

CONSENSO INFORMATO, TRATTAMENTO MEDICO E PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL CONTRATTO

Di Alberto Urso

| 227

SOMMARIO: *Trattamento medico e consenso informato nella dimensione dell'autonomia privata. – 2. Autodeterminazione personale e consenso informato nel quadro delle fonti interne, comunitarie ed internazionali. – 3. Consenso informato e attività precontrattuali. L'informativa medica nella dimensione della formazione del contratto. – 3.1. (Segue). Recenti prospettive della normativa e della giurisprudenza sugli obblighi informativi precontrattuali. – 4. Trattamento medico e procedimento di formazione del contratto. – 5. (Segue). Autonomia privata procedimentale e suoi limiti in campo medico.*

1. Trattamento medico e consenso informato nella dimensione dell'autonomia privata

La possibilità di una discesa dei valori della persona entro la dimensione dell'autonomia privata desta nelle opinioni degli studiosi una duplice contrapposta reazione, non scevra da condizionamenti di ordine storico-sociale¹. Affidare alla disposizione negoziale i beni più intimi e del rango più elevato può costituire assieme pericoloso sacrilegio o preziosa opportunità; in una prospettiva, che pure è costante nel-

le diverse visioni, tutta volta ad assicurare la protezione massima ai beni più sacri².

Proprio da tale ultima considerazione è dato cogliere allora la vera essenza della contrapposizione; la quale, a fronte dell'identico indirizzo teleologico, ricade sugli strumenti che meglio possano consentirne il perseguimento. Segnatamente, trattandosi di stabilire se, al fine di procurare la loro più adeguata tutela, gli attributi della persona possano o meno formare oggetto di autonoma disposizione privata, la sostanza del contrasto tocca, come spesso accade, il diverso modo d'intendere, in chiave ideologica e tecnica, il potere di privata autonoma. Nell'ambito di un dibattito il cui pomo della discordia, con le dovute declinazioni e le specifi-

¹ Cfr. in proposito RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 5 ss., ove, muovendo dall'antinomia tra persona e mercato, si pone in risalto il progressivo superamento del dogma tradizionale proprio in ragione del mutamento sociale; cfr. anche VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 44 ss.; più di recente, ID., *Introduzione*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori, delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di Vettori, I, Padova, 2013, 21 ss.

² Cfr. in tema NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 133 s., ove si pone in risalto la diversa prospettiva che l'autonomia privata assume nel passaggio dall'"avere" all'"essere". V. anche G. BENEDETTI, *Persona e contratto*, in *Obbl. contr.*, 2012, 567 ss. Per la identificazione dei beni giuridici oggetto di disposizione negoziale personale, cfr. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 403 ss.



cità del caso, è come di consueto costituito dal negozio giuridico e dal significato che esso venga ad assumere nell'ordinamento e nel tessuto sociale in un dato momento storico³.

Così, al pensiero tradizionale che nega radicalmente la possibilità di disporre in via negoziale dei beni più intimi della persona, e anzitutto del corpo umano, vuoi per l'asserita incompatibilità fra il vincolo giuridico e la libertà personale⁴, vuoi per l'esigenza sostanziale di proteggere il soggetto da se stesso⁵, si contrappone un più moderno approccio che, superato l'aprioristico dogma della incompatibilità fra persona e negozio, si mostra incline a distinguere le diverse fattispecie e ad interrogarsi sui limiti specifici e le peculiarità tecniche che i negozi - e, in specie, i contratti - aventi ad oggetto i valori della persona inducono⁶.

³ Per l'inquadramento dell'atto negoziale come fenomeno sociale, ancor prima che giuridico, impossibile evitare il riferimento a BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist., Napoli, 2002, spec. 44 ss. Per le diverse concezioni classiche del negozio giuridico, oltre all'opera di Betti, v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist., Napoli, 2002, 125; ID., *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 206; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Padova, 1961, IX ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist., Napoli, 2008; ID., *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962; FERRERO, *Negozio giuridico. Concetto*, Milano, 1949; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d.; ID., *Definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto o di una facoltà o di un potere*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 321; DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950. Sul delicato tema dell'esercizio dell'autonomia negoziale nella dimensione personale, cfr. DI BONA, *I negozi a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2001; P. PERLINGIERI-URCIUOLI, *Autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 2000, 457.

⁴ Cfr. PESANTE, *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 657 ss.; CALAMANDREI, *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, in *Foro it.*, 1936, IV, 281 ss.; più in generale, per l'inquadramento del problema, SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, 3ª ed., Torino, 2004, 29 ss.

⁵ Su cui v. RESTA, *op. cit.*, 7 s.

⁶ D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 237 ss.; ID. *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, 777 ss.; ID., *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano 2000, 717 ss.; RESTA, *op. cit.*, 11 s.; ID. *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*; aperture in tal senso si

Questo processo evolutivo tendente verso la progressiva attrazione nella dimensione contrattuale dei valori inerenti la persona coinvolge direttamente anche le prestazioni mediche. Non tanto in ordine all'*an* della disponibilità del trattamento, pacificamente ammessa al di fuori degli obblighi di legge⁷; quanto, piuttosto, in relazione all'inquadramento teorico in chiave propriamente contrattuale di tale trattamento, e alle relative conseguenze.

Sebbene non si dubiti del necessario fondamento consensuale del trattamento medico, proprio in ciò dimorando, anzi, la principale esigenza di tutela che per tale trattamento viene a manifestarsi, si tratta di inquadrare il rapporto giuridico vigente fra il paziente, la struttura ospedaliera e il medico in relazione alla prestazione sanitaria considerata nella sua complessità. Ciò che, partecipando alla generale tendenza evolutiva di "contrattualizzazione" dianzi riferita⁸, pure conduce a soluzioni che si inscrivono, con le dovute distinzioni e talune resistenze, nell'orizzonte della contrattualità.

E dunque, dapprima nella dimensione della responsabilità, così della struttura come del medico⁹, successivamente nella ricostruzione

rinvengono anche in BESSONE-FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 193 ss.

⁷ Su cui cfr. GLIATTA, *La dignità e la salute del paziente e il trattamento in assenza di consenso*, in *Resp. civ.*, 2010, 11, il quale affronta peraltro il tema della responsabilità del medico per il trattamento sanitario obbligatorio illegittimo o per la mancata prescrizione dello stesso.

⁸ Su cui RESTA, *Contratto e persona*, cit., 11. Nella differente prospettiva che affronta il problema della deriva contrattuale, e cioè dell'abuso del riferimento alla fattispecie contrattuale pur al cospetto di manifestazioni della negozialità riconducibili a strutture diverse dal contratto, cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, rist. 2007, spec. 14 ss.

⁹ In particolare, il problema della natura della responsabilità si è posto in relazione alla posizione del medico operante nell'ambito di una struttura sanitaria, ipotesi per la quale la giurisprudenza è ormai concorde nell'accedere a una ricostruzione contrattualistica: cfr. la celebre Cass., 22.9.1999, n. 589, in *Danno resp.*, 1999, 294, con nota di Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, su cui v. anche DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 441; PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, in *Giur. it.*, 2000, 741 ss.; THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 342; GIACALONE, *La responsabilità*



della fattispecie in essere fra il paziente e la struttura¹⁰, l'approdo alla contrattualità segna

del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1007; PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001. Per la responsabilità (contrattuale) della struttura ospedaliera, cfr. Cass., 28.8.2009, n. 18805, in *Corr. giur.*, 2010, 199, ove si distingue, cumulandole, la responsabilità della struttura per inadempimento di obbligazioni proprie, quali la messa a disposizione di personale paramedico e adeguate attrezzature, ed, ex art. 1228 c.c., la responsabilità per fatto del medico, pur privo di un rapporto di lavoro subordinato con la struttura. In tale ultimo senso, cfr. anche Cass., 13.4.2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824, con nota di M. Gorgoni, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*; nonché in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 849, con nota di Fiori e Marchetti, *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?*; in *Danno resp.*, 2007, 965, con nota di A. Scalisì, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*. In relazione alla responsabilità della struttura sanitaria riconducibile alle prestazioni accessorie a quella principale, cfr. VISINTINI, *Linee di tendenza verso la responsabilità oggettiva dei fornitori di servizi. In particolare la responsabilità delle strutture sanitarie e delle banche*, in *Il diritto dei consumi*, III, a cura di P. Perlingieri e Caterini, Rende, 2007, 311; nonché, per l'intera evoluzione nell'inquadramento della responsabilità della struttura sanitaria, DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, 2007, 129 ss., 253 ss.; AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2011, 628; ZANA, *Le "basi giuridiche" della responsabilità (civile) medica*, in *La responsabilità medica in ambiente civile. Attualità e prospettive*. Siena, 22-24 settembre 1988, a cura di Fineschi, Milano, 1989, 47 ss. Sempre in relazione alla responsabilità del medico, sulle novità introdotte ai sensi del recente D.L. 158/12 conv. L. 8.11.2012, n. 189, il cui art. 3, co. 1 esclude la responsabilità penale per colpa lieve quando l'esercente la professione sanitaria, nello svolgimento della propria attività, si attiene a "linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica", fermi gli obblighi di cui all'art. 2043 c.c., cfr. Cass., 19.2.2013, n. 4030, in *Dir. giust.*, 2013, 20 febbraio, nonché in *Guida dir.*, 2013, 17, 25; in tema cfr. anche CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2013, 367 ss. Per le prime applicazioni da parte della giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Varese, 26.11.2012, n. 1406, in *Guida dir.*, 2013, 17, 23, nonché in *dejure*; Trib. Enna, 18.5.2013, n. 252, in *dejure*.

¹⁰ Si tratta del cd. contratto di ospedalità, inteso quale contratto atipico dal contenuto complesso la cui prestazione in capo alla struttura ospedaliera consiste non solo nella fornitura di servizi di natura alberghiera, ma altresì nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico, nonché nell'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista

gli esiti di un percorso ormai compiuto, benché accidentato da qualche intoppo¹¹. Mentre ancora da compiere è l'itinerario per la qualificazione del rapporto con il medico non professionista¹², così come il cammino diretto ad individuare la natura e le fonti della responsabilità per violazione degli obblighi d'informazione verso il paziente¹³.

di eventuali complicanze. Cfr. Cass., Sez. Un., 11.1.2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 856, con nota di M. Gorgoni, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, nonché in *Resp. civ.*, 2008, 397, con nota di Calvo, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; e già Cass., Sez. Un., 1.7.2002, n. 9556, in *Danno resp.*, 2003, 97, con nota di Batà e Spirito, *Danno morale e responsabilità medica*; nonché in *Giust. civ.*, 2003, I, 2204, con nota di E. Giacobbe, *Sulla responsabilità della casa di cura e sul danno morale risarcibile ai congiunti della vittima*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 698, con nota di Favilli, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto*. In dottrina, cfr. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3; cfr. anche Cass., 28.1.2013, n. 1874, in *dejure*, la quale individua, in caso di donazione di rene, la sussistenza di uno specifico contratto fra il donatore e la struttura, la cui validità è peraltro subordinata alla stipula di un'assicurazione a beneficio del donatore ai sensi dell'art. 5 L. 26.6.1967, n. 458.

¹¹ Cfr. ad esempio Cass. (ord.), Sez. Un., 2.4.2009, n. 8093, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1291, con nota di Chindemi, *Il paziente di una struttura sanitaria non è "consumatore" e l'azienda non è "professionista"*; nonché in *Danno resp.*, 2009, 944, con nota di Garatti, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*, in *Danno resp.*, 2010, 56, con nota di A.M. Benedetti e Bartolini, *Utente vs. Servizio sanitario: il "no" della Cassazione al foro del consumatore*; ed in *Obbl. contr.*, 2010, con nota di Perfumi, *Disciplina consumeristica e contratto di ospedalità*. La decisione, per quel che qui interessa, ricostruisce in chiave contrattuale la responsabilità della struttura ospedaliera prescindendo e non considerando la contrattualità del rapporto con il paziente.

¹² Segnala in proposito CALABRESI, *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1984, 53, le difficoltà ad una ricostruzione in termini contrattuali dei rapporti fra medico e paziente, atteso che essa postulerebbe un regime liberistico dei rapporti fra le parti che raramente trova luogo nell'ambito delle prestazioni mediche. In senso inverso, lo stesso A. riferisce le tesi contrattualistiche non a caso coltivate dalla scuola di Chicago nella prospettiva di un'analisi economica del diritto.

¹³ Per i riferimenti ai termini del dibattito, v. MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, in *Danno resp.*, 2012, 621 ss.

Anche su quest'ultimo versante, pur con ricostruzioni non sempre del tutto sovrapponibili, le tesi contrattualistiche appaiono comunque segnare un'inarrestabile avanzata; non solo sul piano della responsabilità¹⁴, ma anche nell'inquadramento della natura del rapporto fra medico e paziente¹⁵; tanto più in un panorama normativo, arricchito dalle fonti di provenienza comunitaria, in cui la posizione del paziente risulta presa in considerazione e fornita di tutela anche rispetto alle prestazioni patrimoniali, ed il diritto alla piena informativa viene esplicitato altresì in relazione a tali aspetti del servizio medico¹⁶.

In questa prospettiva, la ricostruzione in chiave contrattuale del rapporto fra il medico e

¹⁴ Su cui cfr. in particolare CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno, Responsabilità civile e tutela dei diritti*, V, Milano, 1998, 126, che richiama anche a proposito dell'obbligo informativo la figura dell'obbligazione senza prestazione; mentre M. GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1014, ricostruisce in chiave contrattuale tale obbligazione per come situata nell'ambito di una già avviata relazione negoziale. Sulla natura contrattuale di tale obbligo cfr. anche la giurisprudenza più recente, fra cui Cass., 29.9.2009, n. 20806, in *Ragiusan*, 2010, 315 s.; Cass., 19.5.2011, n. 11005, *ivi*, 2011, 325 s., 198; Cass., 27.11.2012, n. 20984, in *Dir. giust.*, 2012, 28 novembre, con nota di Basso, *Necessario anche il consenso informato del paziente-medico*, nonché in *Giust. civ. mass.*, 2012, 1337, ed in *Guida dir.*, 2013, 8, 72, nonché in *de-jure*.

¹⁵ Cfr. M. GORGONI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶ Cfr. la Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, in cui da un lato si afferma il principio della certezza in ordine al diritto ai rimborsi, come incidente sui costi della prestazione medica (cfr. in particolare il considerando n. 27), e in tale prospettiva si richiede una piena informativa a beneficio dei pazienti, anche in relazione alla normativa interna loro applicabile (v. considerando n. 19 e 20, nonché il considerando n. 48), dall'altro ci si preoccupa direttamente della posizione del paziente con riguardo ai predetti costi sostenuti (cfr. in particolare l'art. 7 della Direttiva). Sul tema, in parte analogo, del rimborso delle spese anticipate per l'assistenza ad un disabile, cfr. Cass., 6.8.2010, n. 18378, in *Giust. civ.*, 2011, 680, che riconosce il relativo diritto, con corrispondente obbligo del Comune, anche in nome della Carta di Nizza, segnatamente dell'art. 26 sull'inserimento dei disabili; cfr. in proposito MAURO, *L'incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione Civile: rassegna giurisprudenziale*, in *Persona e mercato*, 2011, 4, 336 s.

il paziente, oltre ad esprimere in modo più appropriato l'atteggiarsi di una relazione in tutte le sue fasi di svolgimento, ivi inclusa quella anteriore alla prestazione del trattamento, può consentire di dare precisa veste tecnica a rimedi e tutele, specie nella dimensione fisiologica che precede l'insorgere di una responsabilità per danni¹⁷.

Entro l'orizzonte contrattuale, si pone allora il problema non dell'*an* ma del *quomodo* di un potere di privata autonomia che involga la dimensione personale, in specie rispetto ai trattamenti medici; da un lato per poter esattamente delineare, in chiave teorica, i caratteri di un consenso che sia al contempo negoziale e personale¹⁸; dall'altro per tracciare i limiti e i vincoli di un siffatto potere siccome direttamente incidente sui beni della persona¹⁹.

Proprio seguendo questa traccia è possibile dunque riflettere sull'istituto del consenso informato, per poterne sperimentare in particolare alcune implicazioni nella dimensione della formazione del contratto; così valorizzando le peculiarità di un consenso negoziale ricadente (anche) sui valori della persona, come indicando e dando veste tecnica ai limiti che l'autonomia privata, nei suoi vari momenti e

¹⁷ Cfr. in proposito PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2007, *passim*, spec. 1428, 1452 ss., 1459 ss.; proprio con riferimento alla formazione del contratto, cfr. VACCÀ, *La formazione del consenso al trattamento medico*, in *Contr.*, 1997, 339. Per la prospettiva, *de iure condendo*, di un sistema di tutela alternativo a quello privatistico della responsabilità civile ed imperniato sulla riparazione assistenziale di matrice pubblicistica, nonché per l'analisi comparativa dei vari modelli, cfr. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, 95 ss.

¹⁸ Ancora PILIA, *op. cit.*, 1463, che ivi critica CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 949 ss., spec. 953 ss., laddove distingue il profilo del consenso al contratto da quello del consenso al trattamento medico.

¹⁹ Cfr. sul punto NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 457 ss., in cui si affrontano le delicate questioni del trattamento del fine-vita attraverso un inquadramento costituzionalmente orientato del consenso informato, fuori da riduzioni soggettivistiche o da prospettive meramente consumeristiche; in tema cfr. già ID., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 269 ss.



manifestazioni, incontra allorquando penetra nella dimensione personale.

2. Autodeterminazione personale e consenso informato nel quadro delle fonti interne, comunitarie ed internazionali.

In relazione a beni così intimi e preziosi come la vita e la salute, la prima essenziale preoccupazione di cui l'ordinamento si fa carico, già in sede costituzionale, è quella di garantire la piena libertà della persona. Dalla trama degli artt. 13 e 32, co. 2, Cost. emerge un preciso ordine che ripone i trattamenti medici entro la sfera del libero volere individuale, consegnandoli all'autodeterminazione del soggetto. In questo contesto, prima ancora che il diritto alla salute (art. 32, co. 1, Cost.), la Costituzione afferma in relazione ai trattamenti medici il diritto dell'autodeterminazione personale, riconducibile entro la categoria dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.²⁰.

In sede europea, la libertà individuale rispetto alle prestazioni mediche viene affermata chiaramente all'art. 3, par. 2 della Carta di Nizza, la quale come noto, a seguito dell'ingresso in vigore del Trattato di Lisbona, partecipa del medesimo valore giuridico dei Trattati ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE²¹.

²⁰ In tal senso cfr. la celebre Corte Cost., 23.12.2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328, che indica nell'autodeterminazione da un lato, nella salute dall'altro, i due distinti diritti fondamentali di rango costituzionale che vengono in rilievo in relazione ai trattamenti medici e al consenso informato. Cfr. in tema anche Corte Cost., 22.10.1990, n. 471, su www.giurcost.org; si noti peraltro come il principio di autodeterminazione non possa sfociare in forme di arbitrio incondizionato o nell'affermazione di un "nuovo dogma della volontà", dovendo il volere e la libertà individuale trovare armoniosa conciliazione con i doveri di solidarietà e rispetto della persona umana e della sua dignità, considerando altresì il valore sociale dell'attività medica; ciò su cui proprio l'istituto del *con-senso informato* può offrire risposte adeguate. Cfr. in proposito le ampie riflessioni di NICOLUSSI, *Testamento biologico*, cit., *passim*, spec. 463 ss.

²¹ Per un inquadramento generale del percorso compiuto in Europa in ordine all'affermazione dei diritti della persona muovendo dalla CEDU sino a giungere al Trattato di Lisbona, cfr. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Persona*

Anche fra le fonti convenzionali internazionali, il libero consenso quale indefettibile presupposto di un intervento nel campo della salute è affermato all'art. 5, par. 1 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997, Convenzione invero non ancora in vigore nel nostro ordinamento, non essendone stato completato il procedimento di ratifica pur autorizzata con Legge n. 145 del 28.3.2001²².

Ne risulta un univoco disegno nel quale il consenso al trattamento sanitario, espressione del diritto inviolabile di autodeterminazione della persona, costituisce presupposto per qualsivoglia intervento medico e riceve tutela in sé, a prescindere dagli esiti sulla salute dell'individuo che dal trattamento medico possono derivare²³.

Così, volgendo in chiave tecnica le due affermazioni, si giunge a configurare anzitutto il

e mercato, 2009. Tra l'altro, proprio una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo, maturata nel caso *Pretty v. the United Kingdom* (ECHR, ric. n. 2346/02, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 2002, 407), consente di ricondurre la protezione del diritto al consenso nelle cure mediche anche alla CEDU, segnatamente all'art. 8; cfr. in tema CASANATO-CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in LENTI-PALERMO FABRIZZATTI, *I diritti in medicina*, in RODOTÀ-ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 56. Al diritto al consenso e alla libera scelta nei trattamenti sanitari fa espresso riferimento, agli artt. 4 e 5, anche la cd. Carta europea dei diritti del malato, presentata a Bruxelles il 15 novembre 2002 e facente parte di un'iniziativa volta a stabilire e consentire la divulgazione degli standard comuni per la tutela del paziente nella dimensione europea.

²² Sulla Convenzione di Oviedo, cfr. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure non confermabile dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 189, il quale pure affronta il tema del mancato completamento del procedimento di ratifica. Nel contesto internazionale, il diritto alla libera autodeterminazione è stato affermato anche in altri e più specifici ambiti, ad esempio dalla Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata con Legge n. 18 del 3 marzo 2009, in cui si afferma (Preambolo, lett. n, nonché art. 3) l'importanza per le persone con disabilità dell'autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte.

²³ V. Cass., 30.3.2011, n. 7237, rinvenibile su www.altalex.com; si noti peraltro come il consenso informato concorra col requisito oggettivo di legittimazione del trattamento - ossia il bisogno e l'appropriatezza di esso - senza tuttavia sostituirlo; in tal senso cfr. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 277.

consenso, in positivo, alla stregua di un presupposto di liceità dell'intervento medico direttamente espressivo dell'autodeterminazione individuale, superando le ricostruzioni che, in negativo, rimandavano alla categoria delle scriminanti o dei negozi abdicativi, richiamando ora la figura del consenso dell'avente diritto, ora quella della rinuncia preventiva a far valere le azioni inibitorie o risarcitorie²⁴.

Allo stesso modo, enucleato il bene protetto, la giurisprudenza vi ha inteso apprestare tutela diretta ed autonoma, ritenendo meritevole di risarcimento la violazione dell'autodeterminazione in presenza di autonomi danni da questa derivanti²⁵, sebbene ri-

manga tuttora aperto il dibattito sulla natura e le fonti di una tale responsabilità²⁶.

In questo contesto, l'informazione a favore del paziente che sia chiamato a manifestare il consenso al trattamento sanitario recita un ruolo essenziale. Affinché un tale consenso possa ritenersi validamente ed efficacemente prestato, esso deve infatti fondarsi su un'adeguata informativa, tale da consentire al paziente di esercitare appieno e in modo consapevole il proprio diritto all'autodeterminazione²⁷. Informazione e consenso integrano perciò momenti e predicati distinti del processo di autodeterminazione nei trattamenti medici, costituendo l'una un attributo dell'altro²⁸. E così, se il consenso

²⁴ Cfr. in proposito FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, *passim*, ove si ricostruisce il percorso che ha indotto al progressivo accreditarsi dell'attuale concezione secondo cui il consenso funge da strumento di autodeterminazione dell'individuo, costituendo, in positivo, presupposto per un lecito intervento medico. In giurisprudenza, cfr. la celebre Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2008, 1727, con nota di Simeoli, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*; e in *Corr. giur.*, 2007, 1686, con nota di Calò, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1103, con nota di Gennari, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*; cfr. anche Cass. Pen., 16.1.2008, n. 11335, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2008, 548, e in *Ragiusan*, 293 s., 175.

²⁵ Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, 1201, con nota di Di Majo, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; Cass., 28.7.2011, n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, 621, con nota di Montani, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, cit., la quale sottolinea la necessità che la responsabilità per violazione del diritto all'autodeterminazione, senza sfuggire agli statuti generali della responsabilità civile, consenta il risarcimento di un danno-conseguenza, giammai di un aprioristico danno-evento; sul diritto al risarcimento del danno per mancata o inadeguata informazione, cfr. anche le recenti Cass., 31.7.2013, n. 18334, in *Dir. giust.*, 2013, 2 agosto; Cass., 16.5.2013, n. 11950, in *Giust. civ. mass.*, 2013, ove si afferma chiaramente che "la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in se stesso, il quale sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salu-

te"; v. anche Cass., 27.11.2012, n. 20984, cit.; Trib. Monza, 11.6.2013, n. 1610, in *dejure*. Cfr. in tema anche PIRRO, *Sulla mancata acquisizione del consenso informato da parte del medico*, in *Obbl. contr.*, 2010, 10; nonché BALBUSSO, *Difetto di informazione o consenso: problemi di autodeterminazione al trattamento medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 10. V. anche DI CRISTO, *Il difetto di consenso al trattamento medico sanitario*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 4. Nell'ambito della problematica inerente la cd. nascita indesiderata ed il risarcimento a favore del concepito, una volta venuto ad esistenza, per le malformazioni subite, cfr. Cass., 2.10.2012, n. 16754, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 334, e in *Giust. civ.*, 2013, 640.

²⁶ Ricostruita da taluno in termini precontrattuali, da altri in chiave contrattuale, evocando uno specifico obbligo protezione tutelato in sé, a prescindere da una lesione alla salute, infine da alcuno ritenendo sussistente un rapporto negoziale in conseguenza della compiuta diagnosi, ciò che pure renderebbe la responsabilità di natura contrattuale. Per la disamina delle varie posizioni, MONTANI, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ Per gli altri requisiti del consenso, che deve essere personale, libero, attuale, specifico ed espresso, revocabile, cfr. FERRANDO, *Consenso e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 37 ss., spec. 63 ss. Sulla necessità che il consenso sia prestato in relazione a ciascun singolo e specifico trattamento eseguito, cfr. la recente Cass., 4.6.2013, n. 14024, in *Dir. giust.*, 2013, 4 giugno; v. anche Cass., 19.2.2013, n. 4030, cit., in cui si pone in risalto come l'erronea diagnosi di una patologia vada ad elidere il consenso prestato dal paziente all'intervento chirurgico reputato necessario dai medici in conseguenza della patologia ritenuta sussistente.

²⁸ Cfr. in proposito PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contr. impr.*, 2006, 589, la quale richiama l'evoluzione normativa registrata in ordinamenti particolarmente sensibili al problema, quale l'ordinamento statunitense, in cui il consenso al trattamento medico è richiesto dal 1914, mentre solo nel 1957 tale consenso diviene "informed".





costituisce indefettibile presupposto del trattamento medico, l'informazione risulta a sua volta funzionale alla maturazione di un consenso pieno e consapevole, fungendo perciò essa stessa da requisito, pur mediato, dell'intervento sanitario²⁹. Di qui la individuazione dell'unitaria figura del consenso informato, inteso quale manifestazione da parte del paziente di una volontà consapevole in quanto fondata sulle informazioni ricevute in funzione del trattamento medico³⁰.

La nozione ed il significato di consenso informato nascono verso la metà degli anni '50 negli Stati Uniti, in un contesto e clima culturale in cui, già da tempo affermato il diritto all'autodeterminazione individuale in campo sanitario, il cd. *informed consent* diviene lo strumento ordinario per garantire l'effettivo e adeguato esercizio di tale diritto³¹.

In Europa l'affermazione del principio, rispecchiando la funzionalità all'autodeterminazione, si ha nella stessa sede in cui viene consacrato il principio del libero consenso: il ricordato art. 3, par. 2 della Carta di Nizza indica la necessità che nell'ambito della medicina e della biologia siano rispettati "il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla leg-

ge"³². Ciò che pure avviene, fra le fonti internazionali, nella Convenzione di Oviedo (art. 5, par. 1), salva la esplicitazione del contenuto e dei caratteri dell'informazione, che deve essere "adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi" (art. 5, par. 2)³³.

Oltre che fra le fonti europee e internazionali, il consenso informato assume primario spicco anche tra le fonti domestiche: sia quelle propriamente legislative³⁴, sia quelle deontologiche e di autoregolamentazione³⁵.

³² Cfr. in tema ANDALORO, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Fam. dir.*, 2011, 85 ss. Anche nel contesto del ricordato progetto per una cd. Carta dei diritti del malato presentata il 15 novembre 2002, il diritto all'informazione viene affermato in intima connessione con quello all'autodeterminazione (artt. 4 e 5). Il pieno e libero accesso all'informazione è peraltro richiamato anche singolarmente, in relazione allo stato di salute della persona, ai servizi sanitari disponibili e al loro accesso (art. 3).

³³ Vale menzionare nel contesto delle fonti internazionali, sia pur con le sue peculiarità, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con L. n. 176 del 20.11.1989, la quale prevede all'art. 24, funzionalmente all'attuazione integrale del diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione, l'adozione da parte degli Stati di provvedimenti volti a fare in modo che tutti i gruppi della società, in particolare i genitori e i minori, ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore.

³⁴ Cfr., in particolare, l'art. 33 L. 833/78 sugli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori; gli artt. 12 e 13 L. 194/78 sull'interruzione volontaria di gravidanza; l'art. 6 L. 40/04 sulla procreazione medicalmente assistita; l'art. 3 D. Lgs. 211/03 sulla sperimentazione clinica di medicinali; l'art. 3 L. 219/05 in punto di attività trasfusionali e di produzione di emoderivati; l'art. 5 L. 135/90 in tema di accertamento delle infezioni HIV; cfr. anche l'art. 120 D.P.R. 309/90 in materia di interventi preventivi, curativi e riabilitativi dello stato di tossicodipendenza.

³⁵ Cfr. l'art. 33 del codice di deontologia medica del 16.12.2006, attualmente in vigore, secondo cui "il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate./ Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche./ Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta./ Il medico deve, altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di preven-

²⁹ FRANZONI, *op. cit.*, 2.

³⁰ Cfr. NICOLUSSI, *Autonomia privata*, cit., 142, ove, superate le ricostruzioni che evocano il consenso dell'avente diritto o l'adempimento di un dovere nella prestazione dell'attività medica, il consenso informato viene definito come requisito soggettivo, insieme con l'appropriatezza oggettiva, dell'obbligo di protezione gravante in capo al medico.

³¹ Il primo caso in cui viene affermato il cd. *informed consent* è il celebre *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317, P. 2d, 170 (1957), mentre il diritto all'integrità personale si trova riconosciuto già in *Mohr v. Williams* del 1905, seguito da *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), ove si registra una chiara enunciazione del diritto di autodeterminazione del paziente. Cfr. in tema A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato: questioni di principio e regole specifiche*, in *Il consenso informato, tra giustificazione per il medico e diritto per il paziente*, a cura di A. Santosuosso, Milano, 1996, 6. Per il ruolo che il consenso informato ha assunto negli Stati Uniti in relazione ai nuovi temi della bioetica e per la diversa impostazione europea, raccolta intorno alla centralità dei diritti inviolabili dell'uomo, cfr. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, cit., 46 ss.

Ne risulta un quadro composito univocamente indirizzato alla designazione del consenso informato quale presupposto dell'intervento sanitario. In una prospettiva, tutta orientata ad assicurare la piena consapevolezza del paziente, che trova giustificazione non solo nella finalità di protezione diretta del paziente stesso, ma altresì nella funzione di ripartizione del rischio fra il malato ed il medico che lo abbia in cura³⁶. Di qui il rifluire del consenso informato in una sorta di "alleanza terapeutica" fra il paziente ed il medico, la quale segna e colorisce l'intero svolgersi del rapporto clinico, in tutte le fasi in cui questo si sviluppa³⁷. Rapporto che, filtrato attraverso le lenti della contrattualità³⁸, consente di attribuire una precisa collocazione e dimensione tecnica alle informazioni, anzitutto nella fase di genesi del vincolo contrattuale, permettendo di enuclearne altresì l'incidenza sull'intera vicenda contrattuale.

3. Consenso informato e attività precontrattuali. L'informativa medica nella dimensione della formazione del contratto.

Accogliendo e valorizzando una concezione contrattuale del rapporto che si svolge fra il paziente e il medico in relazione alle prestazioni sanitarie oggetto del trattamento, anche la figura del consenso informato riesce vivificata e riceve un più preciso ed efficace inquadramento. In questo contesto, se pure non può sovrapporsi in alcun modo il consenso al trattamento medico con il consenso negoziale vero e proprio³⁹,

zione". V. anche l'art. 35 del medesimo codice in relazione all'acquisizione del consenso.

³⁶ Cfr. PINNA, *op. cit.*, 590 s.

³⁷ In tal senso si esprime la giurisprudenza: cfr. Cass., 9.2.2010, n. 2847, cit. e i rilievi proprio a tal proposito sollevati da DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, cit; e già Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit.; v. anche NICOLUSSI, *Testamento biologico*, cit., 464 ss., in cui si pone in risalto che il consenso informato, lungi dal costituire strumento per l'affermazione di un nuovo dogma della volontà in campo sanitario, rappresenta la modalità per un coinvolgimento del paziente rafforzando la relazionalità con il medico.

³⁸ Su cui *retro*, al § 1.

³⁹ Cioè con l'accordo delle parti, di cui all'art. 1325, n. 1, c.c. e, con diverso significato, riferito alle attività pro-

neppure può operarsi una netta cesura fra l'uno e l'altro⁴⁰, partecipando invero la libera determinazione del malato di sottrarsi o sottoporsi (e in quale modo) al trattamento alla più ampia e complessiva decisione contrattuale del paziente-contraente⁴¹. Allo stesso modo la prospettiva contrattuale, permeando la relazione fra il paziente ed il medico nei suoi vari momenti, tocca il consenso al trattamento sanitario e ne segna gli intrecci con le vicende del rapporto contrattuale in tutte le fasi del relativo svolgimento.

Così, per quanto ha tratto alla fase della genesi del rapporto, che qui maggiormente interessa, le attività necessarie alla integrazione del consenso informato ben possono essere osservate attraverso il prisma della contrattualità; che ben conosce, invero, il tema delle informazioni precontrattuali, per il quale si impone tuttavia un'adeguata modulazione e declinazione nel contesto particolare dei trattamenti medici, che pur collocati in un orizzonte contrattuale non perdono invero i loro tratti specifici e le loro peculiarità.

3.1. (Segue). Recenti prospettive della normativa e della giurisprudenza sugli obblighi informativi precontrattuali.

Il tema degli obblighi informativi precontrattuali e del loro ruolo sulla formazione del contratto, nonché dell'impatto sulla fattispecie, costituisce argomento trasversale che permea l'intero diritto dei contratti, e da qualche tempo riscontra il sempre maggiore interesse degli studiosi, della giurisprudenza, e della stessa legislazione. Si tratta di tema assai vario e problematico, che meriterebbe ben altro spazio; già la sola ricognizione e sistemazione delle fonti che lo evocano ha impegnato e tuttora impegna gli sforzi della dottrina⁴². Di esso può dunque darsi qui conto solo per ciò che può direttamente aver impatto ai fini della considerazione del

priamente procedurali proiettate alla genesi del vincolo, alla Sez. I, Capo II, Tit. II, L. IV, c.c.

⁴⁰ Su cui invece v. CATTANEO, *op. cit.*, 593 ss.

⁴¹ Cfr. PILIA, *op. cit.*, 1463 s.; nonché FERRANDO, *Consenso informato del paziente*, cit., 50 ss.

⁴² Cfr. in tema DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. I. La tutela del consumatore*, Milano, 2008, 1 ss.



consenso informato nella prospettiva (pre)contrattuale⁴³.

La recente normativa, specie quella di impronta europea, ha introdotto una vasta serie di obblighi d'informazione in favore del cd. "contraente debole" forieri di conseguenze diverse e di altrettanti rimedi per le ipotesi di loro violazione⁴⁴. Si tratta di interventi che si inscrivono

⁴³ Le questioni che il tema pone sono varie e molte di esse non nuove; la trattazione dei problemi ha tuttavia subito una significativa accelerazione e variazione di prospettiva per effetto della normativa di derivazione comunitaria. Cfr. sul punto ALESSI, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 117 ss.; RICCIUTO, *La responsabilità precontrattuale nella prospettiva dei Principles of European contract law*, ivi, 134 ss.; GRISI, *Gli obblighi di informazione*, ivi, 144 ss.; D'AMICO, *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 335 ss.; ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, ivi, 2004, 747 ss.; NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; ID., *I contratti a distanza e gli obblighi di informazione*, in *Il diritto dei consumi*, cura di P. Perlingieri e Caterini, cit., I, 251 ss.; MICHA. GIORGIANNI, *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase di formazione del consenso*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 1203 ss.; CRESCIMANNO, *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra Code de la consommation e Code civil*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 483 ss.; v. anche VAN ERP, *The Pre-contractual Stage, in Towards a European Civil Code*, 2ª ed., The Hague-London-Boston, 1998, 201 ss.; e altresì COSTANZA, *Buona fede precontrattuale. I doveri di avviso e obblighi specifici di informazione: il commercio di opere d'arte*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 219 ss.; DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 705 ss.; in generale, GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990. Più di recente, nella diversa prospettiva di porre in risalto la funzione dell'informazione come bene e di considerarne gli aspetti applicativi, specie nel contesto delle pratiche commerciali scorrette, ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2013.

⁴⁴ E così, in chiave generale, l'intero Tit. II, Parte II, c. cons. è dedicato proprio alla disciplina dell'informazione ai consumatori. Parallelamente, il successivo Tit. III è rivolto fra l'altro alla pubblicità e altre comunicazioni commerciali. Quanto alle singole fattispecie particolari, in tema di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, l'art. 47 c. cons. (e già il d. lgs. 50/92) prescrive l'obbligo di informazione sul diritto di recesso del consumatore; identica previsione si ha per i contratti a distanza (art. 52, co. 1, lett. f, c. cons. e già d. lgs. 185/99). Per entrambe le ipotesi l'art. 65, co. 3, c. cons. prevede,

in caso di inadempimento a tale obbligo, l'estensione del termine per l'esercizio del recesso. Ancora, in tema di multiproprietà, l'art. 71 c. cons. pone l'obbligo in capo al professionista di fornire numerose informazioni precontrattuali. Il successivo contratto deve ricomprendere tali dati (art. 72, co. 4, c. cons.) e, in caso contrario, il diritto di recesso del consumatore avrà termine di tre mesi anziché di dieci giorni dalla conclusione del contratto (art. 73, co. 4, c. cons.). In ambito creditizio, l'art. 116 T.U.B. stabilisce gli obblighi pubblicitari a carico delle banche, specie in ordine ai tassi d'interesse, prezzi, spese di comunicazione e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti. La successiva disposizione di cui all'art. 117, co. 6, dispone che "sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali (...) che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli di quelli pubblicizzati". Per siffatte ipotesi è la stessa legge (art. 117, co. 7, T.U.B.) a prevedere un meccanismo sostitutivo delle clausole nulle. Ancora, in tema di vendita di beni di consumo, il cd. "obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita" (art. 129 c. cons. e già d. lgs. 24/02, introduttivo degli artt. 1519 bis - 1519 nonies c.c.) è misurato anche in relazione "alla descrizione fatta dal venditore", alle "qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello", alle "dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura" (art. 129, co. 2, lett. b e c, c. cons.). In tema di commercio elettronico, la cui disciplina particolare è fatta salva dall'art. 68 c. cons. e si aggiunge dunque agli strumenti di tutela generali ivi previsti, il D. Lgs. 70/03 prevede varie tipologie di obblighi informativi. E così, anzitutto, "le comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante, devono contenere, sin dal primo invio, in modo chiaro ed inequivocabile, una specifica informativa" diretta a porre in evidenza varie circostanze, tra le quali "che si tratta di comunicazione commerciale" e "la persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale" (art. 8). Parallelamente "il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del servizio" una serie di informazioni, tra le quali "le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto", "il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso", nonché "i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore" (art. 12). Si noti anche l'obbligo, pur non qualificabile come precontrattuale perché relativo ad un momento successivo alla intervenuta conclusione del contratto, di cui all'art. 13, in forza del quale "salvo differente accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali applicabili al contrat-



nella generalizzata prospettiva di protezione del cd. consenso interno⁴⁵; solo in taluni casi le loro dinamiche influenzano gli aspetti della formazione del contratto, e addirittura la modellazione del rapporto contrattuale⁴⁶.

| 236

to, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili". L'art. 21 si limita tuttavia a punire con una sanzione amministrativa pecuniaria la violazione degli obblighi informativi. Anche nella più recente proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, COM (2011) 635, del giorno 11.10.2011, il tema degli obblighi informativi precontrattuali è ampiamente disciplinato agli artt. 13-28, sia pur in una prospettiva prevalentemente risarcitoria (cfr. art. 29). Ancora maggiore spazio a tali obblighi è assegnato dalla recente Direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori n. 2011/83/UE, la quale prevede che le informazioni formano parte integrante del contratto senza che al relativo contenuto possa apportarsi modifica se non per accordo delle parti (art. 6, par. 5). Allo stesso modo, la violazione degli obblighi informativi da parte del professionista induce esonero del consumatore da spese aggiuntive o costi (art. 6, par. 6), nonché da prestazioni corrispettive (art. 27); cfr. in tema VETTORI, *Introduzione*, cit., 19 s.; nonché PILIA, *La Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, in *Contratto e responsabilità*, cit., 863 ss. In generale, per il percorso normativo di tali fonti di provenienza europea, cfr. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contr.*, 2012, 611 ss.; CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di Regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 837; MELI, *Proposta di Regolamento - Diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 183.

⁴⁵ Per la distinzione fra consenso interno e consenso esterno, cfr. G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, a cura di Castronovo - Mazzamuto, Milano, 2007, 347 s., ove si distinguono le attività esteriori inducenti la genesi del vincolo nel contesto del procedimento di formazione del contratto (cd. "consenso esterno") dal moto volitivo interiore di ciascuno dei contraenti (cd. "consenso interno").

⁴⁶ In via esemplificativa, vale ricordare la funzione delle informazioni nell'ambito dei contratti bancari, per i quali si impone da un lato un obbligo di pubblicità su tassi di interesse, prezzi, spese di comunicazione e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti (art. 116, co. 1, T.U.B.), e si stabilisce d'altro canto che "sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali (...) che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati" (art. 117, co. 6, T.U.B.); in tal caso opererà un mecca-

Disposizioni di tal fatta si rinvencono anche nei più rilevanti progetti per una codificazione civile europea, e in specie nel Draft Common Frame of Reference. In particolare, l'intera Sez. I, Cap. III, L. II è dedicata agli "information duties", e pone a carico della parte - specie di quella imprenditrice - un'articolata serie di obblighi informativi precontrattuali e di *disclosure*. A questi si affiancano i doveri generali e imperativi (art. II 9:401) di trasparenza dei termini "non individually negotiated" (art. II 9:402 ss.); doveri il cui mancato rispetto induce *unfairness* della clausola, perciò non vincolante per la parte che l'abbia subita (art. II 9:409). La violazione degli obblighi informativi previsti dalla ricordata Sez. I del Cap. III determina invece varie responsabilità della parte reticente, sia stato o no stipulato un contratto [cfr. art. II 3:107 (2), "whether or not a contract is concluded"]⁴⁷.

Allo stesso modo, gli obblighi di informazione in sede precontrattuale sono stati ampiamente valorizzati alla più recente giurisprudenza che, accolta la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, afferma la sopravvivenza della responsabilità precontrattuale alla valida stipulazione di un contratto e schiude la possibilità di ammettere il rimedio risarcitorio per la violazione degli obblighi informati-

nismo sostitutivo delle clausole nulle fissato dalla legge (art. 117, co. 7, T.U.B.). Vale ricordare ancora la disciplina della vendita di beni di consumo, ove "l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto" (art. 129, co. 1, c. cons.) si costruisce intorno ad una nozione di conformità che tiene conto, tra l'altro, della "descrizione fatta dal venditore", "delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura", e che impone il possesso delle qualità del bene "che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello" (art. 129, co. 2, lett. b e c c. cons.). Cfr. anche artt. 36-38 cod. tur., fra cui l'art. 38, co. 2, il quale prevede che "le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore e l'intermediario in relazione alle rispettive responsabilità"; in tema cfr. già gli artt. 87 e 88 cod. cons. (e già il D. Lgs. 111/95).

⁴⁷ Si noti inoltre come la violazione degli obblighi informativi precontrattuali possa indurre secondo il DCFR addirittura l'estensione delle obbligazioni dell'imprenditore a quanto, in difetto di informativa, l'altra parte poteva ragionevolmente attendersi a fronte della carenza od inesattezza delle informazioni offerte [art. II 3:107 (3)]. Cfr. in tema ALESSI, *op. cit.*, 121.



vi che pure non abbiano inciso sulla venuta ad esistenza del vincolo fra le parti⁴⁸.

La copiosa normativa di matrice e europea e la giurisprudenza più attenta consacrano dunque il dovere d'informazione precontrattuale alla stregua di un preciso obbligo in capo ai contraenti, e particolarmente a carico della par-

te munita di una posizione di vantaggio, anzitutto sul piano informativo. Il fondamento di tale obbligo riposa nella necessità di protezione del contraente debole e, avendo esso quale referente funzionale primario il consenso interno di tale contraente, riceve un trattamento e si collega ad un apparato rimediabile che, salve alcune ipotesi specifiche, attinge agli statuti della responsabilità o produce una qualche conseguenza sui contenuti del rapporto fra le parti.

Per converso, le conseguenze dirette sul piano della formazione del contratto - e, dunque, nella dimensione del cd. consenso esterno - rinvenibili fra le maglie di tali statuti disciplinari sono assai più ristrette, sicché gli obblighi informativi e la loro violazione, salve alcune ipotesi particolari, non incidono in alcun modo sulla genesi del vincolo contrattuale⁴⁹.

Rispetto al quadro sin qui delineato, parzialmente diversa è la prospettiva che il consenso informato in ambito sanitario impone, pur a volersi accogliere una ricostruzione in chiave contrattuale del trattamento medico; e ciò proprio seguendo l'impostazione metodologica già indicata secondo la quale la configurazione negoziale del rapporto non determina l'eclissarsi del fenomeno medico in sé, né le specificità che a questo derivano dall'interessare direttamente beni della persona, quali l'autodeterminazione individuale e la salute. Di qui la necessità di valorizzare, pur nell'orizzonte negoziale, le particolarità di un fenomeno riconducibile sì alla contrattualità, ma segnato da indelebili tinte personalistiche.

Entro tale contesto, dunque, senz'altro la prospettiva rimediabile attingibile dalla tutela del contraente debole o riconducibile alla responsabilità precontrattuale potrà essere invocata anche in campo sanitario - ciò che in effetti costituisce conseguenza della ricostruzione in termini contrattuali della relazione fra il paziente ed il medico. Ma, di più, tenuto conto del significato particolare che il consenso informato

⁴⁸ Cfr. la nota Cass., 29.9.2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105, con nota di Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; e in *Danno resp.*, 2006, 25, con nota di Roppo e Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: i punti fermi dalla Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Resp. civ.*, 2006, 4, 295, con nota di Franzoni, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*; in *Contr.*, 2006, 446, con nota di Poliani, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *Giur. comm.*, 2006, II, 626, con nota di Salodini, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*; in *Corr. giur.*, 2006, 669, con nota di Genovesi, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*; in *Giur. it.*, 2006, 1599, con nota di Sicchiero, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; e in *Impresa*, 2006, 1143, con nota di Facchin, *Comportamento scorretto dell'intermediario e tutela dell'investitore*; sulla sentenza cfr. anche MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di efficacia*, in *Contr. impr.*, 2006, 944; GRECO, *Difetto di accordo e nullità nell'intermediazione finanziaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1087. Cfr., più di recente, le note Cass., Sez. Un., 19.12.2007, n. 26275 e n. 26274, in *Giur. it.*, 2008, 347, con nota di Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*; e in *Contr.*, 2008, 221, con nota di Sangiovanni; cfr. in tema VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.; nonché ID., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 774 s.; più di recente, ID., *Introduzione*, cit., 9 s.; anteriormente agli interventi della Suprema Corte, v. ID., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 ss.; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss. La distinzione tra le regole sull'atto e sulle sue vicende, e quelle di comportamento idonee esclusivamente a indurre una responsabilità delle parti si rinviene già, proprio con riferimento al fenomeno formativo del contratto, in RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 17 ss., il quale contrappone le regole volte alla produzione dell'effetto, e dunque tese alla genesi del vincolo, a quelle che si limitano a porre, in sede precontrattuale, obblighi e diritti in capo alle parti, pur non idonei ad interferire con il fenomeno formativo vero e proprio.

⁴⁹ In particolare, accedendo a quelle ricostruzioni secondo cui il diritto di recesso nella dimensione consumeristica incide sul procedimento di formazione del contratto, anche le conseguenze della violazione dei relativi obblighi informativi, incidenti in specie sul termine iniziale del periodo entro cui il recesso può essere esercitato, toccheranno la vera e propria formazione del contratto. In tal senso cfr. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, spec. 491 ss.



assume nel rapporto (pur contrattuale) avente ad oggetto le prestazioni sanitarie, le prospettive di tutela e lo stesso trattamento giuridico non possono essere limitati all'apparato rimediabile sin qui indicato, dovendo piuttosto investire lo stesso fenomeno della formazione del contratto nella prospettiva che più gli è propria, e cioè in relazione all'effetto genetico del vincolo negoziale; ciò che ancora una volta è possibile accogliendo una visione contrattuale del rapporto fra le parti.

4. Trattamento medico e procedimento di formazione del contratto.

La specifica rilevanza che l'informativa e la conseguente acquisizione di un consenso consapevole assumono nell'ambito dei trattamenti medici inducono a chiedersi se, oltre l'orizzonte della responsabilità, non sia possibile enucleare dei precisi elementi che investono e connotano la tecnica procedimentale di formazione del contratto avente ad oggetto le prestazioni sanitarie.

In questo senso viene anzitutto evocata la figura del recesso sempre esperibile dal paziente, la quale ha un impatto diretto sulla tecnica per la venuta ad esistenza del vincolo, trasformata in una sorta di procedimento aperto fino all'esecuzione della prestazione medica⁵⁰. E se tale ricostruzione non dipende direttamente dagli aspetti propriamente informativi, trovando il suo formante nel recesso in sé - e peraltro essa non costituisce neanche appannaggio esclusivo del trattamento medico, essendo utilizzata anche per gli altri statuti disciplinari che contemplano un diritto di recesso a tutela del contraente debole⁵¹ - neppure è del tutto avulsa dallo stesso momento informativo. Il quale, dovendo permeare tutte le fasi del rapporto, assume un portato dinamico ed investe anche l'evoluzione del trattamento e il decorso della malattia, costituendo perciò presupposto indefettibile dello

stesso recesso del paziente, e dunque incidendo sul procedimento di formazione del contratto⁵².

Lo stesso si ha, ancor più a monte e volendo andar oltre al recesso - che pone comunque in capo al paziente un onere di attivarsi - per la manifestazione del consenso del paziente, costituendo peraltro lo stesso recesso, nella visione procedimentalistica, manifestazione negativa di siffatto consenso produttiva di effetti procedurali.

Come si è sin qui avuto modo di porre in risalto, la particolarità del consenso espresso dal paziente in campo medico è rappresentata dal fatto che esso deve necessariamente presentarsi quale consenso informato. Di guisa che, in caso di assente o difettosa informazione, il consenso stesso risulterà non validamente prestato e lo stesso contratto, fondato su un consenso negoziale che include anche il consenso (informato) al trattamento, non potrà dirsi regolarmente formato o mantenuto⁵³.

Ecco che gli obblighi informativi gravanti in capo al medico, fungendo da presupposto per la valida manifestazione del consenso al trattamento - consenso che a sua volta partecipa, nell'indicata prospettiva contrattuale, a quello negoziale vero e proprio, e dunque all'accordo delle parti - possono giungere ad incidere sul procedimento di formazione del contratto e sulla stessa venuta ad esistenza del vincolo⁵⁴. In questo senso, solo a seguito di adeguata informativa a beneficio del paziente la manifestazione di volontà da questi espressa potrebbe validamente collocarsi nella sequenza proiettata alla venuta ad esistenza del contratto.

Allo stesso modo, seguendo la traiettoria che si è indicata, entrerebbero a far parte del procedimento di formazione del contratto tutti quegli atti e fatti previsti, anche in sede di autoregolamentazione clinico-ospedaliera, per l'acquisizione del consenso informato del paziente, ferma in ogni caso la necessità che l'informazione sia fornita in modo effettivo e

⁵² Cfr. in proposito, quale parallelismo, l'art. 65, co. 3, c. cons., che prevede esplicitamente, in caso di inadempimento all'obbligo di informare il consumatore sul diritto di recesso, l'estensione del termine per l'esercizio del recesso stesso; nonché l'art. 10 della più recente Direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori.

⁵³ In questo secondo caso, laddove il difetto informativo abbia pregiudicato l'esercizio del recesso.

⁵⁴ Ancora PILIA, *La tutela contrattuale*, cit., 1464.



prescindendo da passaggi esclusivamente formali⁵⁵.

E così, accogliendo un'impostazione contrattuale segnata dalla compenetrazione fra autodeterminazione personale e accordo negoziale, il presupposto del trattamento medico consistente nel consenso informato può essere osservato e considerato nella dimensione del procedimento di formazione del contratto, con conseguente soluzione di tutte le relative problematiche direttamente nella prospettiva della genesi del vincolo negoziale.

Il che, se da un lato fornisce risposta adeguata alle esigenze di protezione cui proprio il principio del consenso informato aspira, dall'altro conferma ancora una volta, in chiave teorica, la duttilità dello strumento concettuale del procedimento, capace di unire alla rigorosa ricostruzione del fenomeno di formazione del contratto le più efficaci prospettive di tutela preventiva⁵⁶.

5. (Segue). Autonomia privata procedimentale e suoi limiti in campo medico.

Il riferimento allo strumento procedimentale consente di esplorare il fenomeno della formazione del contratto per il trattamento medico, ed ivi di ricercare rimedi e tutele, anche in altre direzioni; segnatamente nel vasto orizzonte dell'autonomia privata, in relazione alla quale

tutte le analisi e le ricostruzioni impongono un'ineludibile indagine sui limiti⁵⁷.

Seguendo questa direzione, ci si può interrogare su quali siano gli spazi per un'autonomia privata procedimentale che voglia incidere sul procedimento di formazione del contratto avente ad oggetto il trattamento medico, e quali gli strumenti tecnici per delineare e rendere effettivi tali spazi.

Di autonomia procedimentale si parla, da più parti⁵⁸, per enucleare e definire la possibilità per i privati di plasmare tecniche o varianti procedimentali atipiche per la formazione del contratto; il tutto in una dimensione propriamente negoziale, utilizzando cioè i percorsi e gli strumenti consueti della negozialità, primo fra tutti l'atto negoziale quale fattispecie impiegata dalle parti per designare e modellare il procedimento formativo di contratti a venire. Lo strumento a tal proposito evocato è quello, utilizzato anche in altri e diversi contesti, del negozio di configurazione⁵⁹.

Ebbene, un esercizio del potere di privata autonomia procedimentale in campo medico

⁵⁵ Cfr. in proposito l'art. 35 del codice di deontologia medica, cit.; in tema, v. GLIATTA, *Il consenso informato in ambito medico-chirurgico tra diritto alla salute e alla autodeterminazione*, in *Resp. civ.*, 2010, 6, spec. al § 4; nonché PIRRO, *op. loc. cit.*; v. anche Cass., 27.11.2012, n. 20984, cit., ove si precisa che il consenso del paziente non può mai essere tacito o presunto, ma deve essere fornito espressamente, dopo aver ricevuto un'adeguata informazione.

⁵⁶ Per l'idea e la elaborazione dottrinale sul procedimento, applicata al fenomeno della formazione del contratto, non può che farsi riferimento a G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., *passim*; ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 310 ss.; cfr. anche SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961; DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986; più di recente, RIZZI, *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008.

⁵⁷ Cfr. in tale prospettiva, G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, VIII, Torino, 2007, 15 ss.

⁵⁸ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 322 ss.; per una ricostruzione del tema, sia consentito rinviare a URSO, *Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato – XII° Colloquio nazionale*, Padova, 23-24 gennaio 2009, Padova, 2010, 265 ss.

⁵⁹ Rientrano nell'ambito della categoria i negozi preparatori, normativi, preliminari; Cfr. SALV. ROMANO, *op. cit.*, 80 ss., spec. 82, ove, concentrando l'attenzione sulla figura del negozio normativo, la si riferisce espressamente al momento formativo del contratto, il cui "tessuto connettivo (...) è, molto frequentemente, rappresentato da atti o negozi normativi, regolatori del procedimento stesso per un qualche aspetto di questo"; in relazione al cd. negozio preparatorio, cfr. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2ª ed., Milano, 1991, 255 ss., e altresì PEREGO, *I vincoli preliminari al contratto*, Milano, 1974, 15 ss., 39 ss.; anche PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, 108 ss. si riferisce alla categoria del negozio di configurazione; nel medesimo senso A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 425 ss. V. inoltre, anche in prospettiva storica, L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., 1155 ss.



non potrebbe che avvenire in armonia con le regole e i principi sinora esaminati in materia di consenso informato⁶⁰.

Il che conduce ad individuare sin da subito due precisi limiti che i privati incontrerebbero nel modellare tecniche o varianti procedimentali atipiche per la formazione del contratto nel campo dei trattamenti sanitari: da un lato non potrebbe in alcun modo comprimersi il diritto di recesso del paziente; dall'altro qualsivoglia tecnica o variante innominata dovrebbe pur sempre assicurare la piena informativa e la libera manifestazione del consenso al malato, consentendogli di esprimere la propria volontà rispetto alla prestazione medica secondo modalità adeguate e solo subordinatamente all'acquisizione di tutte le necessarie informazioni⁶¹.

In questa prospettiva, il potere di autonomia privata, proprio affinché venga assicurata la piena tutela delle parti - in questo caso rispetto a beni di natura personale - non può trasmodare in arbitrio, ma soggiace a regole e limiti. I quali, ancora una volta, possono essere individuati e perimetrati valorizzando la connotazione negoziale del potere privato di configurazione procedimentale, e cioè esaltando lo strumento negoziale, questa volta nella sua dimensione funzionale.

Oltre e al di là dei limiti intrinseci che l'autonomia procedimentale reca in sé, e che consistono nella necessità di individuare regole procedimentali certe, precise e rispettose del principio di conformità di cui all'art. 1326, co. 5, c.c.⁶², quelli che qui più rilevano sono i limiti estrinseci, imposti da altre regole e principi di legge, con i quali il potere privato è chiamato a confrontarsi nel tradizionale riparto di competenze tra autorità e libertà.

E così, nel caso dei trattamenti medici, tecniche o varianti procedimentali atipiche che volessero indurre la formazione del contratto mortificando il consenso informato del paziente o prescindendovi dovrebbero senz'altro essere

considerate contrarie alla legge; con necessaria invalidità per illiceità, a monte, del negozio configurativo che abbia voluto fissare siffatte modalità per la venuta ad esistenza dei futuri contratti.

Analogamente, essendo contraria alla legge la compressione od eliminazione del diritto di recedere dal trattamento sanitario, illecito ed invalido sarebbe un negozio procedimentale che volesse invece disporre in tal senso.

Ecco che, come di consueto, la storia dell'autonomia privata si presenta come una storia di potere e limiti assieme; ciò che, nel consueto riparto di competenze fra ordinamento e privati, trova spesso fondamento nell'identica preoccupazione di tutela del soggetto. Segnatamente, nel caso del trattamento medico che qui si è voluto esaminare, di tutela della persona.

⁶⁰ *Retro*, spec. al § 2.

⁶¹ Cfr. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità*, cit., 1464.

⁶² Per l'applicazione della distinzione tra limiti interni ed esterni, proprio con riferimento all'autonomia privata, cfr. A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 3; in tema sia consentito rinviare altresì ad URSO, *op. cit.*, 280.

