

# Diritto Civile

a cura di PIETRO RESCIGNO

con RAFFAELE CATERINA, VINCENZO CUFFARO, PIETRO LAMBERTUCCI, PIER GIUSEPPE MONATERI,  
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, SALVATORE PATTI, MICHELE SESTA e GIOVANNA VISINTINI

## FECONDAZIONE ETEROLOGA

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, I SEZIONE, 1° aprile 2010, n. 57813/00, pag. 776.

**Fecondazione eterologa e diritti umani**, di MARCO RIZZUTI.

## IMMIGRAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 25 ottobre 2010, n. 21799, pag. 782.

## COMODATO DI CASA FAMILIARE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 7 luglio 2010, n. 15986, pag. 784.

**Una sentenza contro corrente sul comodato di immobile adibito a casa familiare**  
di MAGDA D'AMELIO.

## ASSISTENZA SANITARIA

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 17 giugno 2010, n. 14642, pag. 789.

**Malattia, vecchiezza e povertà: condizione necessaria ma non sufficiente**, di PIETRO RESCIGNO.

## DIFFIDA AD ADEMPIERE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 15 giugno 2010, n. 14292, pag. 791.

**Sull'asserita natura negoziale della diffida ad adempiere**, di GIORGIO RISPOLI.

## ABUSO DEL DIRITTO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 31 maggio 2010, n. 13208, pag. 794.

**Un nuovo caso di abuso del diritto**, di PIETRO RESCIGNO.

## AZIONE REVOCATORIA

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 17 maggio 2010, n. 12045, pag. 796.

## MANCATA FISSAZIONE DI UN TERMINE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 11 maggio 2010, n. 11371, pag. 798.

**Fissazione del termine nel preliminare: opportuna ma non necessaria**, di GIORGIO RISPOLI.

## DANNO FUTURO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 27 aprile 2010, n. 10072, pag. 801.

## FORO DEL CONSUMATORE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 20 marzo 2010, n. 6802 (ordinanza), pag. 802.

## RINUNCIA ALLA FACOLTÀ DI RECESSO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 17 marzo 2010, n. 6481, pag. 806.

## LESIONE DELL'ALTRUI REPUTAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 16 marzo 2010, n. 6325, pag. 809.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 13 luglio 2010, n. 16382, pag. 809.

**Osservazioni in tema di immunità parlamentare e lesione dell'altrui reputazione attraverso una trasmissione televisiva**, di GIORGIO RISPOLI.

**COMUNIONE LEGALE DEI BENI**

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 26 febbraio 2010, n. 4757, pag. 813.

**RESPONSABILITÀ MEDICA**

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 9 febbraio 2010, n. 2847, pag. 816.

**Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso**, di GABRIELE CHIARINI.

**MANCATO RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE UE**

TRIBUNALE TORINO, IV SEZIONE, 3 maggio 2010, n. 3145, pag. 825.

**La condanna dello Stato italiano al risarcimento dei danni di una vittima di reato per violazione della Dir. 2004/80/CE**, di LORENZO BAIRATI.

**CLAUSOLA CLAIMS MADE**

TRIBUNALE MILANO, V SEZIONE, 18 marzo 2010, n. 3527, pag. 831.

**La clausola *claims made* tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità**, di FRANCESCO A. MAGNI.

**USURA**

TRIBUNALE BRINDISI, SEZIONE DISTACCATA FASANO, 10 febbraio 2010, n. 12, pag. 842.

**Reato di usura e nesso di causalità nella responsabilità civile**, di GUGLIELMO BEVVINO.

**FECONDAZIONE ETEROLOGA**

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, I SEZIONE, 1° aprile 2010, n. 57813/00 — ROZAKIS *Presidente* — S., H. ed altri (avv. Kinz) - Austria (amb. Trauttmansdorf).

**Filiazione — Procreazione medicalmente assistita — Divieto di utilizzazione di gameti femminili esterni alla coppia — Contrasto con il diritto al rispetto della vita privata — Contrasto con il divieto di discriminazioni irragionevoli — Illegittimità — Risarcimento del danno non patrimoniale** (Convenzione per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950, artt. 8, 14).

**Filiazione — Procreazione medicalmente assistita — Divieto di utilizzazione di gameti maschili esterni alla coppia per la fecondazione *in vitro* — Contrasto con il diritto al rispetto della vita privata — Contrasto con il divieto di discriminazioni irragionevoli — Illegittimità — Risarcimento del danno non patrimoniale** (Convenzione per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950, artt. 8, 14).

*La norma austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita (Fortpflanzungsmedizingesetz del 1992, § 3.1), nella parte in cui vieta l'utilizzo di gameti femminili esterni alla coppia per l'espletamento di una procedura di fecondazione eterologa, mentre in certi casi consente l'utilizzo di quelli maschili, contrasta con la Convenzione per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950, ed in particolare con i principi della tutela della vita privata da interferenze della pubblica autorità (art. 8) e con il divieto di discriminazioni irragionevoli (art. 14). Pertanto, tale norma è illegittima e lo Stato austriaco va condannato a*

*risarcire il danno non patrimoniale cagionato ai ricorrenti (1).*

*La norma austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita (Fortpflanzungsmedizingesetz del 1992, § 3.2), nella parte in cui vieta l'utilizzo di gameti maschili esterni alla coppia per l'espletamento di una procedura di fecondazione eterologa in vitro, mentre lo consente per il caso di fecondazione eterologa in vivo, contrasta con la Convenzione per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950, ed in particolare con i principi della tutela della vita privata da interferenze della pubblica autorità (art. 8) e con il divieto di discriminazioni irragionevoli (art. 14). Pertanto, tale norma è illegittima e lo Stato austriaco va condannato a risarcire il danno non patrimoniale cagionato ai ricorrenti (2).*



*Omissis. — 1. Sull'applicabilità dell'articolo 14 in combinato con l'articolo 8*

56. Il Governo conferma che l'articolo 8 è applicabile al caso di specie e, di conseguenza, non si oppone all'applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione. A tal riguardo il Governo richiama le dichiarazioni della Corte Costituzionale che, nella sua sentenza del 14 ottobre 1999, aveva ritenuto che la decisione dei coniugi o dei conviventi di concepire un bambino e di ricorrere, pertanto, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ricadeva entro l'ambito di tutela dell'articolo 8.

57. I ricorrenti concordano con il Governo sull'applicabilità dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

58. La Corte ricorda che la nozione di "vita privata" nell'ambito del significato dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto elastico che comprende, inter alia, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (si veda il caso Niemietz c. Germania, sentenza del 16 dicembre 1992, Serie A n° 251-B, p. 33, § 29), il diritto allo sviluppo della propria personalità (si veda il caso Bensaid c. Regno

La pronuncia in commento, pur mantenendo le stesse premesse sopra descritte, rivisita completamente l'orientamento originario affermando la possibilità di proporre una domanda di scioglimento della comunione in pendenza del giudizio di separazione personale, salvo condizionare l'efficacia della relativa pronuncia di merito all'intervenuto giudicato.

La suprema Corte, infatti, riqualifica la categoria giuridica entro cui ricondurre il passaggio in giudicato della sentenza di separazione personale: non più presupposto processuale, bensì condizione dell'azione, come tale necessario, ai fini di una pronuncia nel merito, solo al momento della decisione<sup>10</sup>.

Si segnala sin d'ora, peraltro, che la recente pronuncia non è andata esente da critiche da parte di quanti ritengono che, se si consentisse l'avvio di un procedimento di divisione della comunione prima dell'intervenuto scioglimento della stessa, non sarebbe neppure individuabile con certezza l'attivo o il passivo della massa da dividere, atteso che fino al momento dell'effettivo scioglimento della comunione continuerebbe ad operare il relativo regime con conseguente progressivo aumento del patrimonio comune<sup>11</sup>.

## RESPONSABILITÀ MEDICA

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 9 febbraio 2010, n. 2847 — MORELLI *Presidente* — PETTI *Relatore* — AMATUCCI *Estensore* — ABBRITTI P.M. (diff.) — S.L. (avv. Saltamacchia) - S.G. (avv. Sgobbo).

**Obbligazioni e contratti — Rapporto tra medico e paziente — Intervento terapeutico — “Consenso informato” — Consenso consapevolmente prestato — Mancata acquisizione — Salute — Lesione — Risarcimento del danno — Nesso di causalità — Onere della prova** (Cost. artt. 2, 13, 32; C.c. artt. 1218, 1223, 2697).

**Obbligazioni e contratti — Rapporto tra medico e paziente — Intervento terapeutico — “Consenso informato” — Consenso consapevolmente prestato — Mancata acquisizione — Diritto all'autodeterminazione — Lesione — Risarcimento — Danno non patrimoniale — Turbamento — Sofferenza** (Cost. artt. 2, 13, 32; C.c. artt. 1218, 2059).

*La risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifici per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito secundum legem artis, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe*

*refutato se fosse stato adeguatamente informato. Il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente* (1).

*Laddove manchi l'accertamento che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento se fosse stato adeguatamente informato, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori soltanto qualora siano configurabili conseguenze dannose (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) determinate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé stesso considerato, quali i pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere, nonché il turbamento e la sofferenza che derivano al paziente dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate* (2).



**Omissis.** — 3. Col terzo motivo la sentenza è censurata per violazione e falsa applicazione dell'art. 1223 c.c., e segg., concernenti i criteri di determinazione dei danni risarcibili, e per vizio di motivazione su punti decisivi.

Sulla premessa che era stata acclarata l'assenza di qualsiasi profilo di colpa professionale nell'esecuzione dell'intervento chirurgico di asportazione della cataratta, il ricorrente rileva che l'aver la corte d'appello riconosciuto il risarcimento per le “lunghe sofferenze e le enormi spese” derivate alla paziente dalla cheratite bollosa conseguita all'intervento postula che l'evento di danno ascritto all'azione dell'oculista sia appunto la cheratite bollosa; mentre, essendo stata al medico ascritta esclusivamente la violazione del suo obbligo d'informazione, non le conseguenze della lesione del diritto alla salute potevano venire in considerazione ai fini risarcitori, ma solo quelle connesse alla lesione del diverso ed autonomo diritto alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente “sul se sottoporsi o meno all'intervento (artt. 2 e 13 Cost., art. 32 Cost., comma 2)”, peraltro ritenuto necessario in relazione alle condizioni della paziente.

Per addossare al medico le conseguenze negative dell'intervento, necessario e correttamente eseguito, sarebbe occorso addivenire alla conclusione che la paziente non vi si sarebbe sottoposta se fosse stata adeguatamente informata, non potendosi altrimenti affermare la sussistenza di nesso di causalità tra la violazione (omessa informazione) e il bene giuridico che si assume leso (la salute). Ma tale indagine non era stata compiuta; se lo fosse stata — conclude il ricorrente — la indiscutibile necessità dell'intervento avrebbe univocamente indotto la corte d'appello alla conclusione che ad esso la paziente si sarebbe sottoposta quand'anche fosse stata adeguatamente informata.

3.1. Il problema che si pone è il seguente:

a) se delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di un intervento chirurgico necessario e correttamente eseguito il medico debba rispondere per il solo fatto di non aver informato il paziente della possibilità che quelle conseguenze si verificassero;

b) o se, per dirle risarcibili, deve potersi affermare che il paziente all'intervento non si sarebbe sottoposto se fosse stato informato.

Effettivamente questa corte, con la sentenza citata nella sentenza impugnata e con numerose altre decisioni (cfr., ex

*cronologica e sospensione del procedimento ex art. 295 c.p.c.; Trib. Reggio Emilia, 20 novembre 1998, in Giur. di Merito, 1999, 473, con commento di PAGLIANI.*

<sup>10</sup> In questo senso già Trib. Roma, 29 maggio 2000, in *Giust. Civ.*, 2001, 825, con nota di NERI, *Del rapporto tra il giudizio di divisione dei beni in comunione legale tra i coniugi, lo scioglimento della comunione stessa ed il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare.*

<sup>11</sup> FINOCCHIARO, *Qualche considerazione sulla domanda di scioglimento della comunione*, nota a questa stessa sentenza in *Giust. Civ.*, 2010, 1081. L'autore sottolinea peraltro come la domanda posta dall'attore nel caso di specie fosse in primo luogo di «dichiarazione dello scioglimento della comunione» e non di semplice divisione; domanda da ritenersi improponibile essendo lo scioglimento della comunione l'effetto legale di una delle pronunce di cui all'art. 191 c.c.

*plurimis*, Cass., nn. 1950/1967, 1773/1981, 9705/1997 in tema di chirurgia estetica, 5444/2006), ha affermato che “la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall’intervento scaturiscano effetti lesivi, o addirittura mortali, per il paziente, per cui nessun rilievo può avere il fatto che l’intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto” (così Cass., n. 9374/1997).

Ciò sull’implicito rilievo che, in difetto di “consenso informato” da parte del paziente, l’intervento terapeutico costituisce un illecito, sicché il medico risponde delle conseguenze negative che ne siano derivate quand’anche abbia correttamente eseguito quella prestazione.

Non risulta però scrutinato *ex professo* il problema specifico che ora si pone: se cioè, perché il medico risponda del danno alla salute, occorre che sussista nesso causale tra mancata acquisizione di consenso consapevole e quel tipo di pregiudizio. Né tanto meno, ovviamente, è stato mai affermato che dal nesso causale possa prescindere (anzi, vi è stato fatto esplicito riferimento da numerose altre decisioni, fra le quali Cass., n. 14638/2004 e, da ultimo, Cass., n. 10741/2009).

Ora, la sussistenza di nesso eziologico non va indagata solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico (necessario e correttamente eseguito) e pregiudizio della salute, che è addirittura scontato e che costituisce il presupposto stesso del problema che s’è sopra sintetizzato, il quale neppure sorgerebbe se il pregiudizio della salute non fosse conseguenza dell’intervento. La sussistenza di quel nesso va verificata in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell’intervento.

La riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l’attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che il consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario riguardo all’unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell’intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all’autodeterminazione del paziente, essendo al medico anzitutto imputabile di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il preventivo, consapevole consenso. Ché, se lo avesse fatto ed all’esecuzione dell’intervento (con le modalità rappresentategli) il paziente avesse in ipotesi acconsentito, sarebbe palese l’insussistenza di nesso di causalità materiale tra il comportamento omissivo del medico e la lesione della salute del paziente, perché quella lesione egli avrebbe in ogni caso subito.

Rispetto alle conseguenze su tale piano pregiudizievoli occorre allora domandarsi, come in ogni valutazione controfattuale ipotetica, se la condotta omessa avrebbe evitato l’evento ove fosse stata tenuta: se, cioè, l’adempimento da parte del medico dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l’effetto della non esecuzione dell’intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico è poi derivato. E poiché l’intervento chirurgico non sarebbe stato eseguito solo se il paziente lo avesse rifiutato, per ravvisare la sussistenza di nesso causale tra lesione del diritto all’autodeterminazione del paziente (realizzatosi mediante l’omessa informazione da parte del medico) e lesione della salute per le, pure incolpevoli, conseguenze negative dell’intervento (tuttavia non anomale in relazione allo sviluppo del processo causale: Cass., n. 14638/2004), deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l’intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico (informazione, ai fini dell’acquisizione di un consapevole consenso) non avrebbe comunque evitato l’evento (lesione della salute).

Tra le due sopra prospettate, la soluzione corretta in diritto è dunque la seconda.

3.2. Il diritto all’autodeterminazione è, del resto, diverso dal diritto alla salute (Cass., n. 10741/2009 e Cass., n. 18513/2007, che ha qualificato come mutamento della causa petendi il porre a fondamento dell’azione di risarcimento danni conseguenti ad intervento chirurgico il difetto di con-

senso informato, dopo aver fondato tale azione sulla colpa professionale).

Esso rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell’individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive (Cass., n. 21748/2007). Secondo la definizione della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008, *sub* n. 4 del “Considerato in diritto”) il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono rispettivamente che “la libertà personale è inviolabile” e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”.

Afferma ancora la Consulta che numerose norme internazionali (che è qui superfluo richiamare ancora una volta) prevedono esplicitamente la necessità del consenso informato del paziente nell’ambito dei trattamenti medici. La diversità tra i due diritti è resa assolutamente palese dalle elementari considerazioni che, pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; e che la lesione del diritto all’autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l’intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo (è la fattispecie cui ha avuto riguardo Cass. pen., sez. un., n. 2437 del 2008, concludendo per l’inconfigurabilità del delitto di violenza privata).

Nel primo caso il consenso prestato dal paziente è irrilevante, poiché la lesione della salute si ricollega causalmente alla colposa condotta del medico nell’esecuzione della prestazione terapeutica, inesattamente adempiuta dopo la diagnosi.

Nel secondo, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione della salute (cfr. Cass., nn. 2468/2009) o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all’autodeterminazione in sé stesso considerato (cfr., con riguardo al caso di danno patrimoniale e non patrimoniale da omessa diagnosi di feto malformato e di conseguente pregiudizio della possibilità per la madre di determinarsi a ricorrere all’interruzione volontaria della gravidanza, la recentissima Cass., n. 13 del 2010 e le ulteriori sentenze ivi richiamate).

Viene anzitutto in rilievo il caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell’ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere. Non sarebbe utile a contrastare tale conclusione il riferimento alla prevalenza del bene “vita” o del bene “salute” rispetto ad altri possibili interessi, giacché una valutazione comparativa degli interessi assume rilievo nell’ambito del diritto quando soggetti diversi siano titolari di interessi configgenti e sia dunque necessario, in funzione del raggiungimento del fine perseguito, stabilire quale debba prevalere e quale debba rispettivamente recedere o comunque rimanere privo di tutela; un “conflitto” regolabile *ab externo* è, invece, escluso in radice dalla titolarità di pur contrastanti interessi in capo allo stesso soggetto, al quale soltanto, se capace, compete la scelta di quale tutelare e quale sacrificare.

Così, a titolo meramente esemplificativo, non potrebbe a priori negarsi tutela risarcitoria a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perché in contrasto con la propria fede religiosa (al caso dei Testimoni di Geova si sono riferite, con soluzioni sostanzialmente opposte, Cass., nn. 23676/2008 e 4211/2007), quand'anche gli si sia salvata la vita praticandogliela, giacché egli potrebbe aver preferito non vivere, piuttosto che vivere nello stato determinatosi; così, ancora, non potrebbe in assoluto escludersi la risarcibilità del danno non patrimoniale da acuto o cronico dolore fisico (sul punto cfr. Cass., n. 23846/2008) nel caso in cui la scelta del medico di privilegiare la tutela dell'integrità fisica del paziente o della sua stessa vita, ma a prezzo di sofferenze fisiche che il paziente avrebbe potuto scegliere di non sopportare, sia stata effettuata senza il suo consenso, da acquisire in esito alla rappresentazione più puntuale possibile del dolore prevedibile, col bilanciamento reso necessario dall'esigenza che esso sia prospettato con modalità idonee a non ingenerare un aprioristico rifiuto dell'atto terapeutico, chirurgico o farmacologico. E nello stesso ambito dovrebbe inquadarsi il diritto al risarcimento per la lesione derivata da un atto terapeutico che abbia salvaguardato la salute in un campo a discapito di un secondario pregiudizio sotto altro pure apprezzabile aspetto, che non sia stato tuttavia adeguatamente prospettato in funzione di una scelta consapevole del paziente, che la avrebbe in ipotesi compiuta in senso difforme da quello privilegiato dal medico.

Viene, in secondo luogo, in rilievo la considerazione del turbamento e della sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate. L'informazione cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene; e che non si verifichi quanto di male potrebbe capitare, perché inevitabile. Il paziente che sia stato messo in questa condizione — la quale integra un momento saliente della necessaria "alleanza terapeutica" col medico — accetta preventivamente l'esito sgradevole e, se questo si verifica, avrà anche una minore propensione ad incolpare il medico.

Se tuttavia lo facesse, il medico non sarebbe tenuto a risarcirgli alcun danno sotto l'aspetto del difetto di informazione (salva la sua possibile responsabilità per avere, per qualunque ragione, mal diagnosticato o mal suggerito o male operato; ma si tratterebbe — come si è già chiarito — di un aspetto del tutto diverso, implicante una "colpa" collegata all'esecuzione della prestazione successiva).

Ma se il paziente non sia stato convenientemente informato, quella condizione di spirito è inevitabilmente destinata a realizzarsi, ingenerando manifestazioni di turbamento di intensità ovviamente correlata alla gravità delle conseguente verificatesi e non prospettate come possibili. Ed è appunto questo il danno non patrimoniale che, nella prevalenza dei casi, costituisce l'effetto del mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente.

Condizione di risarcibilità di tale tipo di danno non patrimoniale è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni unite nn. da 26972 a 26974 del 2008, con le quali s'è stabilito che il diritto deve essere 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. Non pare possibile offrire più specifiche indicazioni.

Anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute

ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio; mentre la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato.

3.3. Il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente:

(a) perché la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allega l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento;

(b) perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico;

(c) perché si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicché anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della "vicinanza" al fatto da provare induce alla medesima conclusione;

(d) perché il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*.

3.4. Se, nella specie, l'intervento sarebbe stato rifiutato dalla paziente ove il medico le avesse puntualmente rappresentato le sue possibili conseguenze è scrutinio che la corte d'appello ha del tutto omesso; e questo perché è incorsa nell'illustrato errore di diritto laddove ha ritenuto che della lesione della salute il medico dovesse rispondere per il solo difetto di un consenso consapevolmente prestato (che è locuzione più propria di quella corrente, giacché "informato" non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta).

Il motivo è conclusivamente fondato nella parte in cui è prospettata violazione di legge. Non anche nella parte in cui è denunciato vizio della motivazione, essendo stato l'apprezzamento di fatto sulle ipotetiche determinazioni della paziente precluso dalla assorbente (benché erronea) soluzione in diritto adottata. — *Omissis*.

## (1-2) Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso

SOMMARIO: 1. Brevi considerazioni preliminari. — 2. Dal "consenso informato" al "consenso consapevolmente prestato". Informazione e consenso nel codice di deontologia medica. — 3. Fondamento e ruolo del consenso, quale presupposto di liceità dell'atto medico. — 4. L'unitarietà del rapporto medico-paziente. La non divisibile riconduzione eziologica del danno all'omissione dell'informazione o dell'acquisizione del consenso, piuttosto che all'atto medico eseguito in difetto di consenso. Dall'(in)adempimento all'(in)attuazione del rapporto obbligatorio. — 5. Osservazioni conclusive. Danno risarcibile e *compensatio lucri cum damno*.

### 1. Brevi considerazioni preliminari.

La decisione che si annota<sup>1</sup> interviene nell'articolato panorama giurisprudenziale della responsabilità medico-sanitaria, delineando interessanti regole di giudizio in tema di danno conseguente a un intervento terapeutico-

<sup>1</sup> Pubblicata anche in *Corriere Giur.*, 2010, 9, 1201, con nota di DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, 1204, e in *Foro It.*, 2010, 2113.

tico effettuato — pur secondo le *leges artis* — in mancanza del c.d. “consenso informato”<sup>2</sup>.

In sostanza, la Cassazione scevera il diritto alla salute da quello all'autodeterminazione del paziente, e individua il presupposto della risarcibilità del pregiudizio conseguente alla lesione del primo (diritto alla salute) nell'accertamento che l'intervento sarebbe stato rifiutato se il paziente stesso — sul quale grava il relativo onere probatorio — fosse stato adeguatamente informato dei possibili rischi e posto, quindi, in condizione di esprimere un valido consenso. La violazione del secondo (diritto all'autodeterminazione), invece, potrebbe dar luogo a risarcimento nel caso in cui le conseguenze dannose di natura non patrimoniale — costituite non solo dal turbamento e dalla sofferenza patiti, ma anche dagli ipotetici «pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere»<sup>3</sup> — siano di apprezzabile gravità.

Viene così esplicitamente contraddetto l'orientamento, sinora largamente incontestato, a mente del quale «la responsabilità del sanitario (e, di riflesso, della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva verifica, 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», con la conseguenza che il danno costituito dal peggioramento della salute e dell'integrità fisica del paziente andrebbe integralmente risarcito a prescindere dalla constatazione che il trattamento sia stato effettuato correttamente oppure no<sup>4</sup>.

La chiave di volta di siffatto *revirement* viene individuata nella ponderazione del collegamento eziologico tra la condotta (omissiva, per difetto di informazione) del sanitario e le conseguenze pregiudizievoli che possano dirsi da essa derivate, profilo che — ritiene la pronuncia in commento — non risulterebbe sino ad oggi «scrutinato *ex professo*»<sup>5</sup>.

La sentenza, di sicuro interesse per la portata innovativa dei principi enucleati, si caratterizza per l'inten-

to dichiaratamente ricostruttivo — in chiave quasi didattica — dell'argomento in parola. Residuano, nondimeno, talune perplessità giacché, come si tenterà di illustrare nel prosieguo, la soluzione cui la Corte perviene non sembra conciliare in maniera del tutto convincente la tassativa dicotomia salute-autodeterminazione, su cui si fonda il percorso argomentativo tracciato, con la pur affermata consapevolezza dell'unitarietà del rapporto medico-paziente.

## 2. Dal “consenso informato” al “consenso consapevolmente prestato”. Informazione e consenso nel codice di deontologia medica.

Come rileva condivisibilmente la suprema Corte<sup>6</sup>, la locuzione corrente “consenso informato” andrebbe dismessa e sostituita con quella — più propria — “consenso consapevolmente prestato”, giacché “informato” non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta. Sotto questo profilo, allora, parlare di “informazione e consenso” piuttosto che di “consenso informato” non integra il ricorso ad una endiadi<sup>7</sup>, ma rappresenta una scelta lessicale conforme all'esigenza di individuare due distinti elementi della medesima fattispecie. Altro è, infatti, l'informazione, che costituisce oggetto di un'obbligazione — accessoria rispetto a quella principale di eseguire l'intervento terapeutico<sup>8</sup> — del medico nei confronti del paziente; altro il consenso di quest'ultimo, che vale a rimuovere — se e in quanto efficace, oltretutto consapevole perché preceduto dalla doverosa informazione — il limite costituito dall'ordinaria intangibilità della sfera personale altrui<sup>9</sup>.

Non è un caso, del resto, se lo stesso codice di deontologia medica<sup>10</sup> dedica il Capo IV del Titolo III — per l'appunto — agli argomenti “Informazione e consenso”, dettando disposizioni che, invero, ben sintetizzano il nucleo fondamentale dei principi giuridici applicabili alla materia in esame<sup>11</sup>.

In particolare, l'art. 33 (rubricato “Informazione al cittadino”) stabilisce che «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»; chiarisce poi che «il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto

<sup>2</sup> Sulla (im)proprietà terminologica di tale sintagma, v. l'inizio del successivo paragrafo 2.

<sup>3</sup> Così al punto 3.2 della motivazione. V. quanto si dirà in proposito *infra*, specialmente nota 45.

<sup>4</sup> In tal senso, tra le altre, Cass., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Dir. e Giust.*, 2006, 15, 23, con nota di PULIATTI, *Malati terminali e consenso informato. Il medico non è esonerato dagli obblighi*.

<sup>5</sup> Punto 3.1 della motivazione.

<sup>6</sup> Al punto 3.4 della motivazione.

<sup>7</sup> Com'è noto, l'endiadi è la figura retorica che vale ad esprimere, con due termini coordinati, un unico concetto (ad es., “fortuna e caso” in vece di “caso fortunato”).

<sup>8</sup> Fatta eccezione per l'ipotesi in cui il rapporto medico-paziente si esaurisca nell'informazione stessa, trattandosi allora di mera prestazione d'opera intellettuale regolata dagli artt. 2229 e segg. c.c. Cfr., in proposito, GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 5, 1020 e segg.; CAFAGGI, voce “Responsabilità del professionista”, in *Digesto Civ.*, XVII, Torino, 1998, 159 e segg.

<sup>9</sup> Come si preciserà al paragrafo successivo.

<sup>10</sup> Il codice di deontologia medica attualmente in vigore è quello approvato dalla Federazione italiana degli ordini dei medici chirurghi e odontoiatri il 16 dicembre 2006, che ha sostituito il precedente approvato il 3 ottobre 1998, nel quale, ad ogni modo, era già stata operata una significativa revisione del concetto di “consenso informato”.

<sup>11</sup> Non si dimentichi, del resto, che le disposizioni deontologiche hanno valenza indubbiamente normativa (cfr., in tal senso seppur con riguardo specifico al codice forense, Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Giust. Civ.*, 2008, 10, 2167: «In materia di responsabilità disciplinare degli avvocati, le norme del codice disciplinare forense costituiscono fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, e come tali sono interpretabili direttamente dalla Corte di legittimità»).

delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche»; precisa inoltre che «ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta».

L'art. 35 (rubricato "Acquisizione del consenso") prevede che «il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente»; puntualizza che «il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33»; specifica che «in ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona».

L'art. 36 (rubricato "Assistenza d'urgenza") sancisce, infine, che «allorché sussistano condizioni di urgenza, tenendo conto delle volontà della persona se espresse, il medico deve attivarsi per assicurare l'assistenza indispensabile».

### 3. Fondamento e ruolo del consenso, quale presupposto di liceità dell'atto medico.

È fin troppo noto per dover essere rammentato il fondamento costituzionale del consenso all'atto medico. In linea con il principio personalistico che informa il nostro ordinamento, viepiù valorizzato dalla riforma sanitaria del 1978<sup>12</sup> ad oggi, la nostra Carta riconosce,

invero, il diritto e la libertà, per ciascun individuo, di autodeterminarsi in materia di salute (artt. 2, 13 e 32 Cost.)<sup>13</sup>. La regola nel rapporto medico-paziente deve dunque essere la consensualità, mentre i trattamenti sanitari obbligatori sono l'eccezione<sup>14</sup>, come solennemente recita l'art. 5 della Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina, conclusa a Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata in Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145<sup>15</sup>.

Ma che cosa è questo consenso?

L'etimologia del termine — *consenso* deriva da *cum-sentire*: percepire insieme — suggerisce una "comunità di intenti", ovverosia l'esser concordi sul modo di vedere una determinata questione (clinica, nel caso della prestazione sanitaria). Il consenso rappresenta, quindi, la condivisione, da parte del paziente, della scelta terapeutica che il medico gli prospetta. Il che, naturalmente, può avvenire soltanto all'esito del processo conoscitivo che è alla base della «alleanza terapeutica»<sup>16</sup> tra medico e paziente, giacché non si può consentire a ciò che non si conosce.

Se così è, si comprende agevolmente il motivo per cui continui ad esser riproposta la risalente e tratteggiata affermazione secondo la quale il consenso consapevolmente prestato dal paziente rappresenta un presupposto della liceità dell'atto medico. L'assunto è, del resto, confermato dalla stessa decisione che si annota, ancorché precisi di ritenere riduttiva la constatazione che, «essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che il consenso informato non abbia prestato»<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> V., in proposito, FERRONI, *La responsabilità civile dell'ente ospedaliero*, in FERRONI, *Saggi di diritto civile*, Pesaro, 2003, 86 e segg.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro It.*, 2009, 5, 1328 (*sub n. 4* del "Considerato in diritto"): «Al riguardo, occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

<sup>14</sup> Com'è noto, la discussa materia del trattamento sanitario obbligatorio, già contemplata nella L. 13 maggio 1979, n. 180 (c.d. "Legge Basaglia"), è confluita — senza sostanziali modifiche — negli artt. 33-35 della L. 23 dicembre 1978, n. 833, di riforma del servizio sanitario. Cfr., in tema, *Un altro diritto per il malato di mente a cura* di Cendon, Napoli, 1988.

<sup>15</sup> «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Molteplici sono, d'altronde, le fonti che contemplano la necessità del consenso consapevole al trattamento sanitario, sia interne (si pensi all'art. 3 della L. 21 ottobre 2005, n. 219; all'art. 6 della L. 19 febbraio 2004, n. 40; all'art. 3 del D.L. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito in L. 8 aprile 1998, n. 94) sia internazionali (ad es., l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989,

ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000).

<sup>16</sup> Di "alleanza terapeutica" tra medico e paziente, della quale il processo informativo costituirebbe "momento saliente", discorre la stessa decisione in commento al punto 3.2. Tale concetto si rinviene già nella sentenza di Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, pubblicata tra l'altro in *Giust. Civ.*, 2007, 11, 2366 (pronunciata in merito alla sin troppo nota — quanto dibattuta — vicenda di Eluana Englaro), di cui pare opportuno trascrivere letteralmente un significativo passo motivazionale (punto 6.1): «Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio — nel quadro della "alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno — per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un asserito dovere di curarsi come principio di ordine pubblico».

<sup>17</sup> Si tratterebbe, ad avviso della Cassazione (punto 3.1 della motivazione), di «una semplificazione priva del necessario riguardo all'unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, essendo al medico anzitutto imputabile di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il preventivo, consapevole consenso». L'assunto non pare integralmente convincente, come si tenterà di chiarire di qui a poco.

Anche la giurisprudenza penale, pur redarguendo sull'inopportunità di confondere il consenso all'atto medico con l'istituto del «consenso dell'avente diritto» di cui all'art. 50 c.p.<sup>18</sup>, non esita a riconoscere l'ordinaria anti giuridicità<sup>19</sup> dell'atto sanitario eseguito in mancanza di consenso<sup>20</sup>.

Tanto ciò è vero che, al fine di giustificare l'intervento terapeutico praticato su paziente incapace<sup>21</sup> di esprimere il proprio assenso (ad es. perché incosciente oppure obnubilato per le più varie ragioni), si continua a ricorrere alla figura dello «stato di necessità»<sup>22</sup>, contemplata dall'art. 54 c.p. e dall'art. 2045 c.c. come causa di esclusione dell'anti giuridicità della condotta<sup>23</sup>. Dunque, quando il sanitario si trovi di fronte alla necessità di salvare (sé od) altri — cioè a dire, il paziente — dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, tale stato di necessità vale ad eli-

dere l'illiceità altrimenti inevitabile dell'atto medico, giustificandolo pur in mancanza di un consenso del paziente (sempre che quest'ultimo non abbia manifestato o non sia altrimenti conoscibile un suo espresso dissenso consapevole e attuale)<sup>24</sup>.

Ora, il condivisibile riconoscimento del consenso quale presupposto di liceità dell'atto medico non equivale, tuttavia, *ipso facto* all'affermazione indiscriminata dell'illiceità dell'atto medico eseguito senza consenso: per potersi trarre tale ultima inferenza, invero, deve essere vagliata la sussistenza di tutti i presupposti dell'illiceità<sup>25</sup>, la quale non è altro — come rammenta la sentenza annotata<sup>26</sup> — che una qualificazione giuridica successiva della fattispecie.

In particolare, se appare sufficientemente certo che l'intervento sanitario in difetto di consenso integri un fatto (doloso o colposo)<sup>27</sup> potenzialmente idoneo ad

<sup>18</sup> Come ha autorevolmente sintetizzato un significativo arresto della giurisprudenza penale, infatti, l'attività medica rinviene «il proprio fondamento non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 c.p., quanto nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito» (così, Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Guida Dir.*, 2009, 7, 54, più nota per aver formulato la massima che segue: «Ove il medico effettui un intervento operatorio in assenza del consenso del paziente o modifichi in itinere l'intervento, ovvero sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso sia derivato un miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative apprezzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo delle lesioni personali quanto sotto quello della violenza privata»).

<sup>19</sup> Il concetto di «anti giuridicità», a ben vedere, dovrebbe esser tenuto distinto da quello di «illiceità», giacché «l'anti giuridicità esprime un presupposto di carattere generale, mentre il concetto di illiceità [...] comprende in sé anche il momento effettuale del danno nella sua qualificazione di anti giuridicità (danno ingiusto)» (così, MAIORCA, voce «Colpa civile (teoria gen.)», in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 556). Anche TRIMARCHI, voce «Illecito (dir. priv.)», *ivi*, XX, Milano, 1970, 90, ritiene che il concetto di «illiceità» — considerato equivalente a quello di «violazione di un comando o di un divieto» — abbia «un significato più ristretto e preciso del concetto di anti giuridicità», del quale ultimo, per inciso, rileva la sostanziale inutilità giacché si tratterebbe di un concetto «comunque troppo ampio per essere fruttuoso».

<sup>20</sup> V. la stessa Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, cit. (punto 8 della motivazione), e — più esplicitamente — Id., Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077 (all'inizio della parte motiva): «[...] non è discutibile che l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il «consenso» del paziente, che [...] costituisce presupposto di liceità del trattamento» (corsivo aggiunto).

<sup>21</sup> Beninteso: incapace naturalmente, ché se si trattasse di incapacità legale la questione verrebbe affrontata in conformità alle norme che regolano la tutela, la curatela e l'amministrazione di sostegno, ad onta della difficoltà di conciliare detti istituti — previsti per la salvaguardia di interessi prevalentemente patrimoniali del soggetto — con gli interessi strettamente attinenti alla persona che vengono in rilievo in materia di salute. (V., in proposito, l'art. 37 del codice di deontologia medica: «Allorché si tratti di minore o di interdetto il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale. Il medico, nel caso in cui sia stato nominato dal giudice tutelare un amministratore di

sostegno deve debitamente informarlo e tenere nel massimo conto le sue istanze. In caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci, il medico è tenuto a informare l'autorità giudiziaria; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell'incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili»).

<sup>22</sup> In giurisprudenza si è reputato che lo stato di necessità valga a superare il difetto di consenso sia quando è effettivo, sia quando è putativo, cioè a dire allorché il medico, senza colpa, abbia ritenuto in base ad un ragionevole convincimento — ancorché poi rivelatosi fallace — l'esistenza di un pericolo di danno grave alla salute del paziente (in tal senso, Cass., Sez. III, 15 novembre 1999, n. 12621, in *Foro It.*, 2000, I, 3588, relativa ad annessicotomia praticata su una paziente in anestesia per il fondato sospetto, poi dimostrato erroneo, di una gravidanza extrauterina).

<sup>23</sup> Perplesso circa l'uso del concetto di «anti giuridicità» (su cui v. la precedente nota 19) nel diritto civile si mostra INZITARI, voce «Necessità (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 856 e segg., il quale precisa: «Preferiamo spostare l'interesse più verso il danno che verso la «giuridicità» o «anti giuridicità» del comportamento. [...] La situazione necessitata fa infatti sorgere un diretto conflitto tra gli interessi del danneggiato e del danneggiante [...], conflitto che [...] l'ordinamento ritiene debba essere risolto [...] da un punto di vista civile, valutando le conseguenze dannose con criteri diversi da quelli ordinari» (857). Il rilievo si inserisce nella prospettiva, condivisibile, che pone al centro del sistema dell'illecito civile il momento del danno, ed individua nella colpevolezza null'altro che uno tra i molteplici criteri (al pari dei parametri contemplati nelle ipotesi di responsabilità cd. oggettiva) che l'ordinamento prevede per traslare il relativo onere dalla vittima ad un altro soggetto (sul punto cfr., lucidamente, SALVI, voce «Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)», *ivi*, XXXIX, Milano, 1988, spec. 1222 e seg.).

<sup>24</sup> L'attualità rappresenta, invero, il nodo problematico attorno al quale ruota la delicata questione delle c.d. «direttive anticipate». V., in tema, SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giust. Civ.*, 2008, 1727.

<sup>25</sup> È ormai pacifico che la responsabilità del medico abbia natura contrattuale (v., da ultimo, Cass., Sez. un., 22 novembre 2010, n. 23593, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 11). Ad ogni modo, ferme le differenze disciplinari tra illecito aquilano e inadempimento, è indubitabile che la linea di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale stia perdendo nitidezza (cfr., *amplius*, la successiva nota 37) e che, pertanto, i relativi presupposti — fatto doloso o colposo, nesso causale e danno — debbano essere assoggettati ad unitari criteri di valutazione.

<sup>26</sup> Punto 3.1 della motivazione.

<sup>27</sup> V. però, in tema di responsabilità penale, Cass. pen., Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077, in *Guida Dir.*, 2008, 42, 99, secondo la quale «non è [...] possibile ipotizzare la mancanza di



arretrare un danno, sì come è parimenti indubitabile che tale danno — in quanto effettivamente sussistente<sup>28</sup> — si caratterizzi per l'ingiustizia<sup>29</sup>, tutt'altro che scontato è il profilo del nesso causale.

Ad esso — centrale, come si è visto, nella pronuncia qui in discussione — sarà opportuno dedicare alcune più approfondite riflessioni.

4. *L'unitarietà del rapporto medico-paziente. La non condivisibile riconduzione eziologica del danno all'omissione dell'informazione o dell'acquisizione del consenso, piuttosto che all'atto medico eseguito in difetto di consenso. Dall'(in)adempimento all'(in)attuazione del rapporto obbligatorio.*

Come si è accennato, la Corte<sup>30</sup> muove dal presupposto che la giurisprudenza pregressa non abbia esaurientemente ponderato il problema specifico relativo alla sussistenza del nesso causale, la quale andrebbe indagata non «solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico (necessario e correttamente eseguito) e pregiudizio della salute», bensì piuttosto «in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento»<sup>31</sup>. Il relativo onere probatorio, per inciso, competerebbe al paziente<sup>32</sup>, con la (sola) consolazione di poterlo assolvere anche in via presuntiva.

L'assunto non pare integralmente persuasivo.

Invero, l'accertamento del nesso causale<sup>33</sup> postula la valutazione circa l'idoneità del fatto ad esser causa del danno, che ne costituisce effetto, al fine di accertare se tra essi possa dirsi sussistente un rapporto di consequenzialità. Non sembra, tuttavia, condivisibile identificare i termini di siffatta relazione nell'omessa infor-

mazione (supposta causa) e nell'intervento effettuato (preteso effetto).

Con riguardo al danno (effetto), in particolare, esso non può senz'altro essere ravvisato nella "esecuzione dell'intervento", quasi che il pregiudizio possa essere costituito dall'intervento stesso e non invece, com'è perspicuo, dalle conseguenze negative che eventualmente ne siano derivate.

Quanto alla causa (fatto), poi, la decisione in commento reputa di individuarla nella specifica violazione imputabile al sanitario, focalizzando l'attenzione in via esclusiva sulla condotta omissiva del medico che non abbia informato il paziente (o non ne abbia raccolto il consenso). Sia consentito, tuttavia, di osservare che, in tal guisa, si effettua una scissione artificiosa di quel rapporto medico-paziente, del quale pur si riconosce l'unitarietà<sup>34</sup>.

Il paziente, invero, non è creditore di due distinte prestazioni: una di contenuto informativo, l'altra avente ad oggetto l'esecuzione dell'intervento. Del pari, il sanitario<sup>35</sup> non è obbligato ad informare, da una parte, e ad operare, dall'altra parte. Informazione e intervento terapeutico sono entrambi contenuti ineludibili ed inseparabili del medesimo rapporto obbligatorio, per il tramite del consenso, che non è fine a sé stesso, ma trae efficacia dalla prima (l'informazione) e vale a legittimare il secondo (l'intervento).

Si tratta, del resto, di una constatazione in linea con l'ormai acquisita consapevolezza che l'ottica che riguarda l'adempimento come semplice atto-finale determinante l'estinzione dell'obbligazione si rivela insufficiente, dovendosi adottare un'impostazione diversa, tesa a considerare tutto l'arco di problematiche connesse all'«attuazione del rapporto obbligatorio»<sup>36</sup>.

consenso quale elemento della colpa, perché l'obbligo di acquisire il consenso informato non integra una regola cautelare la cui inosservanza influisce sulla colpevolezza. Ciò in quanto l'acquisizione del consenso non è preordinata in linea generale ad evitare fatti dannosi prevedibili (ed evitabili), ma a tutelare il diritto alla salute e, soprattutto, il diritto alla scelta consapevole in relazione agli eventuali danni che possano derivare dalla scelta terapeutica in attuazione di una norma costituzionale (art. 32, comma 2)».

<sup>28</sup> V. *infra*, paragrafo 5.

<sup>29</sup> Incidendo l'attività sanitaria su interessi cui la Costituzione attribuisce un rilievo indubitabilmente prioritario (si v., ad ogni modo, quanto si dirà ai successivi paragrafi 4 e 5, in ordine alla opportunità di considerare unitariamente il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione).

<sup>30</sup> Al punto 3.1 della motivazione.

<sup>31</sup> Letteralmente, punto 3.1 della motivazione (il corsivo è aggiunto).

<sup>32</sup> Per una serie di argomentazioni attinenti non soltanto alla fisiologica ripartizione dettata *ex art.* 2697 c.c. e al c.d. principio di "vicinanza della prova" (su cui v., da ultimo, Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10744, in *Guida Dir.*, 2009, 31, 74), ma altresì — meno condivisibilmente — alla supposta natura "positiva" del fatto da provare, costituito dal rifiuto (che è però una circostanza non realizzatasi e, quindi, tutt'altro che positiva), nonché per la ritenuta inverosimiglianza di una scelta del paziente difforme rispetto alla valutazione di opportunità del medico (il che parrebbe introdurre, a ben vedere, una sorta di presunzione *iuris tantum* di consenso, espressione di una obsoleta visione paternalistica dell'attività medica e, per inciso, nient'affatto in linea con i principi sin qui delineati).

<sup>33</sup> Su cui v. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito*

civile, Padova, 1960, 19 e segg.; FRANZONI, *Fatti illeciti* (artt. 2043-2059), in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1993, 84 e segg.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005, 627 e segg.

<sup>34</sup> Cfr. la precedente nota 25.

<sup>35</sup> Salvo il caso — come si è visto (cfr. nota 8) — in cui si tratti di una mera prestazione d'opera intellettuale (di consulenza) che il medico debba rendere al paziente.

<sup>36</sup> V., sul tema, le fondamentali opere di NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I (Milano, 1966), II (Milano, 1962), III (Milano, 1963) e IV (Milano, 1964). In linea generale, sono molteplici gli indici normativi che depongono in tal senso. La diligenza, che *ex art.* 1176 c.c. il debitore deve usare nell'adempimento, concerne non soltanto l'esecuzione della prestazione in senso stretto, bensì la realizzazione di tutto il complesso degli obblighi caratterizzanti la situazione debitoria. Non a caso, il successivo art. 1177 c.c. precisa che il contenuto dell'obbligazione di consegnare non è limitato alla dazione, comprendendo altresì il dovere di custodia del bene sino alla consegna. Del pari, quando si afferma l'onere del creditore di collaborare nell'adempimento, sotto pena di incorrere nella mora accipiendi ai sensi dell'art. 1206 c.c., si intende che tale cooperazione — pur non costituendo parte del contenuto dell'obbligazione in capo al debitore — è imprescindibile ai fini dell'attuazione del rapporto. «Tanto significa che l'adempimento, apprezzato [...] nel suo risultato, comprende anche l'attività di cooperazione del creditore» (così, DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 353). Ancora, la responsabilità del debitore per il fatto degli ausiliari, di cui all'art. 1228 c.c., opera con riguardo a tutte le fasi esecutive e, dunque, anche in relazione alle attività prepedeutiche o strumentali all'adempimento in senso proprio. Lo

Ecco che, allora, in questa prospettiva, l'antecedente causale del rapporto eziologico oggetto di indagine non può essere riduttivamente identificato nell'omissione in sé stessa considerata, la quale si inserisce invece nel più ampio contesto della condotta costituente inadempimento dell'obbligazione (*rectius*: inattuazione del rapporto obbligatorio)<sup>37</sup>.

Se così è, non sembra condivisibile l'introduzione — ad opera della sentenza in commento — di una pretesa "valutazione controfattuale ipotetica" che, di fatto, addossa al paziente l'onere probatorio (potenzialmente assai gravoso) di dimostrare che, in caso di corretta informazione, egli avrebbe rifiutato l'intervento terapeutico. Come è stato anche recentemente riaffermato, d'altronde, il nesso causale «deve sussistere non già tra l'errore e il danno, ma tra la condotta ed il danno»<sup>38</sup>, con la conseguenza che è opportuno tenere logicamente ben distinti i profili della responsabilità: altro è l'accertamento del fatto e della sua rimproverabilità, altro è la valutazione del nesso causale tra il fatto e il pregiudizio che ne consegue.

In sostanza, il nesso di causalità deve essere individuato nella relazione probabilistica concreta tra la condotta del medico (*id est*: l'esecuzione dell'intervento in difetto di consenso) e l'evento dannoso che ne sia conseguito. Il relativo accertamento<sup>39</sup> «si distingue dall'indagine diretta all'individuazione delle singole conseguenze dannose (finalizzata a delimitare, a valle, i confini della già accertata responsabilità risarcitoria)»<sup>40</sup>.

All'ultima delle tematiche accennate — vale a dire quella concernente il danno risarcibile — si dedicherà il paragrafo, conclusivo, che segue.

##### 5. Osservazioni conclusive. Danno risarcibile e compensatio lucri cum damno.

Beninteso, l'esigenza che la Corte mira a salvaguardare nella pronuncia in discorso è chiara e, tutto sommato, condivisibile: si tratta di circoscrivere l'area del danno risarcibile in guisa tale da assicurare ristoro sol-

tanto ai pregiudizi effettivamente cagionati dall'atto medico colpevole. Sgombrando il campo dagli equivoci che alcuni arresti giurisprudenziali avrebbero potuto ingenerare<sup>41</sup>, infatti, l'intento è quello di chiarire che debbono restare a carico del paziente le conseguenze che costituiscano ordinario sviluppo della sua patologia o siano comunque altrimenti inevitabili.

Il percorso logico seguito non è, tuttavia, condivisibile per le ragioni sin qui illustrate.

Del resto, se il *punctum dolens* è rappresentato dalla quantificazione dei danni, è su tale piano — e non su quello, tutt'affatto distinto, dell'accertamento della responsabilità — che debbono essere affrontate e risolte le problematiche ad essa correlate, mediante la corretta identificazione dei pregiudizi effettivamente risarcibili.

Sotto questo profilo, va anzitutto sottolineato che, secondo le regole generali, il creditore non può ottenere dal risarcimento vantaggi superiori a quelli in cui consisteva la sua situazione precedente l'inadempimento e non sono risarcibili i pregiudizi cui il danneggiato sarebbe stato comunque esposto<sup>42</sup>.

È chiaro, pertanto, che non possa trovare ristoro la diminuzione dell'integrità fisica inevitabilmente determinata da un intervento demolitorio che si riveli obiettivamente necessario (si pensi all'asportazione — tipico il caso di patologie oncologiche — di tessuti irrimediabilmente compromessi). Una paziente sottoposta, senza consenso, ad isterectomia per un tumore in stadio avanzato non potrà, dunque, vedersi risarcire il danno alla salute conseguente alla privazione dell'utero, giacché ella sarebbe stata destinata in ogni caso a perdere tale organo (senza alcun bisogno di indugiare in "accertamenti controfattuali" circa l'ipotetica volontà che avrebbe assunto in caso di corretta informazione).

D'altra parte, le conseguenze dell'atto medico debbono misurarsi con la complessiva situazione clinica di chi lo sopporta, sì che non può ravvisarsi pregiudizio alla salute là dove l'intervento chirurgico, eseguito *lege artis* (pur senza consenso) al fine di contrastare una

stesso dovere di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., d'altronde, implica l'opportunità di effettuare un apprezzamento globale del rapporto obbligatorio, quale luogo di convergenza di situazioni giuridiche composite, ove si intrecciano diritti, poteri e facoltà, ma anche doveri, obblighi e oneri. Esso rimanda, poi, inequivocamente — pur senza rappresentarne una sterile riproduzione — all'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, che attiene alla «complessiva attività che segue alla conclusione del contratto e che si colloca appunto nella fase di svolgimento di esso» (DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., 354 e seg.; v. anche ID., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, specialmente 183 e segg.).

<sup>37</sup> Lo rilevava già SALVI, voce "Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)", cit., 1191: «L'obbligazione tende a presentarsi non più come rapporto elementare (limitato alla prestazione dovuta in senso stretto), ma come struttura complessa, caratterizzata da una serie di obblighi accessori, coordinati al primo in un nesso funzionale unitario [...]». Dal che l'Autore trae la conferma, circa i rapporti tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale, che «La tradizionale distinzione, fondata sull'alternativa tra il generale divieto di *alterum laedere* e l'esigenza di rispettare un obbligo specifico nei confronti di un soggetto predeterminato, sembra dunque sfumare; e l'estendersi di zone di confine [...] induce a dubitare tanto del valore concettuale, quanto dell'opportunità legislativa della distinzione». La netta demarcazione tra le due figure risulta, oggi, ulteriormente indebolita dal definitivo abbandono dell'espedito costituito dal

cd. cumulo di azioni (per responsabilità civile e contrattuale), cui si soleva ricorrere per vedersi liquidare il danno non patrimoniale da inadempimento (cfr., in proposito, Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, tra l'altro in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, 2, 499).

<sup>38</sup> Così, Cass., Sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corriere Giur.*, 2009, 12, 1653 (in motivazione, alla fine del punto 7.2), con nota di BONA, "Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici progressi della vittima, la quale ha altresì soggiunto: «In tema di responsabilità civile il giudice di merito [...] deve accertare separatamente dapprima la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e l'evento di danno, e quindi valutare se quella condotta abbia avuto o meno natura colposa o dolosa» (nello stesso senso, Cass., Sez. III, 26 giugno 2007, n. 14759, in *Foro It.*, 2008, 10, 2961).

<sup>39</sup> Da condurre secondo l'ormai trita formula del "più probabile che non" (cfr., da ultimo, Cass., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16123, in *Corriere Giur.*, 2010, 11, 1424).

<sup>40</sup> Letteralmente, Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 2, 323, con nota di LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del "più probabile che non"?*

<sup>41</sup> Cfr., ad esempio, Cass. III, 14 marzo 2006, n. 5444, cit. in nota 4.

<sup>42</sup> VISINTINI, *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 42 e segg.

determinata patologia, l'abbia effettivamente risolta e abbia perciò comportato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, lungi dal determinarne una compromissione dell'assetto funzionale<sup>43</sup>.

In ogni caso, quand'anche dall'intervento siano derivati tanto la risoluzione della patologia (e il conseguente miglioramento delle condizioni di salute relativamente a tale aspetto), quanto una contestuale lesione dell'integrità sotto altro profilo (ad esempio, per il verificarsi di rischi connaturali all'operazione eseguita), la liquidazione del pregiudizio alla salute — da compiersi, naturalmente, con valutazione equitativa ex art. 1226 c.c. — andrebbe effettuata tenendo in considerazione non già la sola lesione procurata, bensì la complessiva variazione dell'integrità fisica del paziente. Invero, laddove al medesimo atto illecito (l'intervento eseguito in difetto di consenso) conseguano in via diretta e immediata sia un beneficio sia un danno per l'integrità del paziente, risulterebbe ingiustificato — a prescindere, vale la pena di ripetere, da "valutazioni controfattuali ipotetiche" — liquidare integralmente la perdita determinata dal danno senza considerare il vantaggio connesso al beneficio.

Il principio generale della *compensatio lucri cum damno*<sup>44</sup>, infatti, impone la necessità di una valutazione comparativa tra la situazione precedente l'atto sanitario e quella ad esso successiva, di guisa che soltanto se — e nella misura in cui — sia ravvisabile un effettivo peggioramento delle condizioni generali del paziente potrà dirsi esistente un danno alla salute. Così, per tornare al caso esaminato dalla pronuncia in commento, il danno alla salute sofferto dal soggetto cui sia stato praticato un intervento chirurgico per cataratta con asportazione del cristallino (non preceduto, tuttavia, da un consenso consapevolmente prestato per difetto di informazione sui connessi rischi), non può essere

commisurato esclusivamente alla compromissione causata dall'insorgenza di una cheratite corneale bollosa (costituente realizzazione dei suddetti rischi). In realtà, le conseguenze negative delle complicanze verificatesi debbono essere temperate con quelle utili determinate dalla pur corretta esecuzione dell'operazione, ai fini della determinazione di un "valore assoluto" di variazione dell'integrità psico-fisica, che dovrà guidare il giudice nella liquidazione equitativa del pregiudizio alla salute.

Vale la pena di precisare, ad ogni modo, che risulta sovente assai arduo discernere — nel novero dei pregiudizi conseguenti a un atto sanitario eseguito in difetto di consenso — quelli effettivamente riconducibili alla violazione del diritto all'integrità psico-fisica, all'autodeterminazione ovvero ad altri interessi di rilevanza costituzionale. Invero, il paziente operato per un carcinoma alla prostata, destinato con grande probabilità a soffrire per tutta la vita di impotenza e incontinenza, subisce una lesione che si ripercuote inevitabilmente su molteplici aspetti della sua sfera personale, ivi inclusi il profilo sessuale e quello relazionale.

Non a caso, la stessa decisione in commento prende in considerazione «il caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare (*rectius*: scongiurare)<sup>45</sup> nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere». Pur rivolgendosi (in una esemplificazione dichiaratamente non esaustiva)<sup>46</sup> ad aspetti estranei alla salute strettamente intesa<sup>47</sup>, si tratta, invero, di riconoscere il predominio della libertà individuale e, conseguentemente, di affermare la risarcibilità — con le limitazioni sopra precisate — di ogni danno conseguente alla sua violazione diretta o indiretta.

Del resto, la necessità di una liquidazione unitaria del danno non patrimoniale si rivela in linea con l'insegnamento giurisprudenziale — ormai solo relativamente

<sup>43</sup> Proprio sulla scorta di tale argomentazione, Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, cit., ha escluso che possa integrare il delitto di lesioni la sottoposizione del paziente ad intervento diverso da quello per cui era stato prestato il consenso (conclusosi tuttavia con esito fausto). Il miglioramento delle condizioni di salute complessivamente derivate, infatti, esclude — sotto il profilo penale — che possa dirsi realizzato l'evento "malattia" di cui all'art. 582 c.p., così come impedisce — sotto il profilo civile — la configurabilità di un danno alla salute. Rilevava già, condivisibilmente, GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, 2, 377: «Invero, come la malattia è un processo patologico e non una mera alterazione anatomica, così la salute è una condizione dinamica, che può essere addirittura favorita da atti medici produttivi di alterazioni anatomiche, anche irreversibili. In breve: indipendentemente dalla circostanza che il medico agisca con il consenso del paziente o meno, un atto medico oggettivamente migliorativo della condizione di salute di chi lo subisce non può considerarsi causa di una malattia e, conseguentemente, non può integrare il reato di lesione personale per mancanza di un suo requisito costitutivo, espressamente richiesto dall'art. 582 c.p.».

<sup>44</sup> Principio davvero singolare, come ricorda FRANZONI, *op. cit.*, 795, se è vero che «dottrina e giurisprudenza vi ricorrono con estrema frequenza, nonostante nessuna norma del codice civile espressamente lo preveda». V. anche VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, cit., 636.

<sup>45</sup> A ben vedere, tale formulazione, che si legge al punto 3.2 della parte motiva, è il frutto di un refuso: si tratta di assicurare ristoro ai pregiudizi, collaterali all'intervento, che il paziente — nell'ambito della scelta a lui solo riservata — avrebbe preferito evitare e non già sopportare (ché se invece preferisse sopportarli non avrebbe interesse ad alcun risarcimento).

<sup>46</sup> Che contempla il riconoscimento della tutela risarcitoria «a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perché in contrasto con la propria fede religiosa [...], quand'anche gli si sia salvata la vita praticandogliela», ovvero a chi si trovi a sopportare un «acuto o cronico dolore fisico [...] nel caso in cui la scelta del medico di privilegiare la tutela dell'integrità fisica del paziente o della sua stessa vita, ma a prezzo di sofferenze fisiche che il paziente avrebbe potuto scegliere di non sopportare, sia stata effettuata senza il suo consenso», o ancora «il diritto al risarcimento per la lesione derivata da un atto terapeutico che abbia salvaguardato la salute in un campo a discapito di un secondario pregiudizio sotto altro pure apprezzabile aspetto, che non sia stato tuttavia adeguatamente prospettato in funzione di una scelta consapevole del paziente, che la avrebbe in ipotesi compiuta in senso difforme da quello privilegiato dal medico», oltre al «turbamento ed alla sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate».

<sup>47</sup> Salvo voler aderire alla concezione — utopisticamente propugnata dall'Organizzazione mondiale della sanità — della salute come «stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia».

recente — secondo cui tale figura rappresenta una categoria generale<sup>48</sup>, non suscettiva di distinzioni o partizioni se non a scopo meramente descrittivo. Trova conferma, in quest'ottica, l'inopportunità della perentoria scissione tra lesione alla salute e lesione all'auto-determinazione, prospettata dalla pronuncia sin qui esaminata.

La quantificazione omnicomprensiva dei pregiudizi di cui all'art. 2059 c.c., peraltro, risponde sì all'esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie, ma deve conciliarsi con la constatazione che il danno non patrimoniale deve essere liquidato in maniera integrale ed esaustiva, sì che «il giudice avrà l'obbligo di scandagliare — ovviamente *iuxta alligata et probata* — tutte le ripercussioni che l'illecito ha avuto sulla persona lesa, nessuna esclusa»<sup>49</sup>. Sotto questo profilo, allora, emerge ancora una volta l'esigenza di un giudizio fortemente personalizzato che — pur non potendo prescindere dal necessario ricorso ai *barèmes* medico-legali<sup>50</sup> — sia inteso a cogliere le effettive peculiarità della vicenda concreta *sub iudice*, valorizzandone i fattori specifici e, in particolare, quelli singolari, inusuali od anomali. Ma tale ultima osservazione evoca problematiche, di portata tutt'altro che settoriale<sup>51</sup>, le quali meriterebbero ben altra attenzione.

GABRIELE CHIARINI


## MANCATO RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE UE

TRIBUNALE TORINO, IV SEZIONE, 3 maggio 2010, n. 3145 — DOTTA Giudice — T.A. (avv.ti Commodo, Bona, Bracciani) - Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avv. Gen. Stato).

**Unione europea — Diritto dell'Unione europea — Mancato recepimento delle direttive UE — Risarcimento dei danni — Obbligazione ex lege dello Stato** (Trattato CE art. 249, comma 3).

*In caso di omissis o tardivo recepimento da parte del legislatore italiano delle direttive UE, sorge il diritto, in capo ai cittadini danneggiati, al risarcimento dei danni*

*che va ricondotto allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato* (1).

 **Omissis.** — Nel merito: Accertare e dichiarare la responsabilità civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri pro tempore, per la mancata e/o non corretta e/o non integrale attuazione, nella specie a danno di T.A. della Direttiva 2004/80/CE e, più nello specifico, della norma ivi contenuta che dal 1° luglio 2005 impone agli Stati membri dell'Unione Europea di garantire “adeguato” ed “equo” ristoro alle vittime di reati violenti ed intenzionali impossibilitate a conseguire dai loro offensori il risarcimento integrale dei danni subiti e patendi;

Conseguentemente dichiarare tenuta e condannare la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri pro tempore, al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali (moralì, biologici, esistenziali), tutti subiti e patendi da T.A. a causa e per effetto dei reati violenti ed intenzionali commessi contro la sua persona il 16 ottobre 2005, nella misura accertanda in corso di causa (comunque equa ed adeguata), con rivalutazione monetaria e interessi, anche compensativi, dal fatto al soddisfo. — **Omissis.**

Conclusioni di parte convenuta: “Rigettarsi la domanda ex adverso proposta perché infondata. Con vittoria delle spese di lite”.

**Motivi di fatto e di diritto:** 1. L'attrice T.A. cittadina rumena ha proposto il presente giudizio nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri per vedere accertato l'inadempimento dello Stato italiano rispetto agli obblighi imposti dalla Direttiva 2004/80/CE del 29.4.2004 avente ad oggetto il risarcimento delle vittime di reati violenti ed intenzionali.

Assume l'attrice che lo Stato italiano, nonostante gli inviti e malgrado la procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea avanti la Corte di Giustizia CE nel gennaio 2007, conclusasi con la condanna dell'Italia con sentenza resa in data 29.11.2007, ad oggi non ha ancora attuato la tutela rimediata risarcitoria, tutela che il legislatore comunitario ha imposto agli Stati membri a partire dal primo luglio 2005 a beneficio delle vittime di reati violenti intenzionali.

Sostiene invero l'attrice di rientrare nella predetta categoria in quanto nell'ottobre del 2005 fu sequestrata, picchiata e stuprata per un'intera notte da due ragazzi, come accertato dal Tribunale penale di Torino con sentenza n. 1828/2008.

Assume che la condotta inadempiente dello Stato è tanto più grave in quanto il medesimo era già inottemperante rispetto alla Convenzione Europea sul risarcimento delle vittime di crimini violenti del Consiglio d'Europa del 1983, non ratificata dall'Italia.

<sup>48</sup> È appena il caso di rinviare alle storiche sentenze di Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26974, tra l'altro in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 1, 38.

<sup>49</sup> Così, ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle Sezioni Unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, 2009, 949.

<sup>50</sup> Cfr., in tal senso, ROSSETTI, *op. cit.*, 952, il quale condivisibilmente rileva: «Il giudice di merito [...] deve fare i conti [...] anche con l'efficienza che deve garantire nell'amministrazione della giustizia: efficienza che è garantita anche — tra le altre cose — da una ragionevole probabilità delle decisioni giudiziarie. Ora, affidare la ponderazione delle sofferenze soggettive a una valutazione soggettiva variabile caso per caso è scelta che incrementerebbe la proclività alle liti. Quando infatti le parti non possono formulare alcun serio pronostico sulla decisione del giudice sono più inclini a rifiutare proposte transattive: l'una sperando che il giudice sarà generoso nella liquidazione, l'altra fidando all'opposto in un atteggiamento rigoroso. Tuttavia in materia di risarcimento del danno alla salute l'ultima cosa di cui si ha bisogno è un incremento della litigiosità, già molto alta e non sempre in buona fede».

<sup>51</sup> Sulla centralità del “fatto” nell'esperienza giuridica, v. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 3 e segg.; DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 21; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 33 e seg.; IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 77; SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954, 353 e segg.; CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell'esperienza giuridica*, Macerata, 1929, 418 e 428 e segg.; sull'importanza del momento fattuale nell'interpretazione e nella qualificazione (intesi quali aspetti inscindibili di un procedimento conoscitivo unitario), cfr., soprattutto, PERLINGIERI, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005, 188 e segg.; v., altresì, CESARINI SFORZA, *Ex facto ius oritur*, estratto dagli *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena, 1930, 9, il quale ritiene addirittura “lapalissiana” la constatazione che «occorre conoscere perfettamente il fatto, occorre che esso sia accertato in tutti i suoi aspetti od elementi, perché dal fatto dipende l'applicazione del diritto, ossia il diritto varia col variare del fatto».