

Il consenso informato: la violazione del diritto dell'autodeterminazione del paziente e la tutela risarcitoria

di *Roberta Catalano e Angela Martino*

Oggi il diritto ad acconsentire in modo informato al trattamento sanitario costituisce il fulcro del rapporto medico-paziente e su di esso si fonda la legittimazione del professionista a prestare la sua attività terapeutica.

Tale rapporto si sostanzia in un'alleanza terapeutica alla cui stregua tutti gli sviluppi del percorso di cura devono, di regola, essere condivisi tra chi pratica il trattamento e chi lo subisce.

L'atto del consenso – quale consapevole adesione al trattamento proposto dal sanitario – è quindi considerato espressione dei diritti inviolabili della persona alla salute e ad autodeterminarsi, diritti che trovano un punto di convergenza nel più ampio e fondamentale diritto alla libertà personale.

È questo, in estrema sintesi, il punto di approdo della più recente esperienza normativa e giurisprudenziale circa il delicato tema del consenso informato.

All'esame di tale esperienza è dedicato il presente saggio.

***Prima di guarire qualcuno
chiedigli se è disposto a rinunciare alle cose
che lo hanno fatto ammalare.
Ippocrate***

1. Il dato normativo

Nell'ordinamento giuridico italiano il principio del consenso informato trova fondamento costituzionale nell'art. 32 Cost., alla cui stregua *nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.*

Tale disposizione, relativa specificamente alla tutela della salute come diritto fondamentale dell'in-

dividuo, va letta in combinato disposto con l'art. 13 Cost., che garantisce l'invioabilità della libertà personale intesa anche come libertà di decidere in ordine alla propria salute ed al proprio Corpo, e con l'art. 2 Cost., posto a presidio di tutti i diritti inviolabili dell'uomo, *sia come singolo, sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità.* Da tale contesto normativo emerge, dunque, l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito dell'individuo a non subire trattamenti sanitari ai quali non abbia preventivamente e consapevolmente acconsentito¹.

1. Il principio generale alla cui stregua il sanitario è tenuto ad acquisire il consenso informato del paziente prima di praticare qualsiasi trattamento terapeutico subisce due importanti deroghe: la prima, di fonte costituzionale (art. 32, co. 2, Cost), si verifica nel caso in cui è la legge a prevedere espressamente la sottoposizione di una persona ad un trattamento sanitario che pertanto viene definito "obbligatorio", come accade, ad esempio, per le vaccinazioni obbligatorie e per il ricovero per i malati di mente nei casi previsti dagli artt. 33-35 della L 23 dicembre 1978, n. 833; la seconda ricorre quando il paziente non è in condizione di prestare il proprio consenso e l'intervento medico appare urgente e indifferibile per salvarlo dalla morte o da un grave nocumento alla salute. Quest'ultima ipotesi è prevista anche dall'art. 8 della Convenzione di Oviedo che recita: «allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona in-

L'esistenza di siffatto diritto è stata esplicitamente affermata, nel 1947, dal Codice di Norimberga e, successivamente, dalla Dichiarazione di Helsinki della *World Medical Association* (sin dalla stesura del 1964).

In Italia è invece l'art. 33 della L 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, il primo a sancire la regola generale alla cui stregua il medico non può eseguire trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, a meno che questi non sia in grado di prestare in modo consapevole il proprio consenso e ricorrano i presupposti dello stato di necessità.

Successivamente, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata in Italia con la L 28 marzo 2001, n. 145, ha ribadito che «*un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato*» (art. 5).

Infine, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, all'art. 3 ha stabilito che «*ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica*» la quale si esplica, nell'ambito della medicina e della biologia, attraverso «*il consenso libero e informato della persona interessata*» a sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario.

La prestazione del consenso informato è, allo stato, prevista e regolata anche dal Codice di deontologia medica del 2014 il quale, all'art. 35, sancisce l'obbligo per il medico di acquisire il consenso del paziente e, conseguentemente, il divieto di «*intraprendere o proseguire in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato*».

Pertanto oggi il diritto ad acconsentire in modo informato al trattamento sanitario costituisce il fulcro del rapporto medico-paziente e su di esso si fonda la legittimazione del professionista a prestare la sua attività terapeutica². Tale rapporto si sostanzia in una «*alleanza terapeutica*» alla cui stregua tutti gli sviluppi del percorso di cura devono, di regola, essere condivisi tra chi pratica il trattamento e chi lo subisce³. L'atto del consenso – quale consapevole adesione al trattamento proposto dal sanitario – è quindi considerato espressione dei diritti inviolabili della persona alla salute e ad autodeterminarsi, diritti che trovano un punto di convergenza nel più ampio e fondamentale diritto alla libertà personale⁴.

2. Gli approdi giurisprudenziali

In conformità con siffatte previsioni normative la giurisprudenza afferma, ormai pacificamente, che il consenso libero ed informato ai trattamenti medici è «*di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario*», oltre che «*forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi*». Esso deve avere come «*contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale*»⁵.

La mancanza del consenso del paziente determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e, quindi, la sua rilevanza penale, in quanto trattamento compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere in ordine al proprio Corpo⁶. Tuttavia le Sezioni unite della Corte di cassa-

teressata»; è prevista inoltre dall'art. 35 del Codice deontologico medico secondo il quale «*allorché sussistano condizioni di urgenza e in caso di pericolo di vita di una persona, che non possa esprimere, al momento, volontà contraria, il medico deve prestare l'assistenza e le cure indispensabili*».

In dottrina, al riguardo v. tra gli altri, M. Franzoni, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contratto e impresa*, 2009, pp. 255 ss.

2. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ., Mass.*, 2007.

3. Cfr. U. Veronesi, *Il diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia*, Milano, 2011, pp. 89 ss.

4. Corte Cost. 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 4945 ss. La letteratura sul consenso informato è praticamente sterminata; per tutti si veda S. Rodotà, *La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, nonché G. Marini, *Il consenso*, entrambi in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallarini, in *Trattato del biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, rispettivamente a p. 169 ss. ed a pp. 361 ss.

5. Così si esprime Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.. In giurisprudenza è pacifico il principio secondo cui in assenza del preventivo consenso informato del paziente il medico curante e la stessa struttura sanitaria di ricovero non possono porre in essere alcuna applicazione della medicina, a nulla rilevando che la stessa sia eseguita nell'interesse dell'ammalato.

6. Cass., IV sez. pen., 4 dicembre 2008, n. 45126, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 3, pp. 95 ss. A differenza di quanto previsto nel Codice penale (artt. 50 ss. c.p.), il Codice civile non include espressamente il consenso dell'avente diritto tra le esimenti; ciò non toglie che essa

zione, con la sentenza del 21 gennaio 2009, n. 2437, hanno precisato che «*non integra il reato di lesione personale, né quello di violenza privata la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle "leges artis", si sia concluso con esito fausto, essendo da esso derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte dello stesso*»⁷.

In ogni caso – come affermato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 2847 del 2010⁸ – l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente assume rilievo a fini risarcitori (anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione) tutte le volte in cui siano configurabili, a carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di ap-

prezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé stesso considerato, sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi. Infatti, spetta solo all'individuo pienamente capace scegliere tra il bene "salute" e altri possibili interessi concorrenti, ed una tale opzione è e deve restare personale ed insindacabile; come per esempio accade nei casi dei testimoni di Geova che decidono per motivi religiosi di rifiutare una trasfusione di sangue⁹.

La violazione da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può quindi 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; un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in sé stesso, sussistente quando, a causa del *deficit* informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale

rileva anche sul piano della responsabilità civile. Anzi, in giurisprudenza si afferma che esso è «espressione di un principio generale di autoreponsabilità, operante anche nella sfera dei diritti privati, che comporta in materia di responsabilità aquiliana l'esclusione dell'antigiuridicità dell'atto lesivo per effetto del consenso del titolare, purché il consenso sia stato validamente prestato ed abbia avuto ad oggetto un diritto disponibile» (Cass., 24 febbraio 1997, n. 1682, in *Foro it., Mass.*, 1997). È molto discussa la natura giuridica di questo atto di consenso. Autorevole dottrina sostiene che non si tratterebbe di un atto di disposizione del diritto, quanto piuttosto di una rinuncia alla pretesa di non ingerenza da parte del medico (M. Franzoni, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. Civ.*, 2012, pp. 82 ss.).

7. Il consenso del paziente all'atto medico deve essere fornito espressamente, dopo aver ricevuto un'adeguata informazione, anch'essa esplicita, e non può mai essere presunto o tacito. Di contro, presuntiva può essere la prova che un consenso informato sia stato dato effettivamente ed in modo esplicito, ed il relativo onere ricade sul medico (Cfr. Cassaz. n. 20984/2012; Cass., 09 febbraio 2010, n. 2847, secondo cui a fronte dell'allegazione, da parte del paziente, dell'inadempimento dell'obbligo di informazione, il medico è gravato dell'onere della prova di aver adempiuto tale obbligazione). La responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dal mancato adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva ricorrenza, in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente: ai fini della configurazione di siffatta responsabilità, è invece del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. L'illecito consistente nella omessa informazione obbliga al risarcimento delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, tutelato dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., se il diritto sia inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

8. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 783, ed in *Resp. civ. Prev.*, 2010, 1013 ss., la quale ha espressamente affermato che «*il diritto all'autodeterminazione è ... diverso dal diritto alla salute*», «*pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; ... la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento sortisca un esito assolutamente positivo*». Nello stesso senso: Cass. 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giur. it.*, 2007, 343 e ss e, da ultimo, Cass. 16 maggio 2013 n. 11950, in *Giust. civ., Mass.*, 2013. Nel merito, Trib. Milano 4 marzo 2008, n. 2847, in *Resp. Civ.*, 2009, 75 ss.; Trib. Milano 16 dicembre 2008, in *Corr. Merito*, 2009, 493 ss. In dottrina, cfr. L. Pascucci, *L'erogazione della prestazione medica tra autodeterminazione e del paziente (capace) e autonomia professionale del medico: quali i confini della libertà di scelta terapeutica del malato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2013, 219 ss.; S. Cacace, *I danni da (mancato) consenso informato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 783 ss.; A. Scacchi, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*, *ivi*, 2010, I, pp. 794 ss.

9. Sul tema: Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, in *Guida al diritto*, 2008, pp. 52 ss. sul noto "caso Grassato"; e Cass. 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1711 ss.

Per un'ampia disamina della giurisprudenza sul rifiuto delle cure da parte dei testimoni di Geova e sull'impiego, al riguardo, dell'istituto dell'amministrazione di sostegno si veda M. Di Masi, *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 145 ss.

oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute¹⁰.

Occorre pertanto distinguere nettamente tra il dovere del medico di acquisire il consenso informato del paziente e l'obbligazione avente ad oggetto l'intervento terapeutico, giacché «l'acquisizione del consenso informato del paziente, da parte del sanitario, costituisce prestazione altra e diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, di talché l'errata esecuzione di quest'ultimo dà luogo ad un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto per la violazione dell'obbligo di informazione, anche in ragione della diversità dei diritti rispettivamente, all'autodeterminazione delle scelte terapeutiche ed all'integrità psicofisica (...) pregiudicati nelle due differenti ipotesi»¹¹.

Ai fini della configurazione della responsabilità per lesione del diritto all'autodeterminazione è insomma del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. Ciò in quanto tale responsabilità sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole in ottempe-

ranza a quanto previsto dagli artt. 32, comma 2 e 13 Cost., nonché dall'art. 33 della L. 23 dicembre 1978, n. 833.

Per quanto al contenuto degli obblighi informativi gravanti sul sanitario, la giurisprudenza concorda nell'affermare che il medico viene meno a tali obblighi ogni qualvolta non fornisce al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientifiche e pratiche sull'intervento chirurgico che intende eseguire e, soprattutto, sul bilancio rischi/vantaggi dell'intervento stesso, *a fortiori* ove ricorrano fattori di pericolo che sconsiglino l'intervento, neppure cogentemente necessario¹². Quanto ai caratteri dell'informativa medica, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che la stessa debba essere effettiva e corretta¹³.

Il medico viene meno ai suoi obblighi informativi anche quando fornisce al paziente rassicurazioni errate in ordine all'assenza di rischi o complicazioni derivanti da un intervento chirurgico necessariamente da eseguire¹⁴; ovvero quando sottopone al paziente, perché lo sottoscriva, un modulo del tutto generico, dal quale non sia possibile desumere in modo esaustivo tutte le informazioni relative alla natura della terapia, ai rischi, alle possibilità di successo¹⁵.

10. Cfr. Cass. 16 maggio 2013, n. 11950, cit.; Cass. 13 luglio 2010, n. 16934, in *Foro it., Rep.*, 2010, voce "Professioni intellettuali", n. 101.

11. Cass. 13 febbraio 2015, n. 2854. Ma v. anche Cass. 11 dicembre 2013, n. 27751, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2015, p. 324-332 «È risarcibile la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente per consenso invalido a prescindere dal danno biologico conseguente alla prestazione, il medico ha l'obbligo di rappresentare tutti i rischi (anche quelli straordinari) con l'unico limite della loro imprevedibilità».

In dottrina v. N. Posteraro, *È risarcibile la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente per consenso invalido a prescindere dal danno biologico conseguente alla prestazione: il medico ha l'obbligo di rappresentare tutti i rischi (anche quelli straordinari) con l'unico limite della loro imprevedibilità*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2015, pp. 324 ss..

12. Cfr. Cass. 31 luglio 2013, n. 18334, in *Resp. Civ. Prev.*, 2013, p. 269 ss. L'informativa deve essere particolareggiata e specifica e tale da rappresentare al paziente «la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative». Così si esprime: Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2009, pp. 337 ss..

13. Nei casi in cui sia lo stesso paziente a richiedere un intervento chirurgico, per sua natura complesso e svolto in equipe, la presunzione di un implicito consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive connesse all'intervento vero e proprio non esime il personale medico responsabile dal dovere di informarlo anche su queste fasi operative, in modo che la scelta tecnica dell'operatore avvenga dopo un'adeguata informazione e con il consenso specifico dell'interessato (Cass. n. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, c. 771 ss.). Il consenso consapevole in ordine ai rischi implicati da intervento sanitario chirurgico (anche solo relativamente) urgente, prestato dal paziente che abbia richiesto tale intervento, si considera implicitamente esteso anche alle operazioni "complementari" (qual è quella di sostegno, durante l'intervento, delle risorse ematiche del paziente) assolutamente necessarie, non sostituibili con tecniche più sicure (Cass. 26 settembre 2006, n. 20832, in *Giust. Civ., Mass.*, 2006).

14. Cfr. Cass. 28 novembre 2007, n. 24742, in *Giust. Civ., Mass.*, 2007. Per la responsabilità del medico che operi all'interno di clinica privata v. Cass. 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Giust. Civ., Mass.*, 2011: «Il medico che operi all'interno di una clinica privata, ne sia o meno dipendente, ha sempre il dovere di informare il paziente di eventuali carenze o limiti organizzativi o strutturali della clinica stessa (come, ad esempio, la mancanza di un'adeguata struttura di rianimazione neonatale); ove ciò non faccia, risponde in solido con la clinica del danno patito dal paziente in conseguenza di quel deficit organizzativo o strutturale, ove possa presumersi che il paziente, se correttamente informato, si sarebbe avvalso di altra struttura sanitaria». La clinica privata risponde dei danni derivati al paziente dall'insuccesso di un intervento chirurgico, anche quando l'operatore non sia un suo dipendente; allo stesso modo, il medico che opera in una clinica privata risponde dei danni derivati dal difetto delle apparecchiature di quest'ultima, dovendo personalmente accertarsi della loro efficienza (Cfr. Cass. n. 10616 del 2012 che ha cassato la sentenza di merito, la quale aveva escluso la responsabilità del chirurgo che, operando in una clinica privata, aveva causato un danno al paziente a causa del difettoso funzionamento di un bisturi elettrico).

3. Il buon esito dell'intervento non esclude la violazione del diritto all'autodeterminazione della persona (Cass. civ., sez. III, n. 12205/2015)

Com'è già emerso in precedenza, la Suprema Corte da tempo sostiene che la risarcibilità della lesione del diritto (personale ed inviolabile) all'autodeterminazione può verificarsi anche in assenza di una lesione del diritto alla salute e purché il paziente subisca conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di «*apprezzabile gravità*» derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato, sempre che «*tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi*»¹⁶.

Ad ulteriore conferma di tale orientamento, è intervenuta di recente l'interessante sentenza della Corte di cassazione n. 12205 del 2015 che si segnala all'attenzione degli interpreti sia perché individua con inedita precisione i profili risarcitori della responsabilità del sanitario derivante da omessa, insufficiente, carente informazione ovvero dalla mancata acquisizione del consenso; sia in quanto chiarisce che il diritto all'autodeterminazione del paziente comprende, oltre alla facoltà di rifiutare la cura, anche la possibilità di scegliere, magari posticipandolo, il momento dello svolgimento del trattamento sanitario¹⁷.

La pronuncia è stata resa per dirimere una lite iniziata con la domanda di tutela risarcitoria proposta da una donna avverso la struttura sanitaria, nonché contro i sanitari che la avevano sottoposta ad un intervento chirurgico (l'intera *equipe*) e che, nel corso dell'operazione, avevano eseguito gli esami istologici e biotipici.

La donna lamentava che i medici convenuti, sebbene avessero programmato un mero intervento di asportazione di una cisti ovarica in relazione al quale

avevano raccolto il consenso di essa attrice, avevano poi di propria iniziativa praticato, tra le altre cose, una laparatomia, una isterectomia totale ed una appendicetomia. Secondo accertamenti successivamente eseguiti presso altro nosocomio, l'intervento subito, oltre a rivelarsi assai più impegnativo e demolitivo rispetto a quello inizialmente programmato, appariva del tutto inutile poiché la diagnosi (tumore maligno) che lo aveva determinato era da ritenersi del tutto errata. Pertanto, dato che nel caso di specie non vi era alcun pericolo di morte immediata della paziente (come confermato da C.T.U.) e che quindi dovevano ritenersi insussistenti gli estremi dello stato di necessità – unica esimente idonea, in casi del genere, a giustificare l'operato medico –, la donna chiedeva il risarcimento dei danni derivati dalla lesione del suo diritto all'autodeterminazione, ed in particolare del suo diritto di scegliere se differire l'intervento ad altro giorno per recarsi in un centro specialistico di cura per l'oncologia ginecologica che avrebbe forse potuto consentirle di salvaguardare la sua capacità riproduttiva.

La domanda veniva respinta in primo grado dal Tribunale di Chieti ed in secondo grado dalla Corte d'appello dell'Aquila in base alla considerazione che «*la prestazione sanitaria risultava eseguita con diligenza, prudenza e perizia, non essendovi alternative all'intervento chirurgico prescelto ed essendo lo stesso condotto con esito pienamente positivo, consistente nella totale guarigione della paziente*». Diversamente, i supremi giudici accolgono le richieste della donna uniformandosi ai principi di diritto affermati dalla Corte di cassazione nelle pronunce, già in precedenza ricordate, n. 21748 del 2007 e n. 2847 del 2010.

Riprendendo la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza¹⁸, la Suprema Corte afferma che la lesione del diritto ad esprimere il cd "consenso informato" si verifica per il solo fatto che il medico tiene una condotta volta al compimento, sulla persona del paziente, di atti medici senza avere acquisito

15. Cfr. Cass. n. 24791/2008. Ancora, sull'obbligo di informazione, cfr. Cass. n.15698/2010 secondo cui l'informativa deve contenere, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che il medico intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità. Cfr. altresì: Cass. n. 2847 del 2010, cit.: «*In presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute*».

16. Cfr. Cass. n. 2847/2010, cit.:«*L'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori anche in assenza di un danno alla salute (...)*».

17. Cass. 12 giugno 2015, n. 12205, in www.personaedanno.it.

18. La distinzione tra danno evento e danno conseguenza risale alla nota sentenza Dell'Andro, Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053 ss.

il di lui consenso. L'estrinsecarsi dell'intervento sulla persona del paziente, senza la previa acquisizione del consenso, integrerebbe già di per sé la condotta produttiva del danno-evento che verrebbe, dunque, ad essere cagionato da due condotte consequenziali: una omissiva (mancata informazione e acquisizione del consenso) e l'altra commissiva (svolgimento del trattamento terapeutico).

I danni-conseguenza constano invece degli effetti pregiudizievoli che tali condotte del medico sono idonee a determinare nella sfera giuridica del paziente; e precisamente: 1) la "sofferenza" e "contrazione della libertà di disporre di sé stesso" che il paziente subisce – psichicamente e fisicamente; nel corso del trattamento e nel periodo di convalescenza – in ragione dell'espletamento sulla sua persona dell'intervento; 2) la "diminuzione" che la persona del malato subisce fisicamente per effetto dell'attività demolitoria del medico che abbia eliminato, sebbene a scopi terapeutici, parti del corpo e le connesse funzionalità.

Qualora poi, in relazione alla patologia del paziente, si accerti (come nel caso di specie) che questi, se correttamente informato, avrebbe potuto rivolgersi altrove per sottoporsi ad una terapia meno demolitoria o anche solo idonea a cagionare "minore sofferenza", deve ritenersi sussistente anche un danno-conseguenza rappresentato da una vera e propria lesione alla salute del paziente. In ogni caso, tali voci di danno (non patrimoniale) sussistono e sono autonomamente risarcibili pure se l'intervento medico sia stato risolutivo della patologia del paziente, ossia abbia avuto esito fausto.

4. La liquidazione del danno da responsabilità medica

Nel quadro della responsabilità medica, e segnatamente di quella conseguente al mancato rispetto del diritto del paziente ad autodeterminarsi attraverso il consenso informato, la Corte di cassazione ha sostenuto la risarcibilità del «danno non patrimoniale, derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, a prescindere dal fatto costituente reato, ciò quando l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale, la lesione

sia grave e il danno non sia futile, ossia non consista in meri disagi o fastidi»¹⁹.

Per effetto del "contratto sociale" tra medico e paziente, il professionista assume obblighi di protezione verso il paziente il quale, a sua volta, qualora agisca in giudizio per dedurre l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, dovrà provare l'esistenza del contratto e l'inadempimento del professionista, che può consistere nell'aggravamento della situazione patologica oppure nell'insorgenza di nuove malattie per effetto dell'intervento. Resta a carico dell'obbligato, sia esso il sanitario o la struttura, la dimostrazione che la prestazione professionale è stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi siano stati cagionati da un evento impreveduto ed imprevedibile.

Più precisamente, si configura la perdita di *chance* ogni qual volta il giudice accerti l'omissione in capo al medico del dovere di espletare l'attività professionale secondo i canoni di diligenza e di perizia scientifica, ove tale comportamento si traduca in un aggravamento o nella mancata guarigione delle condizioni del paziente. In tali circostanze, ed in assenza di altri fattori alternativi, il giudice riterrà la condotta omissiva del medico causativa dell'evento lesivo e per converso, presumerà che la condotta doverosa, se fosse stata attuata, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso²⁰.

Al riguardo mette conto ricordare la pronuncia della Corte di cassazione, sez. III civile, n. 7195 del 27 marzo 2014 con cui i Supremi giudici hanno riconosciuto, in favore di un malato terminale, il risarcimento del danno da perdita della *chance* di sopravvivenza: «In tema di danno alla persona conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno non patrimoniale risarcibile l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché determini la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico ed allorché, per effetto del ritardo, faccia perdere al paziente la *chance* di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita, nonché la possibilità di vivere più a lungo di quanto, poi, effettivamente vissuto»²¹.

Pertanto, si ritiene che l'autodeterminazione della persona è sempre violata quando il medico sia incorso in errore nello svolgimento dell'attività diagnostica evidenziando al paziente una patologia in realtà inesi-

19. Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972 in *Guida al diritto*, 2008, 47, pp. 18.

20. Al riguardo, Cass. n. 16123/2010: «il giudice di merito dovrà accertare se, tenendo conto delle migliori conoscenze del momento, l'omissione di cautele doverose in relazione all'attività pericolosa svolta dall'ente pubblico, che comportava il rischio di contagio per contatto da sangue infetto, ed alle mansioni svolte dal sanitario, che a tale contatto risultava esposto, possa ritenersi, in assenza di altri fattori alternativi, causa dell'evento lesivo e se, per converso, la condotta doverosa, ove fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso».

21. In *Foro it.*, 2014, I, c. 2149 ss. Cfr. anche Cass. 14 giugno 2011, n. 12961, in *Foro it.*, *Rep.*, 2011, voce 'Professioni intellettuali, n. 143.

stente, oppure non rappresentando un male in realtà esistente, così da venir meno al dovere di diligenza nell'esecuzione della prestazione intellettuale²².

Circa la liquidazione del danno non patrimoniale, la Suprema Corte si è pronunciata per la irrilevanza del *nomen* assegnato dal giudicante alla lesione lamentata dall'attore ("biologico", "morale", "esistenziale") e per il fatto che, invece, si debba tener conto unicamente del pregiudizio in concreto accertato. Ciò anche al fine di evitare che una stessa lesione sia computata due volte ovvero non sia computata affatto. E invero è compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato individuando le ripercussioni negative sul valore persona al fine di provvedere all'integrale ristoro²³.

Quanto ai criteri applicabili in sede di liquidazione, di fondamentale importanza è la riforma attuata con il Decreto Balduzzi (dl n. 158 del 13 settembre 2012, convertito in L 189/2012).

Prima dell'entrata in vigore di tale decreto, mancava una normativa che disciplinasse organicamente i criteri di liquidazione del danno biologico e del danno non patrimoniale in campo sanitario. La legge stabiliva criteri certi di liquidazione solo nel caso di lesioni micropermanenti, ossia di lesioni che non superassero i 9 punti di invalidità, verificatesi in caso di infortuni stradali²⁴. Per le altre ipotesi si usava ricorrere a Tabelle elaborate da diversi Tribunali, *in primis* da quello di Milano.

L'art. 3 del decreto Balduzzi, al comma 3, innovando rispetto al passato, ha stabilito che anche «Il danno biologico e non patrimoniale conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209». Con questo articolo la riforma si è proposta di stabilire criteri obiettivi di liquidazione dei danni in esame, così evitando il rischio di divergenze basate su

valutazioni soggettive fondate sul ricorso al criterio di equità di cui agli artt. 2056 e 1226 cc. A fronte di casi analoghi, infatti, è parso indispensabile garantire l'uniformità di giudizio, essendo evidentemente iniquo il fatto che danni identici possano essere liquidati in misura diversa solo perché esaminati da differenti uffici giudiziari²⁵.

Ciò non è bastato a superare tutti i dubbi circa i criteri di liquidazione da applicare alle lesioni verificatesi prima dell'entrata in vigore del decreto Balduzzi. Secondo alcuni Tribunali tale decreto è applicabile a tutte le lesioni micropermanenti conseguenti a *malpractice* medica, seppur anteriori alla sua entrata in vigore; viceversa, secondo altri Tribunali il decreto Balduzzi non si applicherebbe alle lesioni verificatesi prima della sua entrata in vigore, sicché in quelle ipotesi continuerebbero ad applicarsi le Tabelle milanesi.

Ad esempio il Tribunale di Milano, in alcune recenti pronunce, ha ritenuto che anche per i danni occorsi prima dell'entrata in vigore della Legge Balduzzi debbano applicarsi i criteri di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni in luogo delle più favorevoli Tabelle milanesi; ciò in quanto l'esistenza, seppur sopravvenuta, di una disposizione normativa (come il decreto Balduzzi) comunque prevale su di una prassi giurisprudenziale (Tabelle) che è di certo sprovvista di forza legislativa²⁶.

Di segno opposto la pronuncia del Tribunale di Rimini del 3 giugno 2015 alla cui stregua i danni da *malpractice* medica precedenti il decreto Balduzzi vanno liquidati in base alle Tabelle in uso presso il Tribunale di Milano, stante che per quelle lesioni la Corte di cassazione aveva già assunto «a parametro in linea generale attestante la conformità della valutazione equitativa del danno in parola alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056, primo comma, cod. civ.»²⁷.

22. Al riguardo: Cass. 23 maggio 2014, n. 11522, in www.personaedanno.it.

23. Al riguardo v. Cass., 13 maggio 2011, n. 10527 e Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit..

24. In tema di sinistri stradali, la norma di riferimento è l'art. 139 del Codice delle Assicurazioni (d.lgs n. 209/2005) ed, attualmente, le tabelle per l'effetto definite dal Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 25 giugno 2015.

25. Su tale necessità v. Cass., 19 luglio 2012 n. 12464, in www.personaedanno.it. Sui criteri relativi alla personalizzazione del danno v. Cass., 6 marzo 2014, n. 5243, in www.leggiditalia.it.

26. Secondo la quale, in assenza di una normativa sulle lesioni micropermanenti in ambito sanitario, non sussisterebbe un problema di successione di leggi nel tempo. V. anche Trib. Milano sent. n. 1453/2014, in www.personaedanno.it.

27. Trib. Rimini 3 giugno 2015, in dirittocivilecontemporaneo.com.