mentre non priva del tutto i giudici comuni del potere di individuare la regola del caso concreto facendo uso dei propri poteri interpretativi, provvede anche ad assicurare, per il periodo transitorio, il realizzarsi ad opera di questi giudici, di una situazione prossima alla legalità costituzionale. La sentenza della Corte Costituzionale non può comunque colmare l'omissione legislativa esistente in tema di AIDS.
Già il Consiglio D'Europa, con la raccomandazione del 26-11-1987, si era orientato nel senso che nessuno screening obbligatorio dovrebbe essere introdotto né per la popolazione generale, né per gruppi particolari. Le autorità sanitarie dovrebbero invece investire le risorse disponibili nell'istituzione di servizi dove non esistano ancora, per test volontari che rispettino scrupolosamente, le norme di riservatezza, permettendo ai sieropositivi un più facile avvicinamento.
A fronte di queste affermazioni generali della necessità del consenso della persona interessata, l'ordinamento vigente prevede alcune ipotesi di screening mirato obbligatorio ai fini dell'accertamento dell'infezione da HIV.
Sono infatti sottoposti obbligatoriamente al test per l'HIV i donatori di sangue e di emoderivati, inoltre sono previste particolari procedure di controllo nell'ambito delle donazioni di sperma, tessuti ed organi.
Un'importante innovazione in tema di deroga al consenso all'adesione volontaria al test per la ricerca degli anticorpi anti HIV è il riferimento contenuto nella legge 15 febbraio 1966 n. 66 " Norme contro la violenza sessuale", nel quale si stabilisce

che "L'imputato per i delitti di cui agli articoli 609- bis 609- ter 609 quater e 609-octies del codice penale è sottoposto con le forme della perizia, ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime.

RIPERCUSSIONI IN CASO DI VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DEL CONSENSO INFORMATO

Qualora il medico, alla luce di queste disposizioni in materia di consenso informato sottoponga un soggetto a terapia o ad accertamenti non richiesti, incorre in responsabilità di carattere civile e penale[35]. Nella fattispecie civilistica può essere chiesto il risarcimento per danno ingiusto alla salute altrui causalmente ricollegabile ad erroneo operato medico. Ci si riferisce alla figura del "danno biologico" da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza ed in ambito medico-legale come diretta conseguenza dell'applicazione dell'art. 2043 c.c. "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

In sede penale, oltre alla responsabilità per lesioni personali, potrebbe delinearsi nella condotta arbitraria del medico, il reato di violenza privata: "art 610 - Chiunque con violenza o minaccia, costringe altri a far tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a 12 anni", potrebbe, inoltre, configurarsi il reato previsto dall'art. 728 c.p. "chiunque pone taluno con il suo consenso in stato di narcosi o d'ipnotismo o esegue su di lui un trattamento che ne sopprima la coscienza o la volontà, è punito se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità della persona, con l'arresto da 1 a 6 mesi o con l'ammenda da lire 60 mila ad 1 milione".

Un significativo impulso alla problematica è stato dato da una sentenza della Corte di Cassazione[36] in cui si è affermato che "il chirurgo che in assenza di necessità e urgenza terapeutiche sottopone il paziente a un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da egli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, essendo rilevante sotto il profilo psichico la finalità pur

[35] Per una estesa trattazione delle problematiche di responsabilità, vedi il cap. 4.

[36] Cass. n. 5639 del 20 maggio 1992, con cui si è confermato la sentenza della Corte di Assise di Appello di Firenze del 26 giugno 1991.

sempre curativa della sua condotta, sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte".
Tale sentenza è stata ritenuta rivoluzionaria, in quanto per la prima volta nella storia giudiziaria, si è visto ed affermato la sussistenza del delitto di omicidio doloso preterintenzionale in un atto medico eseguito senza consenso del paziente[37].
A dire il vero, ci sembra che la Corte non abbia fatto altro che ribadire i principi giuridici espressi in altre occasioni: già nel 1967, la Corte[38] aveva stabilito che "fuori dai casi di intervento necessario e urgente il medico nell'esercizio della professione sanitaria non può, senza un valido consenso del paziente, sottoporre quest'ultimo ad alcun trattamento medico-chirurgico suscettibile di porne in grave pericolo la vita e l'incolumità fisica. E ciò perché si fa logicamente riferimento alla regola del consenso del paziente, cioè al necessario presupposto giustificativo di ogni intervento chirurgico e medico che possa generare grave pericolo, in situazioni estreme nelle quali l'intervento del sanitario, qualunque possa essere l'esito, si palesi necessario e urgente, laddove in situazioni del genere il paziente neppure si trova in grado di esprimere una cosciente volontà favorevole o contraria all'evento stesso".
Nel 1975 la Corte[39] aveva fatto analoghe affermazioni, dando importanza anche al dovere professionale del medico di rendere il paziente edotto delle conseguenze delle terapie ritenute da lui migliori o necessarie.
Un anno dopo, in un'altra sentenza[40], si era ispirata proprio al principio per cui "il dovere di informazione, diretto ad ottenere un consapevole consenso del cliente, interviene dopo che, con l'attività diagnostica, è già iniziata l'esecuzione del contratto d'opera professionale, e quindi ha natura contrattuale, così come contrattuale è la responsabilità derivante dal suo mancato assolvimento".
Nel giugno del 1982, infine, la predetta Corte sentenziò che "in tema di responsabilità del medico connessa all'esecuzione di un intervento chirurgico l'accertamento del consenso del paziente...postula...che costui vi abbia acconsentito dopo essere stato opportunamente informato dal chirurgo della effettiva portata dell'intervento,

[37] Marra A., *Malati in ascolto. Vietato tacere i rischi delle cure*, in *Corriere Medico*, maggio, 1994.
[38] Cass. sezione III, sentenza n. 1950 del 25 luglio 1967, in *Giust. civ.*, I, 1967, 1772.
[39] Cass. sezione III, Civile, sentenza n. 2439 del 18 giugno 1975, in *Giust. civ.*, I, 1975, 1389.
[40] Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in *Rep. Foro It.*, 1976, voce *Professioni intellettuali*, c. 2460, n. 41.

in relazione alla sua gravità, agli effetti conseguibili, alle inevitabili difficoltà, alle eventuali complicazioni ed ai prevedibili rischi"[41].

IL TEST IN PARTICOLARI CONDIZIONI: MINORI, POLIZZE VITA, PAZIENTI RICOVERATI

a) Minori

Negli ultimi anni abbiamo assistito ad un aumento sempre maggiore di soggetti minorenni che afferiscono alle strutture di screening per eseguire il test per l'HIV.
Solitamente arrivano accompagnati da qualche coetaneo che è al corrente del loro problema oppure arrivano da soli, ma senza comunque avere il consenso dei genitori, i quali sono quasi sempre all'oscuro della situazione di rischio per la quale il figlio minore chiede di fare il test. Spesso i soggetti minorenni escludono categoricamente la possibilità di informare i genitori relativamente all'esecuzione del test per non svelare la presenza di attività sessuali o tossicomaniche non accettate da questi.
In presenza di situazioni di questo tipo la maggior parte degli operatori riferiscono di non saper cosa fare, eseguire o no il test senza il consenso dei genitori? Come comportarsi in caso poi venisse accertata una sieropositività?
Inizialmente occorre chiarire che, come anticipato nel paragrafo sulla possibilità per i minori di prestare un consenso informato, non esiste una chiara legislazione in merito che sia in grado di fornire indicazioni su come comportarsi quando alla struttura di screening arriva un minorenne che chiede di eseguire il test senza il consenso dei genitori.
A tale proposito esistono posizioni discordanti fra quanto affermano gli esperti in materia medico-legale ed i giuristi.
L'orientamento dei primi fa una distinzione fra minori degli anni 14 e i minori di età superiore agli anni 14, stabilendo solo per questi ultimi la possibilità di eseguire il test indipendentemente dal consenso dei genitori. Tali esperti fanno riferimento alla capacità di intendere e di volere del minore che per loro si ha per acquisita al compimento del quattordicesimo anno di età, con riferimento alle norme penali che disciplinano l'imputabilità del soggetto (art. 97 c.p.). L'orientamento suggerito dai secondi, e che a nostro parere risulta essere più facilmente realizzabile, è che, se da un punto di vista medico il test è utile e giustificato per il minorenne, esso può essere eseguito, previa autorizzazione del giudice dei Tribunale dei Minori, dopo avere valutato durante il counselling la naturale capacità di intendere e di volere del

[41] Cass. 12 giugno 1982, n. 3604, in *Rep. Foro It.*, 1976, voce *Professioni intellettuali*, c. 2367, n. 46.

minore[42].

In sintesi non va dimenticato che gli obiettivi principali sono:

1. Iniziare e mantenere un contatto con la persona minorenne valutando i suoi problemi psicologici e medici.
2. Comprendere i motivi che spingono il minore ad eseguire il test senza avvisare i genitori.
3. Attivare procedure nel rispetto della legge ma valutando ponderatamente l'interesse del paziente minorenne.

b) Polizze vita e malati di AIDS

La forma più conosciuta di assicurazione personale è quella sulla vita, che fornisce una salvaguardia di tipo finanziario rispetto all'accadimento della morte. È evidente che l'assunzione del rischio per le compagnie è gravosa qualora a richiedere la polizza siano individui affetti da AIDS o HIV. In tal caso le compagnie dovrebbero regolarsi aumentando i tassi normali per coprire il maggior rischio assunto. Le compagnie dovrebbero quindi essere messe in grado di controllare l'eventuale sieropositività dei richiedenti in modo da individuare i soggetti HIV-infetti. Tuttavia anche dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 218 del 1994, il principio che regola questa materia è quello della stretta consensualità del test per l'accertamento della sieropositività all'HIV. Ispirandosi ai principi di libertà e autonomia negoziali, si potrebbe concludere che la compagnia può ricusare la richiesta di polizza se il soggetto rifiuta di sottoporsi all'esame. La richiesta di accertamenti diagnostici da parte delle compagnie non sarebbe in base alla legge 135 del 1990 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 218 del 1994, consentita. Il Decreto del Ministro dell'industria e del Commercio del 23 novembre 1990, ha approvato nuove condizioni di polizza, regolanti le modalità assuntive delle assicurazioni vita in relazione al rischio

[42] A riguardo si fa presente che le recenti "*Norme contro la violenza sessuale*" emanate con la legge 66/96 hanno abbassato il limite di età per il riconoscimento della "libertà sessuale" del minorenne. La normativa infatti ammette la validità del consenso al rapporto sessuale di un minore anche tra 13 e 14 anni, purché il partner abbia una differenza di età non superiore a 3 anni. Si comprende, pertanto, come la problematica possa essere parimenti trasposta, pur con le dovute precauzioni, anche nell'ambito del consenso al test HIV. Vedi Benciolini P., *La nuova legge contro la violenza sessuale*, in *Riv. Sessuol*., 20(2): 189-198, 1996.

di decesso da infezione HIV, presentate dalla Phenix-Soleil vita S.P.A. Roma. Secondo tale decreto, nell'ipotesi di coperture assicurative superiori a lire 300 milioni, la Soleil vita può assumere il rischio solo previa effettuazione della siero-diagnosi HIV nei confronti dell'assicurato, fatta salva la facoltà dell' impresa di aderire comunque alla stipulazione del contratto, introducendo nello stesso una clausola di carenza settennale, limitatamente al decesso riconducibile ad AIDS. Per coperture assicurative pari od inferiori ai 300 milioni, la siero-diagnosi può essere richiesta qualora dalle risposte fornite dall'assicurando al questionario assuntivo emergano elementi che rendano necessaria una più approfondita conoscenza del rischio. Stesso discorso per le nuove polizze assicurative, presentate dalla S.A.I. - Società assicuratrice industriale S.P.A. in Torino, dalla Sara vita S. p.A. in Roma, dalla Società Reale mutua di assicurazioni Torino, dalla Lavoro vita S.p.A., in Milano, dalla Maeci vita S.P.A. Milano, dalla Magdeburgerb Levenversicherung Aktiengesellschaft, in Milano, dalla Montepaschi vita S.P.A. in Roma, dalla Lloyd Adriatico S.p.A. in Trieste, dalla Gan Vie - Compagnie Francaise d'Assurances sur la vie in Roma, dalla "Vita "-Compagnie di assicurazioni sulla vita S.A. in Milano, dalla Winterhur - Società di assicurazione sulla vita in Milano. La Raccomandazione n. (1989) 14 del Consiglio D'Europa, ha specificato la necessita dell'elaborazione di un codice di comportamento e di soluzioni assicurative per individui infetti da HIV, non discriminando né violando i diritti sociali e civili dell'individuo. Partendo dal rispetto della dignità e della vita privata dell'individuo, arrivando ad un consenso informato attraverso attività di "counselling", non introducendo lo screening per polizze assicurative, proteggendo i dati relativi alla salute e alla privacy dell'individuo, utilizzando strategie univoche per la lotta all'HIV. Posizione ragionevole e meritevole di consenso da parte di tutti i Paesi europei, chiarendo un contesto (quelle delle polizze vita) oggi quanto meno ambiguo.

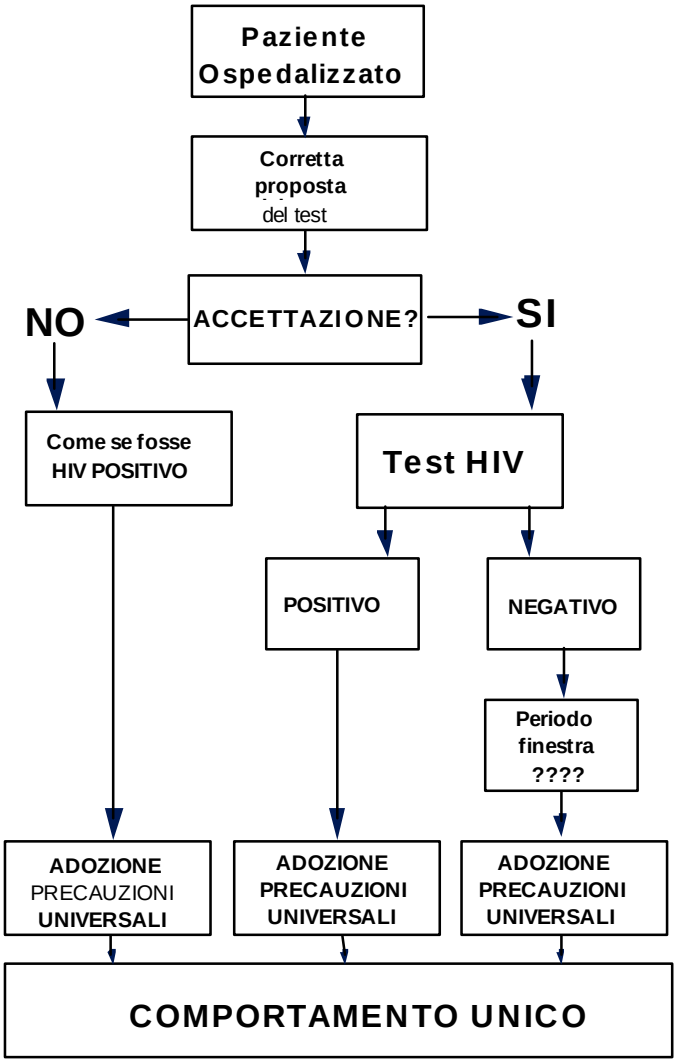
c) Pazienti ricoverati

Frequentemente nei reparti ospedalieri, con discutibili finalità cautelative, al momento di accesso del paziente o prima di eseguire una qualsiasi manovra invasiva, viene eseguito il test HIV senza ottenere il consenso del paziente (al quale anche se il test risultasse positivo non verrebbe comunicato) al solo fine cautelativo per l'operatore che assiste il paziente.

Tale pratica contrasta non solo con le normative nazionali e internazionali, che impongono all'operatore sanitario di considerare tutti i pazienti come potenzialmente positivi ed adottare per tutti le necessarie misure o barriere di protezione, considerato che l'esecuzione del test a tutti i ricoverati, non garantirebbe l'identificazione di tutti gli infetti, nonchè la possibilità che il paziente infetto sia nel periodo finestra. Potrebbero, cioè venirsi a determinare risultati falsamente negativi tali da indurre gli operatori sanitari ad eseguire le manovre invasive senza le necessarie precauzioni universali.

Per spiegare la necessità di adottare un comportamento unico, cioè avvalersi delle precauzioni universali, possiamo far riferimento all'algoritmo di G. Serpelloni qui di seguito riportato:

Algoritmo decisionale per l'adozione delle Precauzioni Universali



G. Serpelloni 1996

Bibliografia

1. Santassuosso A. "I diritti civili alla prova Aids e Sieropositività". Prospettive sociali e sanitarie, n. 6, 1989.
2. Ramacci, Riz, Barni "Libertà individuale e tutela della salute" Riv It. med. Leg. V, 1993.
3. Iadecola G., Consenso del paziente e trattamento medico-chirurgico. Liviana editrice, 1989.
4. Battaglino F., Ravaioli A., Consenso informato nell'attività medico-terapeutica. Federazione Medica, settembre, 1993.
5. AAVV "Svantaggi dell'imposizione del test HIV". Riv. It. Med; Leg III. 1989.
6. It. Foro Italiano 1995; Corte Costituzionale sentenza 2 giugno 1994, n. 218 Sanità pubblica - interventi urgenti per la previsione e la lotta contro l'AIDS. svolgimento di attività comportanti rischi per i terzi- Assenza di sieropositività; accertamento obbligatorio Esclusione Incostituzionalità.
7. Serpelloni G., Morgante M. Hiv Counselling e Screening manuale teorico pratico. Leonard Ed. Scientifiche Verona 1993.
8. Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per gli Affari Sociali "Relazione sui dati relativi allo stato delle tossicodipendenze in Italia, sulle strategie adottate e sugli obiettivi raggiunti nel 1993.
9. Aiello F., Bracci C., Carchedi F., D'Alessandro A., Faranda R., "Aids e mondo del lavoro" strumenti di prevenzione e tutela dei lavoratori.
10. Cattorini P., Aids e Leggi sull'Aids Istituto Scientifico H San Raffaele. Europa Scienze Umane Editrice Milano 1993.
11. Marotta Perucci, "Epidemiologia e legislazione: infezioni HIV, AIDS e carceri".
12. Il medico d'Italia XXX 30-10-1993.
13. Istituto per la documentazione e gli studi legislativi-ISLE. Rassegna Parlamentare. Gennaio-Giugno 1992 N. 1-2.
14. Organizzazione Mondiale della Sanità, Special Programme on AIDS, Convegno sulla prevenzione e il Controllo dell'AIDS nelle Carceri, Ginevra, 16-18 novembre 1987 N. AIDS e situazione carceraria. Liviana Editrice 1990-Padova pag.107-110. Honigsbaum N. "HIV AIDS and Children A Cause For Concern" National Children's Bureau, 1991.
15. Closen Micheal "Accertamento dell'infezione da HIV in pazienti ed operatori e la nozione di consenso informato Aids e leggi sull'AIDS". Europa Scienze Umane editrice. Milano 1993.
16. De Lorenzo C., "Aids e diritto negli stati Uniti d'America: Problemi e prospettive" 1993.
17. OMS "Tabular Information on Legal Instruments dealing with HIV Infection and AIDS .
18. Westerhall L., "Contact Tracing e Partner Notification. Il panorama Normativo Svedese. Aids e leggi sull'AIDS", Europa Scienze Umane 1993.
19. Rassegna parlamentare a cura dell'istituto per la documentazione e gli studi legislativi Isle. Gennaio-Giugno n. 1-2. 1992.
20. Cattorini P. "Aids e situazione carceraria", Istituto Scientifico H San Raffaele, Liviana Editrice 1990.
21. Difesa Sociale "Diagnosi di Aids e segretezza professionale" n. 1987.
22. Barni M. "L'Aids Aspetti medico legali", atti dell'incontro di studio Roma 27 aprile 1987, Ist. It. Med. Soc. Ed. Roma, 1987, p. 15.
23. Larher M.P., Manuel C., Enel P., Charrel J., Reviron D., Aquirier P., San Marco J.L., "Una cronostoria del segreto medico", in KOS, Rivista di scienza ed etica, n. 81, giugno 1992, pp. 36-39.

24. Camoglio L.P. "Contact Tracing e Partner Notification. Condizioni di applicabilità nel contesto normativo italiano. AIDS e leggi sull'AIDS". 1993.
25. Gostin, Pubblic Health Strategies for Confronting AIDS, Legislative and Regulatory Policy in the United States, in Jama vol, 261, 1989 pp. 4521-1630, Contact Tracing and Partner Notification, Report of the Special Initiative on AIDS, November Wahington, 1988.
26. Parere del 9 marzo 1992 "Notifica al partner e contact tracing presentato alla Commissione Nazionale Aids dal Centro Internazionale Studi e Ricerche sui problemi, etici, giuridici e medico-legali relativi all'AIDS", Ist. Scient. H. San Raffaele, Milano 1992.
27. Serpelloni G., Carli L., Zenari R., Simeoni E., in "HIV/AIDS Counselling a Screening: manuale teorico-pratico (a cura di Giovanni Serpelloni e Susanna Morgante)". Leonard Edizioni Scientifiche, pag. 99-134 Verona, Ottobre 1993.
28. Larher M.P., Manuel C., Enel P., Charrel J, Reviron D., Auquier P., San Marco J.L, Una cronista del segreto medico, in Kos, Rivista di scienza ed etica, n. 81, giugno 1992 pp.36-39.
29. Rennert S, AIDS/HIV and confidentiality: model policy and procedures. (Symposium: Developmental Disabilities), University of kansas law Review 39 n.3 653-737 Spring, 1991.
30. Istituto Superiore di Sanità (1991): Aggiornamento sui casi di AIDS conclamato aggiornato al 31 dicembre 1991.
31. AIDS su trasfusione? Rischio quasi nullo pubblicato su Il giorno 10 novembre 1993.
32. AAVV, Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità. Napoli 1983.
33. Annas G., "Legal risks and responsabilities of physicians in the AIDS epidemic" in Hastings Center Report, maggio 1988.
34. Bancks T.L., "The right to medical treatment, Yale University Press, 1987.
35. Santosuosso A., Turri G., "I trattamenti obbligatori" da "Medicina e Diritto prospettive e responsabilità della professione medica oggi" a cura di M. Barni e A. Santosuosso. Giuffré Editore 1995.
36. Taylor D., Testing for HIV, in Legal Action, Oct, 1989, 19. Cfr. anche quanto affermò Lord Scarman nell'importante caso in materia Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors (1985) 2 WLR 480-492.
37. Brazier M., Patient autonomy and consent to treatment: the role of the law?, in L.S., 2, 1987, 169; Eusebi L., Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali, in Riv. It. Med. Leg., 17, 1995, 727.
38. Fennel P., Inscribing Paternalism in the Law: Consent to Treatment and Mental Disorder, in J.Law & Soc., 17(1), 1990, 29.
39. Keown J., The ashes of AIDS and the phoenix of informed consent, in M.L.R., 52(6), 1989, 790.
40. Norelli G., Mazzeo E., Sulla progressiva svalutazione del consenso all'atto medico nella recente giurisprudenza costituzionale, in Giust. pen., 1989, 311.
41. Paradiso M., Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona, in La responsabilità medica, Milano, 1982, 139.
42. Varani E., I trattamenti sanitari tra obbligo e consenso (il punto della situazione), in Archivio giuridico "F. Serafini", 211, 1991, 89.
43. Wilson P., Testing the boundaries of consent, in N.L.J., 144(6645), 1994, 574, 576.
44. Formaggio T.C., Deontologia medica e legislazione sanitaria, Pavia, 1958.
45. Romanese R., Il diritto di sanare, in Arch. Antr. Crim., 45, 1925, 345.
46. Gorovitz S., Doctor's Dilemmas, Londra, 1982, capitolo 3°.
47. Kennedy I., The Unmasking of Medicine, Londra, 1989, capitolo 4°.
48. Cattaneo G., La responsabilità del professionista, Milano, 1958, 262.
49. Introna F., La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie, Padova, 1955, 24 ss.; Mantovani F., Diritto Penale, Padova, 1980, 645.
50. Foschini G., La comunione corporale (in tema di liceità del trattamento chirurgico), in Studi in onore di Biagio Petrocelli, 2, 1972, 793.

51. Brasiello T., Il consenso del paziente negli interventi chirurgici, in Nuovo Diritto, 461, 1964.
52. Princigalli A., La responsabilità del medico, Padova, 1983, 188.
53. Fornari U., Responsabilità e trattamenti sanitari obbligatori, in Realdon A., Cristoferi Realdon V., Responsabilità e libertà in psicopatologia, Abano Terme, 1991, vol. I, 21.
54. Riz R., Il consenso dell'avente diritto, Padova 1979, 43.
55. Eusebi L., Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali, in Riv. It. Med. Leg., 17, 1995, 731.
56. Giacomelli I., Di Viggiano C., Salute: Il diritto e la tutela, Roma, 1993, 29.
57. Cass. II, 23 marzo 1973; Archiadiacono, in Giustizia Penale 1974, II, 116 e Cass. VI, 27 febbraio 1973; Frigo, in Mass. Cass. Pen., 1973, 809.
58. Battaglino F., Ravioli A., Consenso informato nell'attività medico-terapeutica, in Federazione Medica, settembre 1993.
59. Fornari U., Test obbligatorio e professione medica: problemi di deontologia, in Riv. It. Med. Leg., 1, 1994, 41.
60. Eusebi L., Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali, in Riv. It. Med. Leg., 17, 1995, 731.
61. Paradiso M., Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona, in La responsabilità medica, Milano, 1982, 139 ss.
62. Princigalli A., La responsabilità del medico, Padova, 1983, 209.
63. AIDES, Medecins du Monde, Dichiarazione universale dei diritti dei malati di AIDS e dei siero-positivi, in Fed. Med., ott. 1988, 633.
64. Ordinanza del Pretore di Padova del 15-05-1993 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 30 del 21-07-1993.
65. Cass. n. 5639 del 20 maggio 1992, con cui si è confermato la sentenza della Corte di Assise di Appello di Firenze del 26 giugno 1991.
66. Marra A., Malati in ascolto. Vietato tacere i rischi delle cure, in Corriere Medico, maggio, 1994, 2.
67. Cass. sezione III, sentenza n. 1950 del 25 luglio 1967, in Giust. civ., I, 1967, 1772.
68. Cass. sezione III, Civile, sentenza n. 2439 del 18 giugno 1975, in Giust. civ., I, 1975, 1389.
69. Cass., 29 marzo 1976, n. 1132, in Rep. Foro It., 1976, voce Professioni intellettuali, c. 2460, n. 41.
70. Cass. 12 giugno 1982, n. 3604, in Rep. Foro It., 1976, voce Professioni intellettuali, c.2367, n. 46.
71. Ambrosini G., Segreto professionale e diritto all'anonimato del tossicodipendente, in Quest. giust, 1, 1989, 138.
72. Cappar D., Damages for breach of the equitable duty of confidence, in L.S., 3, 1994, 313; Cecere F., Attività epidemiologica e diritto alla riservatezza delle informazioni sanitarie, in Pol. dir., 2, 1991, 301.
73. Cialella C., Colesanti C., Il segreto professionale nell'archiviazione informatica di dati sanitari, in Riv. It. Med. Leg., XIII, 1991, 713; Gurry F., Breach of Confidence, Londra, 1985.
74. Marra A., Silenzio sui malati. Chi rivela va alla sbarra, in Corriere Medico, maggio, 1994, 1.
75. Trabucchi E., Il segreto professionale ha dei limiti?, in La Civiltà Cattolica, 2676, 1961, 581.
76. Cattorini P., Diagnosi di AIDS e segretezza professionale, in Difesa Sociale, 6, 1987.
77. Veggetti M., Opere di Ippocrate, Torino, 1976, 415.
78. Conso, Grevi V., Profili del nuovo codice di procedura penale, Padova, 1994, 216.
79. Vitello S.V., Obblighi degli organi preposti e degli operatori in ordine alla protezione del contagio professionale da HIV, Giornale Italiano dell'Aids Aprile maggio giugno 1991.
80. Alberton F., Degani G., Trenchi G., Considerazioni critiche sull'applicazione della legge 5/6/90 N135 in ambito ospedaliero. 1993.