



RICCARDO OMODEI SALÈ

Professore associato di diritto privato – Università di Verona

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO PER TRATTAMENTO SANITARIO ARBITRARIO *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La natura della responsabilità per omessa o insufficiente informazione al paziente. – 3. Il carattere plurioffensivo dell'illecito. – 4. Il danno alla salute. – 5. Il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione. – 6. Il c.d. danno "da impreparazione". – 7. La possibilità di cumulo delle varie tipologie di danno. – 8. I criteri di quantificazione del danno risarcibile.

1. – Nel corso della mia relazione, cercherò di illustrare la responsabilità civile cui può andare incontro il medico per omessa o insufficiente informazione nei confronti del paziente, nonostante che la prestazione sanitaria sia stata correttamente eseguita dal punto di vista tecnico.

A tale proposito, occorre muovere dalla constatazione che, in base all'ordinamento italiano, salve le ipotesi eccezionali di trattamento sanitario obbligatorio e dello stato di necessità, nessun trattamento medico-sanitario può avvenire in assenza del consenso informato del paziente¹. Ciò significa che il medico, prima dell'intervento o della terapia, deve informare il paziente non soltanto in merito alle modalità di esecuzione dell'intervento o della terapia, ma anche circa i benefici e gli eventuali effetti collaterali, i rischi ragionevolmente prevedibili, nonché le eventuali alternative terapeutiche allo stato esistenti, in modo che il paziente possa liberamente e consapevolmente scegliere se sottoporsi o non al trattamento sanitario proposto.

Deve, infatti, oggi considerarsi definitivamente superato il modello del c.d. "paternalismo medico", ossia quel modello relazionale in cui il paziente si affidava ciecamente alle mani del medico, il quale, in totale autonomia, decideva nell'interesse e per il bene di colui che era affidato alle sue cure. Al giorno d'oggi, il paziente ha visto, invero, il pieno riconoscimento della sua autonomia personale in materia di scelte di cura, ed è pertanto il solo soggetto legittimato a decidere, dopo essere stato adeguatamente informato, se e quali strade percorrere tra quelle offerte dalla scienza medica.

Il consenso informato riveste, quindi, una particolare importanza, in quanto si ritiene che costituisca un elemento fondamentale del contratto (o del "contatto sociale") tra medico e pazien-

* Lo scritto riproduce, con l'aggiunta di alcune note essenziali, la relazione tenuta dall'A. in occasione di diversi convegni dedicati a tematiche relative al diritto sanitario che si sono svolti nel mese di ottobre 2015 in Argentina presso le seguenti Università: *Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Católica de Cuyo – Sede San Luis, Universidad de Mendoza, Universidad de Buenos Aires.*

¹ Sul consenso informato in generale, v., almeno, ROSSI, *Consenso informato*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Aggiornamento VII, Torino, 2012, p. 177 ss.; CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 225 ss.



te, e sia inoltre necessario per la liceità stessa del trattamento sanitario²: senza il consenso informato, infatti, l'atto medico è – al di fuori delle ipotesi eccezionali poc'anzi ricordate – illecito anche quando sia effettuato nell'interesse del paziente e sia stato correttamente eseguito³.

Esaurita questa breve introduzione, affronterò, innanzi tutto, la questione relativa alla natura giuridica della responsabilità per omessa o insufficiente informazione al paziente, per poi esaminare l'aspetto relativo all'individuazione del danno risarcibile, ed effettuare, infine, qualche cenno alle modalità di liquidazione del danno di cui si tratta.

2. – Cominciando, dunque, dalla natura giuridica della responsabilità del medico nell'ipotesi di omessa o insufficiente informazione al paziente, va detto che si tratta di una questione tradizionalmente dibattuta, riguardo alla quale si è registrata una certa evoluzione, nel corso degli anni, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai risalente⁴, condiviso anche da una parte minoritaria della dottrina⁵, l'obbligo informativo del medico rilevarebbe nella (sola) fase precontrattuale di formazione del consenso al trattamento medico, con la conseguenza che il difetto di informazione integrerebbe un'ipotesi di violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (cfr. art. 1337 c.c.), dando così luogo ad una responsabilità di natura precontrattuale. Tale forma di responsabilità non costituisce, nell'ordinamento italiano, un tipo autonomo di responsabilità, ma viene prevalentemente inquadrata nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente applicazione della relativa disciplina, che risulta, soprattutto con riguardo al riparto dell'onere probatorio, più favorevole per il medico, essendo nella prospettiva extracontrattuale il paziente danneggiato tenuto a provare l'inadempimento colpevole del sanitario (nel caso di specie, la violazione dell'obbligo di informazione).

Attualmente, però, la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie⁶ riconducono la responsabi-

² Cfr. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di Biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, p. 208.

³ Cfr. Cass., 27 novembre 2012, n. 20984, in *Danno e resp.*, 2013, p. 743 ss., con nota di CLINCA, *Ragionamento presuntivo e consenso informato: il no della Cassazione al "consenso presunto" nel caso del paziente-medico*.

⁴ V., ad es., Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, *ivi*, 1997, I, c. 771.

⁵ Cfr., in particolare, CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 949 ss.; COSTANZA, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1435.

⁶ Cfr., in giurisprudenza, Cass., 29 settembre 2009, n. 20806; Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, p. 2113; Cass., 27 novembre 2012, n. 20984. In dottrina, v. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 127; FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, *ivi*, p. 237 ss.



lità del medico per violazione dell'obbligo di informazione nell'ambito della responsabilità contrattuale, in quanto l'illustrazione al paziente delle modalità e delle conseguenze della terapia o dell'intervento si inserirebbe già nella fase esecutiva della prestazione sanitaria, iniziata al momento della diagnosi, costituendo un obbligo tipico del contratto stipulato dalla struttura sanitaria con il paziente, ovvero un obbligo comunque inerente a quel "contatto sociale" che la giurisprudenza è solita porre a fondamento delle obbligazioni gravanti sul medico che opera nella struttura medesima. Anche da questa diversa qualificazione derivano notevoli conseguenze, specialmente, come vedremo fra poco, in materia di ripartizione dell'onere probatorio.

L'alternativa responsabilità precontrattuale (o extracontrattuale)/responsabilità contrattuale non dovrebbe, invece, rilevare ai fini del tipo di danno risarcibile in conseguenza dell'omesso consenso informato, in quanto, essendo comunque coinvolti – come preciserò subito meglio – diritti inviolabili della persona tutelati dalla Costituzione, la loro lesione consente ormai pacificamente, secondo la prospettiva accolta dalla Corte di Cassazione con le sentenze a Sezioni Unite del 2008 sul danno non patrimoniale⁷, la risarcibilità di quest'ultimo tipo di danno sia in ambito extracontrattuale sia in sede contrattuale⁸.

3. – Precisata, così, la natura giuridica della responsabilità di cui ci stiamo occupando, ed avendo appena accennato al danno risarcibile, possiamo, allora, passare ad esaminare più nel dettaglio le conseguenze dannose che possono derivare dalla omessa o insufficiente informazione nei confronti del paziente.

A tale riguardo, occorre preliminarmente ricordare – come, del resto, ha avuto modo di chiarire anche la Corte Costituzionale in una sentenza abbastanza recente⁹ – che il consenso informato è frutto della sintesi di due diritti fondamentali della persona, vale a dire il diritto alla salute (tutelato dall'art. 32 Cost., il quale stabilisce, in particolare, che «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge») e il diritto all'autodeterminazione del soggetto (riconosciuto dall'art. 13 Cost., il quale afferma che «la libertà personale è inviolabile»).

Alla luce di ciò, si comprende come la violazione del dovere di informazione da parte del medico costituisca un illecito plurioffensivo, in quanto potenzialmente idoneo a causare due diversi tipi di danno, e cioè, da un lato, un danno alla salute e, dall'altro, un danno derivante dalla

⁷ Cfr. Cass., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, pubblicate in molte riviste fra cui *Guida al dir.*, 2008, 47, p. 18, con nota di COMANDÈ, e in *Foro it.*, con note di NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, di PALMIERI, PARDOLESI-SIMONE e PONZANELLI.

⁸ Nel senso per cui «l'inquadramento, contrattuale oppure extracontrattuale, della relazione terapeutica – contesto nel quale si realizza questo tipo di illecito – è irrilevante rispetto al profilo del risarcimento del danno non patrimoniale», v. anche PALMERINI, *Il danno da violazione del consenso informato*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2012, p. 529.

⁹ Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328.



lesione del diritto all'autodeterminazione, suscettibili di autonomo risarcimento¹⁰.

Si tratta, in entrambi i casi, di danni di natura non patrimoniale, in quanto conseguenti alla lesione di interessi non economici della persona. Non è, tuttavia, da escludere che l'omessa o lacunosa informazione resa dal medico al paziente possa eventualmente produrre anche danni di contenuto patrimoniale, ciò che si verificherà, in particolare, tutte le volte in cui, alla menomazione dell'integrità psico-fisica, conseguano ulteriori pregiudizi a carico del paziente, in termini di spese da sostenere oppure di perdite di reddito. In questa sede, peraltro, mi occuperò soltanto del danno non patrimoniale, essendo quello che tipicamente consegue a questo tipo di illecito, e sul quale si è concentrata, in particolare, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza¹¹.

4. – Un primo scenario che potrebbe profilarsi, con riguardo alle conseguenze dannose derivanti dalla omessa o insufficiente informazione da parte del medico, appare essere il seguente: l'intervento, seppure eseguito dal sanitario secondo le regole dell'arte, ha un esito infausto, in quanto finisce per cagionare un peggioramento dello stato di salute del paziente. Ebbene, può ritenersi risarcibile un simile danno alla salute? E se sì, a quali condizioni?

Nel caso che stiamo ora considerando, la preoccupazione di fondo è, evidentemente, quella di evitare che l'affermazione del paziente di non essere stato adeguatamente informato possa servire come "pretesto" per tentare di ottenere un risarcimento che altrimenti non potrebbe essere conseguito, avendo il medico agito, come detto, secondo le regole dell'arte¹². Per questo motivo, secondo un orientamento giurisprudenziale che sembra ormai consolidato¹³, e che viene approvato da larga parte della dottrina¹⁴, affinché il paziente possa ottenere il risarcimento di un danno alla salute verificatosi in assenza di consenso informato, deve potersi affermare che il paziente medesimo, se fosse stato correttamente informato in merito ai rischi e alle controindicazioni dell'intervento, avrebbe rifiutato di sottoporvisi, ovvero avrebbe scelto un percorso terapeutico alternativo, evitando così il concretizzarsi di quei rischi e di quelle controindicazioni. In

¹⁰ Cfr. PALMERINI, *op. cit.*, p. 532 ss.; MIOTTO, *La "struttura" dei danni da omissione del "consenso informato"*, in *Dir. civ. cont.*, 21 luglio 2015, p. 6.

¹¹ V., per una constatazione analoga, MIOTTO, *op. cit.*, p. 4 s.

¹² Così CARNEVALI, *Omessa informazione da parte del medico, danno da trattamento terapeutico e ipotetica scelta del paziente*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1 (dell'estratto da *DeJure*); nel medesimo senso, v. pure GRAZIADEI, *op. cit.*, p. 214.

¹³ Cfr., in particolare, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, pubblicata in molte riviste fra cui *Corr. giur.*, 2010, p. 1201, con nota di DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, e *Giur. it.*, 2011, p. 816, con nota di CHIARINI, *Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*; Cass., 30 marzo 2011, n. 7237; Cass., 16 maggio 2013, n. 11950, in *Guida al dir.*, 2013, 33, p. 57.

¹⁴ V., ad es., CARNEVALI, *op. cit.*, p. 1 (dell'estratto da *DeJure*); PALMERINI, *op. cit.*, p. 535 s.; GUERRA, *Lo «spazio risarcitorio» per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 625.



altri termini, come in tutte le ipotesi di illeciti omissivi, si tratta di effettuare il c.d. giudizio controfattuale ipotetico, per accertare quale sarebbe stato il presumibile corso degli eventi, se fosse stato posto in essere il comportamento della cui omissione si tratta.

Al di là di tale aspetto fondamentale, sul quale tornerò meglio nuovamente fra poco, nell'ambito del giudizio di responsabilità del medico per l'illecito di cui si tratta, assume una importanza decisiva la distribuzione tra le parti dell'onere probatorio. Orbene, dalla qualificazione della omessa informazione da parte del medico come inadempimento contrattuale¹⁵, deriva che l'onere della prova si distribuirà tra le parti secondo le regole al riguardo enunciate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la nota pronuncia a Sezioni Unite del 2001, in materia di responsabilità contrattuale¹⁶: e così, il paziente che intenda agire per il risarcimento dei danni derivanti da siffatto inadempimento dovrà semplicemente provare, oltre ai pregiudizi subiti, il titolo del suo diritto (vale a dire il contratto o il "contatto sociale" con il medico), limitandosi ad allegare l'inadempimento da parte del medico, mentre sarà quest'ultimo a dovere provare l'esatto adempimento, e cioè di avere assolto l'obbligo di corretta informazione nei confronti del paziente¹⁷.

Peraltro, quest'ultima prova non è così semplice ed immediata da fornire, perché il modulo prestampato che viene di regola sottoposto al paziente per la sottoscrizione prima dell'intervento ha un contenuto generico ed impersonale, e viene pertanto dai giudici ritenuto non in grado di integrare corretto adempimento del suddetto obbligo informativo¹⁸. Mentre le dichiarazioni che vengono normalmente rese dai medici, una volta chiamati in giudizio, circa il corretto adempimento, da parte loro, dell'obbligo informativo, non possono evidentemente costituire un mezzo di prova, stante il principio in base al quale nessuno può testimoniare in favore di se stesso¹⁹. Come può essere, allora, concretamente soddisfatto tale onere probatorio da parte del medico? O mediante la produzione di un documento scritto dettagliato e personalizzato²⁰, oppure, in al-

¹⁵ V. *supra*, par. 2.

¹⁶ Cass., s.u., 30 ottobre 2001, n. 13533, pubblicata in molte riviste fra cui *Corr. giur.*, 2001, p. 1569, con nota di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, e *Foro it.*, 2002, I, c. 770, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*.

¹⁷ Cfr., con specifico riguardo alla distribuzione dell'onere della prova in tema di responsabilità sanitaria, Cass., s.u., 11 gennaio 2008, n. 577, pubblicata in molte riviste fra cui *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 849, con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/di risultato*, e *Danno e resp.*, 2008, p. 788, con nota di VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

¹⁸ Cfr., di recente, Cass., 20 agosto 2013, n. 19220, in *Giur. it.*, 2013, p. 1724, con nota di P. e V. CARBONE, *Consenso informato. Non basta la sottoscrizione di un modulo prestampato*.

¹⁹ V., in proposito, BORRETTA, *Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 6 (dell'estratto da *DeJure*).

²⁰ Così, in giurisprudenza, Cass., 21 febbraio 2013, n. 19556, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1966, con nota di MIGLIO.



ternativa, si è anche proposto di documentare mediante registrazione audiovisiva il colloquio fra medico e paziente diretto ad ottenere da quest'ultimo il consenso informato²¹. Stante il modo confidenziale in cui normalmente interagiscono medico e paziente, sembra, invece, più difficile, anche per ovvie ragioni di *privacy*, immaginare di fare partecipare al colloquio soggetti terzi in qualità di testimoni²².

Se il medico comunque riesce ad assolvere al suo onere probatorio, il danno alla salute subito dal paziente nonostante che l'intervento sia stato eseguito in piena conformità alle regole dell'arte non sarà risarcibile, in quanto il paziente stesso, essendosi sottoposto in maniera che è risultata essere consapevole ed informata all'intervento, si è assunto il rischio di tale danno²³. Qualora, invece, la prova circa la corretta informazione del paziente non riesca, occorre procedere a quel giudizio controfattuale ipotetico cui ho accennato poc'anzi, per stabilire quale sarebbe stata la scelta del paziente se fosse stato messo di fronte ad una informazione completa e chiara da parte del medico. La giurisprudenza addossa, in particolare, in capo al paziente l'onere di provare che avrebbe rifiutato l'intervento se fosse stato adeguatamente informato, e porta a sostegno di tale regola di ripartizione una pluralità di ragioni: *a)* la prova del nesso di causalità fra inadempimento e danno spetta, in generale, al creditore che chiede il risarcimento del danno, e cioè, nel caso di specie, al paziente; *b)* trattandosi, poi, di provare una scelta soggettiva del paziente, il carico in capo a quest'ultimo della relativa prova risponde anche al c.d. criterio di "vicinanza" della prova, in virtù del quale l'onere probatorio viene posto a carico della parte prossima alla fonte di prova; *c)* infine, la scelta del paziente di non seguire l'indicazione del medico rappresenta un'eventualità non corrispondente all'*id quod plerumque accidit*²⁴.

Naturalmente, anche questo tipo di prova risulta piuttosto difficile e delicata da dare²⁵, ma qui soccorre la possibilità di ricorrere a presunzioni, ampiamente ammessa dai giudici. A tale riguardo, infatti, un elemento da tenere presente – si trova spesso affermato in giurisprudenza – è quello riguardante, in particolare, la finalità dell'intervento, a seconda che il medesimo sia diretto al miglioramento estetico della persona (intervento estetico) oppure miri a tutelare la salute del paziente (intervento necessario). Nel primo caso, si ritiene presumibile che il paziente, mes-

²¹ Cfr., in proposito, GUERRA, *op. cit.*, p. 621, nt. 20, nonché la dottrina nordamericana ivi richiamata.

²² Cfr. BORRETTA, *op. cit.*, p. 6 (dell'estratto da *DeJure*).

²³ V. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 3 (dell'estratto da *DeJure*).

²⁴ Cfr. Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.; in termini critici circa tale regola di ripartizione dell'onere probatorio, v., peraltro, SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"* (nota a Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 799 s.; SIMONE, *Commento a Cass.*, 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Danno e resp.*, 2010, p. 692 s.

²⁵ Qualora una simile prova da parte del paziente non venga raggiunta, una parte della dottrina ha prospettato la possibilità, sulla scorta del modello francese, di ricorrere a criteri probabilistici, e così di ritenere risarcibile la perdita della *chance* di rifiutare l'intervento o il trattamento terapeutico concretamente posto in essere: cfr. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 5 (dell'estratto da *DeJure*); A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 199 ss.; GARUFI, *L'obbligo di informazione del sanitario e la c.d. perdita di chance*, in *Giur. merito*, 2011, p. 5 s. (dell'estratto da *DeJure*).



so di fronte al rischio pur piccolo che l'intervento portasse a risultati opposti a quelli sperati, peggiorando l'aspetto esteriore, avrebbe scelto di non sottoporsi all'intervento stesso, qualora fosse stato adeguatamente informato dal medico²⁶. Più complessa si presenta, invece, la situazione quando l'intervento medico riguarda la salute del paziente, nel qual caso si propone di distinguere ulteriormente a seconda che l'intervento medesimo sia diretto a conservare lo stato di salute del paziente, evitando probabili peggioramenti, oppure a migliorarla²⁷. In quest'ultima ipotesi (si pensi, ad es., ad un intervento diretto a migliorare la funzionalità di un arto o di un organo), è da presumere che il paziente, se correttamente informato dal medico circa i rischi dell'intervento, propenderebbe per conservare lo stato fisico attuale, e considererebbe come un mero *optional* il miglioramento auspicato con l'intervento stesso²⁸. Nell'ipotesi, invece, di intervento diretto ad evitare un peggioramento della salute del paziente, il giudice potrà desumere elementi per il ricorso alle presunzioni dalle percentuali di rischio e dall'entità delle possibili conseguenze negative per la salute che si avrebbero, rispettivamente, nell'ipotesi di esito infausto dell'intervento oppure in assenza dell'intervento stesso. Si pensi, in via esemplificativa, ad un intervento chirurgico al cervello che presenti l'1% di rischio di complicanze tali da condurre ad una infermità permanente, mentre in assenza dell'intervento stesso si profilerebbe il 60% di rischio di una infermità permanente ancora più grave o addirittura della morte: ebbene, se il paziente non prova che egli avrebbe scelto l'alternativa più rischiosa, si deve presumere che una persona ragionevole avrebbe scelto, se adeguatamente informata con riguardo al rischio del 60%, di sottoporsi all'intervento²⁹.

5. – Un secondo scenario possibile, in seguito all'intervento medico effettuato in assenza di consenso informato, è che l'esito dell'intervento sia positivo, in quanto il medesimo comporta un miglioramento della salute del paziente, o addirittura la sua guarigione. In un caso del genere, la circostanza che non ricorra un danno alla salute deve, allora, intendersi escludere qualsiasi pretesa risarcitoria in capo al paziente?

Soprattutto in passato, si tendeva, in effetti, ad affermare la responsabilità del medico che avesse proceduto ad un intervento arbitrario soltanto in caso di esito infausto di quest'ultimo, con la conseguenza che se l'intervento, pur eseguito senza avere prima adeguatamente informato il paziente, aveva comunque comportato la guarigione di quest'ultimo, nessun obbligo risarci-

²⁶ Di recente, in questo senso, v. Cass., 6 giugno 2014, n. 12830, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1171, con nota di PIZZIMENTI, *Responsabilità civile del medico per violazione del dovere d'informazione: il crimine della necessità dell'intervento*, e in *Danno e resp.*, 2015, p. 246, con commento di MATTINA.

²⁷ Cfr., in proposito, CARNEVALI, *op. cit.*, p. 4 s. (dell'estratto da *DeJure*).

²⁸ Così CARNEVALI, *op. cit.*, p. 5 (dell'estratto da *DeJure*).

²⁹ Si tratta, ancora una volta, delle considerazioni (in questa sede parzialmente sintetizzate e semplificate) di CARNEVALI, *op. cit.*, p. 4 s. (dell'estratto da *DeJure*).



torio poteva essere addossato in capo al sanitario³⁰. Tale atteggiamento risentiva, in particolare, dell'idea secondo cui la regola del consenso informato sarebbe strumentale alla tutela del (solo) diritto alla salute³¹. Tuttavia, l'impostazione più recente muove, più correttamente, dalla considerazione della già accennata potenziale plurioffensività dell'illecito in questione³², cosicché, in questa diversa prospettiva, il fatto che l'intervento effettuato in assenza di consenso informato non abbia leso il bene giuridico "salute" non esclude, di per sé, che l'altro bene giuridico protetto dalla regola del consenso informato, e cioè il diritto all'autodeterminazione, ne sia rimasto, invece, pregiudicato³³. Si pensi, ad esempio, al soggetto che si trovi ad affrontare i disagi di un intervento chirurgico non urgente, che richieda tempi lunghi per il recupero della funzionalità, e che il paziente, se fosse stato adeguatamente informato circa i tempi di recupero e le controindicazioni, avrebbe posticipato per continuare a svolgere certe attività lavorative dalle quali traeva gratificazione (anche in assenza di un pregiudizio economico), oppure per dedicarsi ad altre attività come la cura dei propri familiari³⁴.

Con riguardo al danno derivante dalla lesione del diritto all'autodeterminazione (che viene anche denominato, in dottrina, danno da violazione del consenso informato "puro"³⁵, sono comunque particolarmente sentite due esigenze fondamentali, che si traducono, nella elaborazione della giurisprudenza, nella enfaticizzazione dei seguenti due presupposti per la risarcibilità del danno non patrimoniale.

Innanzitutto, è necessario che il paziente dia la prova di avere subito una effettiva e concreta conseguenza dannosa (quale sarebbe, invero, quella poc'anzi esemplificata), non essendo sufficiente la pura e semplice lesione del diritto all'autodeterminazione rappresentata dall'inadempimento dell'obbligo di corretta informazione da parte del medico. Diversamente, infatti, si aprirebbero le porte alla risarcibilità di un danno *in re ipsa*, insito (già soltanto) nella violazione dell'interesse protetto, ma tale esito non sarebbe accettabile, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte di Cassazione con le già ricordate sentenze a Sezioni Unite del 2008, le quali hanno evidenziato come il danno non patrimoniale non sia un danno-evento, ossia un danno coincidente con la mera lesione del diritto, sia pure fondamentale della persona, o comunque costituzionalmente rilevante, bensì un danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato dal danneggiato, anche mediante il ricorso a presunzioni.

³⁰ Una simile tendenza è stata rilevata, in particolare, da PARADISO, *Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 141.

³¹ Cfr., al riguardo, PALMERINI, *op. cit.*, p. 533, e dottrina ivi citata.

³² V. *supra*, par. 3.

³³ Cfr., in questo senso, CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 131 s.; PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 193 ss.; in giurisprudenza, v. Cass., 16 maggio 2013, n. 11950; Cass., 30 settembre 2014, n. 20547.

³⁴ V., per questo ed altri esempi di danno non patrimoniale derivante da lesione del diritto all'autodeterminazione, SCACCHI, *op. cit.*, p. 797 s.

³⁵ Così PALMERINI, *op. cit.*, p. 539.



In secondo luogo, sempre secondo quanto affermato dalla Cassazione nelle sentenze a Sezioni Unite del 2008 in tema di danno non patrimoniale, e come si trova ribadito anche in diverse pronunce successive³⁶, condizione di risarcibilità di siffatti danni-conseguenza è che gli stessi siano di una certa gravità, al fine di assicurare il necessario equilibrio e bilanciamento tra il principio di solidarietà (s'intende, nei confronti del danneggiato) e il principio di tolleranza (nei confronti del danneggiante). Con la conseguenza che pregiudizi pur concretamente esistenti, ma che, secondo la coscienza sociale in un determinato momento storico, appaiono di minima entità, in quanto futili ovvero consistenti in meri disagi o fastidi, non sono risarcibili. E così, per esempio, i molteplici "microinterventi" che si subiscono in seguito ad un ricovero in ospedale, quali il prelievo di sangue o l'iniezione di un antibiotico, non possono considerarsi altrettante offese alla libertà di autodeterminazione del paziente, qualora non siano accompagnate da una informazione diffusa sulla natura dell'atto, che apparirebbe, viceversa, in tal caso eccessiva e pedante³⁷.

Per quanto riguarda la distribuzione dell'onere probatorio tra le parti, anche qui dovrebbero valere le stesse regole che ho già illustrato in relazione all'ipotesi di danno alla salute³⁸.

Sarà, quindi, onere del paziente provare l'esistenza del contratto (oppure del "contatto sociale") con il medico, ed allegare l'inadempimento di quest'ultimo, salva la possibilità, per il sanitario, di provare di avere adeguatamente informato il paziente. Quest'ultimo dovrà, inoltre, provare, come detto, di avere subito un danno concreto e di una certa gravità derivante dalla lesione della propria autodeterminazione, nonché il nesso di causalità fra la condotta omissiva del medico, che non ha adempiuto l'obbligo informativo, e il danno subito.

Pure in questo caso occorrerà, pertanto, procedere ad una valutazione controfattuale ipotetica, al fine di stabilire se la condotta omessa avrebbe evitato l'evento dannoso qualora fosse stata tenuta. Più precisamente, il paziente dovrà dimostrare – anche mediante il ricorso a presunzioni – che, se fosse stato adeguatamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento, ovvero avrebbe scelto un percorso terapeutico alternativo.

Alcune pronunce giurisprudenziali sembrano, tuttavia, ipotizzare che il predetto giudizio controfattuale rilevi soltanto con riguardo ai danni derivanti dalla lesione del diritto alla salute, e non anche in relazione ai danni conseguenti alla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente³⁹. Ma una simile limitazione appare, a ben vedere, priva di fondamento razionale: una volta, infatti, che il giudizio controfattuale si risolve in senso negativo, perché il paziente non riesce a dare la prova che, se egli fosse stato correttamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento, dovrebbero considerarsi non suscettibili di risarcimento tanto il danno alla salute

³⁶ V., in particolare, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.

³⁷ Così PALMERINI, *op. cit.*, p. 541.

³⁸ V. *supra*, par. 4.

³⁹ V., ad es., Cass., 30 settembre 2014, n. 20547.



quanto quello derivante dalla lesione dell'autodeterminazione, difettando, in entrambi i casi, il necessario nesso di causalità fra la condotta omissiva del medico e il danno subito dal paziente⁴⁰.

6. – È stata, peraltro, evidenziata la configurabilità di un ulteriore tipo di danno non patrimoniale conseguente al mancato consenso informato, riguardo al quale si potrebbe, invece, in effetti prescindere dalla dimostrazione che il paziente, se informato, avrebbe rinunciato all'intervento. Si tratta, precisamente, del danno che è stato definito “da impreparazione”⁴¹, ossia il danno rappresentato dal turbamento e dalla sofferenza collegati alla successiva realizzazione di esiti spiacevoli non prospettati come possibili dal medico inadempiente rispetto all'obbligo di informazione. Il corretto adempimento del dovere di informazione da parte del medico, infatti, mettendo il paziente in condizione di conoscere preventivamente le conseguenze dell'intervento, oltre a fare in modo che il paziente decida consapevolmente il percorso terapeutico da intraprendere, consente altresì al medesimo di patire minore turbamento e sofferenza se l'esito sgradevole pronosticato in effetti si verifica, in quanto il paziente stesso era già stato – per così dire – “preparato” ad una simile evenienza. Mentre qualora il medico si sia reso inadempiente ai propri obblighi informativi, la conseguenza negativa inaspettata, in quanto non preventivamente prospettata, risulterà di regola più difficile da accettare da parte del paziente, il quale patirà corrispondentemente maggiore sofferenza e turbamento. E tale danno, come accennato, potrebbe risultare in concreto sussistente, e quindi essere autonomamente risarcibile, anche nell'ipotesi in cui il paziente si sarebbe comunque sottoposto all'intervento medico.

7. – Per ragioni essenzialmente espositive, ho sinora trattato in maniera separata delle varie tipologie di danno non patrimoniale che possono conseguire al trattamento sanitario effettuato in assenza di consenso informato, ma naturalmente, qualora tali danni siano tutti ricorrenti nel caso concreto, dovrebbe ammettersi la loro integrale risarcibilità. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un soggetto che, oltre a subire gli effetti negativi per la salute di un intervento al quale non si sarebbe sottoposto se fosse stato debitamente informato, si veda altresì privato della possibilità di adeguare le opzioni terapeutiche alle proprie esigenze di vita o di lavoro, e soffra anche moralmente, percependo di essere stato trattato senza rispetto⁴². In un caso del genere, come detto, tutti i pregiudizi patiti dal paziente vanno evidentemente risarciti: a tale conclusione conduce, invero, per un verso, il principio di integrale risarcimento del danno, e, per altro verso, la constatazione – emersa ormai più volte nel corso di questo mio intervento – che il diritto alla salute

⁴⁰ Cfr., in termini analoghi, MIOTTO, *op. cit.*, p. 13 s.; nel medesimo senso, v. pure CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato* (nota a Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 791.

⁴¹ Così CACACE, *op. cit.*, p. 791.

⁴² Cfr., in proposito, PALMERINI, *op. cit.*, p. 539.



e la libertà di autodeterminazione sono due beni giuridici autonomi e indipendenti fra loro.

Vi è, tuttavia, pure la necessità di evitare ingiustificate duplicazioni risarcitorie in favore del danneggiato e a carico del soggetto obbligato a risarcire il danno. Per tale motivo, il giudice dovrebbe allora procedere, sempre secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione del 2008 sul danno non patrimoniale, nel seguente modo: egli dovrebbe, innanzi tutto, individuare la voce di danno non patrimoniale più prossima a descrivere la perdita subita dal danneggiato, e che appare quindi prevalente nel caso concreto (con ogni probabilità, il danno biologico), per poi correggere e personalizzare il calcolo di tale danno con criterio equitativo, al fine di ristorare il danneggiato della effettiva e complessiva perdita subita.

La giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite del 2008 non sembra, peraltro, avere sempre seguito tale indirizzo, ed anche una parte della dottrina ha ritenuto preferibile continuare a procedere ad una quantificazione per voci, non solo per il motivo che l'approccio unitario adottato dalle S.U. del 2008 non terrebbe conto delle differenze qualitative pur sempre esistenti fra le varie voci di danno non patrimoniale, nonché dei diversi criteri di valutazione loro propri, ma anche perché il pericolo di duplicazioni risarcitorie potrebbe essere evitato già soltanto esigendo una chiara indicazione dei criteri di liquidazione adottati⁴³.

8. – Un cenno finale va quindi compiuto, per completezza, ai criteri di quantificazione del danno da omesso o insufficiente consenso informato. Ebbene, qualora si sia concretizzato un danno alla salute, dovrebbe soccorrere il sistema tabellare, appositamente predisposto per la valutazione delle lesioni all'integrità psico-fisica del soggetto. L'operazione diventa, invece, intuitivamente più delicata e difficoltosa in presenza di un mero danno da lesione alla libertà di autodeterminazione del paziente: la misura di tale voce di danno non potrà, infatti, che essere definita mediante il ricorso all'equità (art. 1226 c.c.), ma naturalmente, in assenza di criteri più precisi e definiti, aumenta lo spazio di possibile arbitrio da parte del giudice. In alcune occasioni, la giurisprudenza, pur procedendo ad una stima equitativa del danno, ha ritenuto di fissare alcuni parametri di carattere generale: così, ad esempio, è stato osservato che la lesione del diritto all'autodeterminazione non potrebbe fare ottenere al danneggiato un risarcimento superiore a quello che gli sarebbe spettato ove la salute biologica fosse stata lesa; ciò in quanto sarebbe difficile, in linea generale, concepire risarcimenti per danni non psico-fisici in cifra superiore a quanto viene normalmente riconosciuto per il pregiudizio permanente del bene "salute"⁴⁴. Ma in dottrina si è obiettato che, trattandosi di pregiudizi di natura diversa, avrebbe poco senso stabilire che il valore dell'uno si debba in qualche modo parametrare, sia pure in negativo, sul valore

⁴³ Sia consentito rinviare, in proposito, a OMODEI SALÈ, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione tra vecchie preclusioni, nuove qualificazioni e liquidazione "globalizzata"*, in *La resp. civ.*, 2010, p. 20, e v. anche dottrina ivi citata.

⁴⁴ Cfr., in questo senso, Trib. Genova, 10 gennaio 2006, citato da PUCCELLA, *op. cit.*, p. 248 s.

JUS CIVILE



dell'altro⁴⁵, e si è pertanto proposto di fare piuttosto riferimento, per stimare il valore della lesione dell'interesse protetto, alla gravità dell'offesa, da stabilirsi in relazione al rango del bene leso e alla sua collocazione all'interno dell'ordinamento⁴⁶. In questa prospettiva, si è, quindi, ulteriormente rilevato che, qualora la violazione dell'obbligo informativo abbia comportato la lesione di convinzioni o scelte del paziente riconducibili, ad esempio, all'esercizio della sua libertà religiosa o sessuale, l'offensività dell'illecito dovrebbe intendersi particolarmente qualificata; diversamente, lì dove l'intervento effettuato in assenza di consenso informato si sia posto in contrasto soltanto con un personale giudizio di opportunità del paziente, l'offensività medesima dovrebbe risultare più attenuata⁴⁷.

⁴⁵ Così PUCELLA, *op. cit.*, p. 249, nt. 159.

⁴⁶ V., ancora, PUCELLA, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁷ Cfr. GHIDONI, *Il trattamento sanitario tra protezione della personalità e imposizione di valori etici*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 200, il quale ha soggiunto che «in questo modo, seppure la determinazione concreta dell'entità del risarcimento non possa che essere riservata all'equità del giudice, sarà possibile rispettare una distinzione che, da un lato, non appiattisca, sullo stesso livello, situazioni indiscutibilmente diverse, e, dall'altro, permetta di dare risalto ad un carattere, quale il motivo, sì di norma irrilevante, ma che, nel contesto dei diritti della personalità, riveste precipua importanza».