

Studio legale Chiriaco & Associati

Via Rembrandt n. 47

20147 MILANO

Telefono 02 45471110 e – mail: chicoass@virgilio.it Fax 02 45471108



CENTRO
STUDI
MARANGONI

Consulenza e Formazione Europea

Milano, via Larga n. 31

CONVEGNO

16 marzo 2005

TEMA CONVEGNO

**Sperimentazione, terapia, consenso informato e
determinazione del danno**

Intervento di:

avv. Paolo Vinci

Studio Legale Chiriaco & Associati – Milano

www.paolovinci.it

sul tema

Brevi riflessioni conclusive:
Danno non patrimoniale da carenza di informazione

PARTNERSHIP

STUDIO LEGALE

Avv. Alberto MARINO

Via Sammartino n. 4 90141 PALERMO

Telefono 091 580922 Fax 091 580143

STUDIO LEGALE

Avv. Paolo VINCI & C.

Via F.lli de Jatta n. 24 – 73052 Parabita (LE)

Telefono 0833 509963 Fax 0833 518263

e – mail: studiomarino@libero.it

Partita iva 00365890821

address htt : www.paolovinci.it

e – mail: paolovinci@virgilio.it

Partita iva 03368080754

DANNO NON PATRIMONIALE DA CARENZA DI INFORMAZIONE

a) Premessa

Con il sintagma “*responsabilità medica*” si intende quell’aspetto di tutela della salute del cittadino in relazione ai rischi che lo stesso corre allorché si sottopone ad un trattamento sanitario, intendendosi per tale qualunque attività volta a prevenire e curare il suo stato di malattia.

Tutta la giurisprudenza e la dottrina in materia ruotano attorno al rapporto medico - paziente.

La responsabilità professionale del medico si riconduce a quell’obbligazione che egli assume nei confronti del cliente di eseguire una determinata prestazione medico chirurgica che si estrinseca in tre momenti: la diagnosi, la scelta della terapia e la sua attuazione.

La peculiarità della professione medica sta proprio nell’azione che esplica il professionista: incide sull’integrità psicofisica del paziente e, quindi, trattandosi del bene primario ed assoluto per autonomia, da rispettarsi comunque ed in ogni frangente, richiede – e sostanzialmente ha - cautele e rimedi giurisdizionali inequivocabili.

Quindi, in presenza di interventi medici, oltre all’obbligo fondamentale di compiere una prestazione scevra da errori e professionalmente ineccepibile, il medico ha soprattutto quell’obbligo di rispettare il principio del “consenso informato”, obbligo resosi sempre più indispensabile nell’ultimo decennio con la rottura del patto sociale tra medico e paziente.

Non v’è dubbio, infatti, che ormai si sia definitivamente rotto quel “feeling” fra medico e paziente, quest’ultimo molto spesso mosso da “*vis compulsiva predatoria*”. Ne consegue che oggi per espletare detta professione, occorre accettare un ragionevole livello di rischio la cui soglia si è elevata in modo esponenziale. Molteplici sono le ragioni: la maggiore efficienza dell’attività medica che, nelle sue manifestazioni ha guadagnato in efficienza e precisione, grazie al progresso tecnologico che ha prodotto l’aumento delle patologie curate dai sanitari (oggi si curano anche le più gravi) e quindi l’evoluzione dei mezzi di cura e diagnosi; l’attività di sensibilizzazione costante delle associazioni a difesa dei diritti del malato; la maggiore presa di coscienza dei propri diritti da parte del cittadino;

l'allungamento della vita media dell'uomo; la pressione dei mass – media; non ultimi, la stessa evoluzione del concetto e delle funzioni della responsabilità civile e, soprattutto, come già accennato, l'istinto predatorio, poco apprezzabile sul piano morale e deontologico, di molti addetti ai lavori, che, in presenza di enti e compagnie assicurative tenute a risarcire ed in grado di soddisfare esigenze economiche, incardinano giudizi civili spesso infondati, quasi sempre dal petitum lievitato in modo esponenziale.

In Italia, i medici si sono organizzati creando l'A.M.A.M.I., associazione dei medici accusati ingiustamente di malpratiche, che combatte battaglie foriere di novità importanti sul piano strettamente giuridico, quale ad esempio quella della c.d. clausola arbitrale. O come A.R.I.T.M.I.A., di recente sorta a Milano - e di cui certamente se ne parlerà a lungo – che si propone di assistere i medici nel corso del loro periglioso e spesso, per tutte le implicazioni e lungaggini che comporta, drammatico travaglio giudiziario.

Ma questi, sebbene affascinanti, sono argomenti che vanno sceverati in altri ambiti congressuali ma che, in questa sede, meritavano un accenno proprio per la loro atipicità ed importanza.

* * *

b) Gli obblighi del medico: l'obbligo della comunicazione

Tornando al tema del dibattito, memori della circostanza che oggi al medico è richiesta, rispetto al passato, una maggiore professionalità unitamente al maggiore “impegno amministrativo e burocratico” e, comunque, indubbiamente maggiore versatilità e comunicatività, si può affermare che gli obblighi fondamentali a carico del medico sono due: 1) Il primo, è quello di informare il paziente in modo chiaro ed esaustivo sulla natura e sui rischi dell'intervento; 2) il secondo, è quello di eseguire una prestazione professionalmente corretta e diligente.

Sorvoleremo in questa sede su quest'ultimo, pur fondamentale, aspetto, proprio per non uscire fuori dal tema, interessantissimo, di questa tavola rotonda. Quindi, limiteremo l'analisi, peraltro breve, sull'obbligo di informazione che costituisce il c.d. “consenso informato”.

Ciò che è pacifico, comunque, è che l'obbligo per il medico di informare il paziente costituisce un elemento imprescindibile della sua attività, rigorosamente sanzionato.

Il consenso informato trae origini etiche prima che giuridiche e si è consolidato di recente, prendendo sempre più spazio. Ciò è accaduto con il veicolare da parte dell'attività sanitaria da un principio paternalistico che facultava il medico, sacerdote della salute, di agire per il malato a sua discrezione con l'unico “limite della scienza e coscienza” ad un altro principio, più evoluto e garantista per il paziente del c.d. “consenso informato”, che fa onere al medico di stipulare un contratto con il paziente che si sottopone alle sue cure.

In riferimento all'obbligo di informazione, l'evoluzione giurisprudenziale si è significativamente modificata negli ultimi decenni veicolando da un principio normativo che ancorava la responsabilità medica all'esistenza del reato di lesioni personali a quello attuale che non prescinde dal dovere di informazione e che dalla violazione di questo fa discendere, a cascata, tutta una serie di responsabilità in capo al professionista.

Il fondamento normativo della fattispecie lo si ha ancora nella **Carta Costituzionale all'art. 32**, coniato dai padri costituenti al fine di assicurare la piena ed effettiva tutela della salute degli individui, ma anche all'art. 13 e di recente, all'art. 2 Cost., con la tematica in chiara evoluzione, dei diritti della personalità; a queste norme-chiave sono collegate, da un lato disposizioni normative contenute nel codice civile tra le quali gli **artt. 2229 c.c.** e segg. (contratto d'opera), **2236 c.c.** (responsabilità del prestatore d'opera), **2232 c.c.** (esecuzione dell'opera), **2228 c.c.** (impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione dell'opera), **1256 c.c.** (impossibilità definitiva della prestazione per causa non imputabile al debitore e quindi conseguente estinzione dell'obbligazione contrattuale); **1218 c.c.** (mancata esatta esecuzione della prestazione dovuta e conseguente risarcimento del danno), **1325 e 1326 c.c.** (consenso medico-elemento fondamentale del contratto), **1418 c.c.** (nullità), **1427 e 1441 c.c.** (annullabilità) ovvero alcune leggi ad hoc, tra le quali **l'art. 4 L. 26.6.67 n. 458** (trapianto del rene tra viventi), **l'art. 14 L. 22.5.78 n. 194** (interruzione volontaria della gravidanza), **art. 33 1^a e 5^a c. L. 23.12.78 n. 833** (istituzione del Servizio Sanitario Nazionale), **art. 2 L. 14.4.82 n. 164** (rettificazione in materia di attribuzione di sesso) e più recentemente nell'**art. 5, 3^a e 4^a c. L. 5.6.90 n. 135** (prevenzione e lotta contro l'AIDS) e **artt. 29 e 34 Codice Deontologico della Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri** approvato il 25.6.95 ed altre più recenti. Non è questa la sede per sterili disquisizioni dottrinarie sulla applicabilità da caso a caso della casistica contrattuale o aquiliana, comunque la qualificazione della responsabilità, contrattuale o meno, non riveste alcuna importanza tanto che la stessa Corte di Cassazione, con la sentenza n. 7027 del 23.05.2001 ha esplicitato: *"qualora l'informazione sia mancata, in tutto o in parte, si avrà una responsabilità del sanitario colpevole dell'omissione, la quale sarà di natura contrattuale ovvero di natura extracontrattuale (precisamente: precontrattuale ex art. 1337 c.c.), a seconda che si ritenga che il difetto di informazione rilevi sul piano dell'inadempimento di un contratto già pienamente perfezionato, o su quello, semplicemente, delle trattative."*

Nell'ambito giurisprudenziale, invece, la fattispecie si presenta più frastagliata e meno lineare, tante sono le oscillazioni e le contraddizioni proprio perchè l'analisi della giurisprudenza di merito e di legittimità dell'ultimo quarto di secolo fa emergere un orientamento tutt'altro che unitario circa la natura della responsabilità del medico e della struttura ospedaliera.

Sin dall'epoca della sentenza **n. 1716/79 Cass.**, si stagliano tre figure di rapporti che hanno rilevanza giuridica: 1) quello contrattuale fra medico e struttura; 2) quello contrattuale altresì fra struttura e

paziente (prestazione d'opera professionale); 3) quello extra- contrattuale fra medico e paziente. Poi alcuni anni dopo, con la sentenza **n. 6707/87 Cass.**, il panorama si evolve e, pur definendosi contrattuale la responsabilità dell'ente, nella specie dovuta a carenze organizzative, non si escludono profili diversi (" la responsabilità dell'ente, anche nell'eventuale profilo aquiliano..."). Le sentenze **n. 2144/88** e **n. 589/99 Cass.** inaugurano una diversa prospettiva, dal momento che qualificano come contrattuali entrambe le responsabilità, teorizzando che si viene a creare un rapporto giuridico di natura pubblicistica nel momento in cui il privato fa richiesta di una prestazione e automaticamente produce per sé un diritto soggettivo ad ottenerla. La Suprema Corte, in tal modo, supera l'artificiosità di un orientamento che vedeva al contempo il medico sia "organo dell'ente e quindi in esso immedesimato, sia come terzo che lede in via aquiliana il diritto del paziente". Si assiste così alla creazione della natura atipica e composita del contratto di ospedalità. Uno spunto interessante è contenuto nella sentenza **n. 9705/97 Cass.** che, in un caso di mancata richiesta di consenso al trattamento, rinvia un'ipotesi di responsabilità contrattuale ritenendo il contratto d'opera già perfezionatosi al momento della fase preliminare di anamnesi e diagnosi precedente l'operazione. Il fatto che il consenso sia richiesto ai fini della liceità del trattamento, tuttavia, potrebbe lasciare immaginare che il perfezionamento avvenga solo con la sua prestazione, e che quindi o anamnesi e diagnosi sarebbero oggetto di un autonomo e distinto contratto, oppure attività preliminare alla stipulazione di quello "principale", con conseguente *culpa in contrahendo* e responsabilità aquiliana. L'opposta ricostruzione è sostenuta, a sua volta, da una molteplicità di sentenze: la **n. 8286/96 Cass.** che, richiamando l'**art. 2049 c.c.**, coinvolge la responsabilità dell'ospedale, individuando nella carenza organizzativa una ulteriore causa della responsabilità (seguita dalla sentenza **n. 9374/97 Cass.** che, ancora una volta, applica l'**art. 2043 c.c.** anche all'ente ospedaliero). Inizia così ad assumere rilievo giuridico l'inadeguata dotazione della struttura sanitaria. Parlo di oscillazioni giurisprudenziali ... La sentenza **n. 9911/98 Cass.**, invece, ritiene responsabile extra-contrattualmente l'ente solo nel caso in cui il danno sia causato da un fattore del tutto estraneo al rapporto contrattuale. Con la sentenza **n. 11743/98 Cass.**, non si precisa il titolo di responsabilità dell'ente, limitandosi tuttavia a ritenere tenuto ex art. 2043 c.c. il medico al risarcimento dei danni. Nelle recenti pronunce giurisprudenziali si attenuano, sul tema, le incongruenze dettate dalle profonde oscillazioni giurisprudenziali: viene ad emergere l'aumento nel ricorso alla figura della responsabilità contrattuale. Si fa luce la tendenza al superamento delle distinzioni fra i due tipi di responsabilità, tendenza che nel campo dell'attività medica è sempre stata molto forte. Lo strumento utilizzato per agevolare l'attrazione della responsabilità medica nell'ambito contrattuale è stato, fra gli altri, il cumulo, soprattutto improprio che si è reso possibile per l'identità delle parti nei rapporti debitore/creditore e danneggiato/danneggiante. Non v'è dubbio che i confini tra responsabilità contrattuale ed aquiliana, nello specifico, siano talmente labili da differenziarsi esclusivamente per il diverso termine prescrizione. La stessa sentenza **n.**

2750/98 Cass. ipotizza un cumulo di responsabilità sulla base di titoli diversi in capo al medico: aquiliana per lo specifico evento dannoso; contrattuale per il pregresso rapporto fiduciario. Proprio quest'aspetto è sottolineato dalla sentenza n. **6318/2000 Cass.** che precisa che l'eventuale rapporto professionale preesistente non si estingue *ipso iure* con il ricovero presso la struttura ospedaliera pubblica, soprattutto se di essa fa parte lo stesso medico curante. E' chiara la differenza con la sentenza n. **589/99 Cass.** che nega che la responsabilità del medico derivi dall'art. 2043 c.c. perché altrimenti sarebbe limitata all'ipotesi che dall'effettuazione delle cure mediche sia derivata una *reformatio in peius* del quadro clinico del paziente e che afferma che l'asserita natura contrattuale di detta responsabilità attiene esclusivamente al contenuto, non alla fonte.

L'obiettivo è quello di meglio tutelare il paziente rimasto vittima di *medical malpractice*, ma la strada prescelta non è quella di sostenerne la natura contrattuale solo richiamandosi a quella dell'ente gestore del servizio per poi appellarsi alla responsabilità diretta **ex art. 28 Cost.** Tale norma, infatti, rinvia alle leggi penali, civili ed amministrative per stabilire la natura della responsabilità, per cui tale richiamo sarebbe in pratica privo di contenuto. Con le sentenze n. **6318/2000, 4852/99, 7336/98 Cass.** si approfondisce il tema della dotazione inadeguata, sottolineando come costituisca violazione dell'**art. 1176, 2° comma c.c.** da parte del medico non aver "stornato" il paziente presso altra struttura, ove ciò sia possibile, nel caso in cui le lacune del nosocomio siano tali da metterne a repentaglio l'integrità fisica. Lo stesso dicasi per il medico di fiducia (per il quale il rapporto contrattuale con l'assistito non si estingue, come detto, con il semplice ingresso nell'ospedale) nel non aver informato il paziente delle carenze. In entrambi i casi si può parlare di imprudenza. La sentenza n. **6318/2000 Cass.**, in particolare, nega l'esclusione della responsabilità del sanitario a causa di carenze organizzative poiché il medico avrebbe dovuto porre in essere una condotta atta ad evitare il rischio.

Ma aldilà di questa rigogliosa e distonica giurisprudenza di legittimità, i Giudici di merito, palesemente confusi, non recepiscono il monito di sceverare le singole condotte incriminate, valutandole caso per caso, al fine di discriminare le differenti posizioni processuali. Accade di sovente che interi reparti medici vengano trascinati in giudizio, peraltro annoso, senza che siano valutate *ab initio* le singole condotte, in taluni casi scevre da responsabilità per la maggior parte dei sanitari costituenti il reparto. Ovvero accade che più reparti vengano incriminati senza alcun elemento di reità se non a capo di un singolo soggetto, magari di tutt'altro reparto.

Ciò che è pacifico, comunque, è che l'obbligo per il medico di informare il paziente costituisce un elemento imprescindibile della sua attività, rigorosamente sanzionato.

Quello del consenso informato è un obbligo che preesiste alla conclusione del contratto di formazione d'opera professionale, trovando il proprio fondamento sia nella norma costituzionale sia nella legge ordinaria. In tal senso, la Corte di Cassazione è stata chiarissima con una sentenza – modello, poi

confermata da tutte le pronunzie successive: **la n. 10014 della III Sezione Civile Suprema Corte, di data 25.11.94:**

“Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perchè violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) sia perchè tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l'intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall'art. 32 comma 2 della Costituzione, a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, quanto dall'art. 13 cost., che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica, e dall'art. 33 della l. 23 dicembre 1978 n. 833, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità (art. 54 c.p.)”.

L'informazione che il medico deve fornire al paziente deve contenere la natura e la portata dell'intervento, i rischi dello stesso, la percentuale verosimile di successo. In concreto, il paziente deve essere messo in condizioni di valutare i rischi prevedibili (quelli imprevedibili non hanno alcun rilievo, secondo l'antico principio giuridico dell'*id quod plerumque accidit*) e le alternative praticabili.

La violazione dell'obbligo di completa informazione espone il medico a responsabilità, nell'eventualità di insuccesso dell'intervento. Vi sono casi nei quali il dovere di informazione in capo al professionista è più ampio, in quanto l'informazione deve essere più esaustiva, costante e completa.

La Suprema Corte con la sentenza della III Sez. n. 364 del 15.01.1997 ha affermato che *“se le singole fasi assumono un'autonomia gestionale e presentano varie soluzioni alternative, ognuna delle quali comporta rischi diversi, il suo dovere di informazione si estende anche alle singole fasi ed ai rispettivi rischi”*.

Da questa massima si evince come oramai il consenso informato sia entrato nel DNA della giurisprudenza in tema di responsabilità medica e non è una mera convenzionalità ma la condicio sine qua non per condurre all'esecuzione di un atto in astratto non permesso (violazione dell'integrità psicofisica) in un atto consentito.

Il consenso, per essere valido ed efficace, deve essere in primo luogo portatore di un messaggio comunicato inequivocabile e particolareggiato che proviene dal medico. La stessa Cassazione con la sentenza n. 7027 del 23.05.2001 ha affermato che il consenso *“ non può provenire che dal sanitario che deve prestare la sua attività professionale. Tale consenso implica la piena conoscenza della*

natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibile e delle possibili conseguenze negative, con la precisazione, peraltro, che nel caso di interventi di chirurgia estetica, in quanto non finalizzati al recupero della salute in senso stretto, l'informazione deve essere particolarmente precisa e dettagliata".

Non v'è dubbio, infatti, che vada estrinsecato formalmente, confezionato su un documento sottoscritto. Se è vero che la forma scritta non è richiesta in via assoluta, essendo spesso sufficiente il comportamento concludente, ragioni di opportunità e di prudenza, la ritengono necessaria ai fini probatori. Si pensi ad un contenzioso nel corso del quale è necessario fornire la prova del consenso all'intervento medico: come potrebbe provarsi l'avvenuto onere del consenso senza una pezza giustificativa formale? Quindi, non si erra dal vero se si conclude che, la forma scritta è certamente la più adatta a provare l'avvenuta informazione da parte del medico al paziente.

E' chiaro, comunque, che il consenso deve essere prestato da persona capace di intendere e di volere, essendo escluso se manca all'origine la capacità. Si pensi ai casi del minore d'età, del paziente affetto da malattia mentale e, non ultima, anche la situazione cogente di emergenza.

Deve essere immune da vizi quali errore, dolo o violenza.

L'onere della prova del mancato assolvimento dell'obbligo di informazione completa ricadeva fino al 1997 sul paziente. La **Suprema Corte** in tal senso, con la **sentenza n. 10014 del 25.11.94**:

"Incombe sul paziente, che agisca in giudizio per ottenere l'affermazione di responsabilità del chirurgo estetico, l'onere della prova del mancato assolvimento del dovere di informazione da parte del professionista, ovvero che oggetto del contratto sia un determinato risultato".

Poi la Suprema Corte, ha letteralmente invertito l'onere della prova, ribaltando il principio. Con la sentenza n. 7027/01, ha disposto che *"nell'azione di adempimento, di risoluzione ed in quella risarcitoria, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, e non anche l'inadempienza dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto, salvo che non opponga l'eccezione inadimplenti non est adimplendum, nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare, provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta"*. Di fatto, l'onere viene ribaltato. In tal senso vi è stato anche l'avallo delle S.U. della Corte di Cassazione che con la sentenza n. 13533/01 (*"In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inadempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art.1460 (risultando in tal caso, invertiti i ruoli*

delle parti in lite, poichè il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per la mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento") ha di fatto suggellato che incombe su chi vuole ottenere il risarcimento del danno provare semplicemente l'inadempimento altrui, allegando il mancato consenso. Ipso facto ha ratificato definitivamente il principio.

In tema di chirurgia plastica, branca della medicina in assoluta evoluzione, nella quale, com'è noto, vi è, in capo al chirurgo, un obbligo non meramente di mezzo ma di risultato, l'obbligo di informazione costante e reiterata costituisce un'importanza assoluta. Fermo restando il dettato giurisprudenziale cui si è fatto cenno con le citate sentenze del Supremo Giudice di legittimità n. 364 del 15.01.1997 e n. 7027 del 23.05.2001, proprio di recente la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 18853 del 20.09.2004, ha ampliato, in sintonia con l'ultimo prolifico biennio giurisprudenziale in tema di danni non patrimoniali, la materia. Infatti, accogliendo il ricorso di una paziente che si era rivolta ad una clinica per una operazione di riduzione del seno, la Cassazione ha accolto la richiesta risarcitoria rimandando al giudice di merito competente per quantificare l'estaglio risarcitorio che non doveva più meramente essere la restituzione della somma pagata, ma anche comprensivo dei danni materiali e morali in ogni loro componente.

Si schiude, così, il dibattito in tema di risarcimento del danno da mancato consenso ed in genere di risarcimento del danno non patrimoniale.

* * *

c) Brevi conclusioni sul consenso informato

Non v'è chi non veda che la dottrina giuridica sul tema è insufficiente. Anzi, spesso, dannosa per il medico. Quanto il chirurgo rispetta anche pedissequamente la legge sul consenso informato finisce col ricorrere ad una ritualistica forma di comunicazione finalizzata esclusivamente a precludergli danni legali futuri. Ma il medico, obiettivamente, con la situazione attuale che lo penalizza sotto ogni profilo, deve essere giustificato allorquando individua nel paziente un "nemico" pronto a colpirlo allorquando non è stato nei suoi confronti un "taumaturgo". E la disciplina sul consenso informato diviene, proprio per la sua non estrema chiarezza, un ricettacolo di potenzialità aggressive.

La legge deve avere il solo scopo di identificare ciò che è minimamente necessario nell'interazione tra medico e paziente, deve essere comprensiva delle esperienze di valutazione clinica e di disciplina

bioetica. Non deve mirare ad una “iperinformazione”, alla quale spesso sono ricorsi molti medici per scongiurare il rischio di ricevere una citazione in giudizio o, peggio ancora, un avviso di garanzia.

La legge, comunque, fornisce domande, dubbi e motivi controversi di dibattito. La dialettica sulla materia è tutta di qui a venire ed apre nuovi orizzonti e strade da percorrere.

* * *

IL DANNO NON PATRIMONIALE

d) Dal danno biologico (sent. n. 184/86 Corte Cost.) alla primavera del 2003

La sentenza N. 184/86 Corte Cost. (c.d. “sentenza Dell’Andro”, così divenuta famosa dal nome del relatore che la “confezionò”), delineando tre grandi voci di danno, il danno biologico, quello morale e quello patrimoniale, stravolse, all’epoca, l’universo risarcitorio apportando una vera e propria rivoluzione culturale con la istituzione della nuova figura del c.d. “danno biologico” o “danno alla salute”.

La Corte Costituzionale, pur ammettendo il principio del “cumulo” tra le tre voci di danno, sottolineò la necessità di evitare duplicazioni risarcitorie e sperequazioni inutili, pur rilevando che un evento dannoso può generare l’aggressione ad una pluralità di beni dell’individuo, quali la salute, il patrimonio, il suo perturbamento psichico. Il principio cardine contenuto nell’art. 1223 c.c. (il risarcimento deve essere integrale e comunque deve ripristinare la situazione in cui il danneggiato si trovava prima del fatto illecito), trovò, con quel perentorio monito innovativo della Consulta, il suo basilare suggello.

Nasceva, così, per la prima volta, la necessità di distinzione concettuale tra danno biologico e danno patrimoniale. Il primo, diveniva un danno immancabile e sempre risarcibile, non a caso definito dai giuristi “danno evento”; il secondo, veniva ad essere risarcito, a partire da quel momento, solo se ricorrente in concreto dopo rigorosa prova; veniva perciò definito “danno conseguenza”. Ma era un parto estremamente sofferto.

Le predette tre categorie di danno, determinatesi dalla citata sentenza costituzionale hanno, ciascuna, un presupposto medico-legale (rispettivamente la lesione personale, il danno biologico, l’invalidità temporanea e quella permanente specifica nonché la necessità di assistenza e di cure, il danno patrimoniale e: la sofferenza fisica e psichica, il danno non patrimoniale).

Quindi, prima di addentrarci nella qualificazione di questa categoria di danno, è doveroso, per evitare confusioni dottrinarie, stigmatizzarne, in breve, la natura ed i confini. Questo è definito, appunto, “danno evento” in quanto è in re ipsa, ricorrendo, come detto, per il sol fatto che si verifichi una lesione alla salute. Lo stesso danno morale, pur esso “danno evento”, era riconosciuto in tutte le ipotesi in cui il fatto lesivo veniva ricondotto ad una condanna colposa, al combinato disposto dell’art. 185 c.p. e 2059 c.c.. Il danno morale è dolore e sofferenza, appunto chiamato “pretium doloris”.

Il percorso dottrinario e giurisprudenziale del danno biologico non è stato facile. Né poteva essere altrimenti in un contesto dottrinario non ancora aduso al binomio danno patrimoniale – danno non patrimoniale. Del resto, se a distanza di diciotto anni dalla sua istituzione, il giudice di legittimità avverte ancora la necessità di stigmatizzare gli ambiti delle due categorie di danno patrimoniale e biologico e, soprattutto, la possibilità che le stesse per un medesimo evento lesivo possano cumularsi, ciò vuol dire che il dettato della Consulta prima di entrare nel Dna dei giuristi ha dovuto faticare non poco. A tal proposito, mi ha colpito, fra le tante, la sentenza n. 3867 del 26.02.2004 della III sezione civile della Cassazione, che afferma (circostanza che dovrebbe essere pacifica e nota a tutti), *“ che tra lesione della salute e diminuzione della capacità di guadagno non sussiste alcun rigido automatismo. Né consegue che in presenza di una lesione della salute, anche di non modesta entità, non può ritenersi ridotta in eguale misura la capacità di produrre reddito, ma il soggetto leso ha sempre l'onere di allegare e provare, anche mediante presunzioni, che l'invalidità permanente abbia inciso sulla capacità di guadagno”*.

Non ancora compiutamente recepita appieno la novità giurisprudenziale del danno biologico che la spinta propulsiva della dottrina – a dire il vero corroborata da obiettive ragioni sociali – poneva l'attenzione su tutta una serie di danni non patrimoniali suscettibili di valutazione e quantificazione. Si rilevava da più parti che oramai un'interpretazione risarcitoria subbietta al mero danno biologico appariva obsoleta e fuori luogo, comunque non in sintonia con quelli che erano gli aneliti propulsivi di una certa dottrina. Una parte di questa, con il conforto, pur raro, della giurisprudenza, lamentava che il solo binomio “danno patrimoniale – danno biologico” era disancorato dalla realtà dei tempi e frustrava sul nascere, con ogni preconstituita chiusura innovativa, il giusto ristoro risarcitorio del danneggiato in alcuni aspetti della vita quotidiana che non potevano essere sottesi e che non rientravano nella rigorosa fattispecie del predetto danno evento.

Il legislatore, da parte sua, aveva contribuito non poco a rendere più torbide le acque, dapprima con un reiterato silenzio (si intervenne una sola volta con una pessima proposta di legge in materia, la n. 291/1992, “picconata” dall'allora Presidente della Repubblica Cossiga), poi con la promulgazione di una legge in materia, la 57/01 che richiedeva più interventi costituzionali e, comunque, tratta (peraltro male) in tema di danno biologico, solo le micropermanenti.

In sostanza, il monito della Corte Costituzionale contenuto nella sentenza n. 184/86 di favorire un giusto e poliedrico risarcimento in tutti i tre aspetti stigmatizzati (biologico, morale e patrimoniale), evitando sperequazioni e duplicazioni non era servito a nulla. Su tutto il territorio nazionale si stagliava, inequivocabile, un panorama distonico di pronunce di giudici di merito in stridente contrasto con il dettato contenuto nella citata sentenza della Consulta, sia in senso limitativo con evidenti omissioni valutative, sia in senso opposto con ingiuste duplicazioni. Addirittura, vi era

disparità di opinioni dei giudici di merito spesso nello stesso tribunale, generando una situazione a pelle di leopardo.

Si versava, in sostanza, in quella situazione che Francesco Busnelli, con una delle sue note affermazioni felici, ha definito "di ingiustizia da anarchia del dopo principio", laddove per "principio", ovviamente, si intende il citato dettato costituzionale.

Ricordo che, invitato nel novembre 2001 a relazionare a Milano sulla legittimità costituzionale dell'appena promulgata legge 57/01, nel contesto dell'universo risarcitorio, conclusi rilevando che la materia in esame era talmente piena di incertezza da giustificare l'affermazione del 1742 di Ludovico Antonio Muratori tratta dal suo "Dei difetti della giurisprudenza": *"per la diversità degli intelletti o per l'artruso ripostiglio del giusto o dell'ingiusto, il mondo è sottoposto a tanta incertezza e varietà di giudizi"*.

Questo, in dottrina e giurisprudenza, lo stato dell'arte agli albori della primavera del 2003

Dottrina e giurisprudenza spingevano da tempo verso una globale e poliedrica rivisitazione dell'intera materia del danno risarcibile ed in particolar modo di quello del danno extrapatrimoniale. Lo sviluppo di idee, rigoglioso, aveva prodotto da un lato quel disordine dottrinario e giurisprudenziale al quale testè si è fatto cenno, dall'altro un forte anelito innovativo e la consapevolezza di percorrere quelle enormi praterie che il legislatore aveva colposamente lasciato inesplorate.

Già nel 2002, nella vexata complessità del danno non patrimoniale, vi erano stati segnali forti da parte della Corte di Cassazione. Con la sentenza n. 2515 del 21.02.2002, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, ribaltando letteralmente l'orientamento della III sezione civile, aveva statuito che *"non sussiste alcuna ragione logica o giuridica per negare la risarcibilità del danno non patrimoniale ove il soggetto offeso, pur in assenza di una lesione alla salute, provi di aver subito di un turbamento psichico"*. Era la c.d. sentenza di Seveso, giunta a ventisei anni di distanza dall'evento occorso in un giorno di una torrida estate del 1976. In sostanza, la Corte delibando definitivamente sulla vicenda, aveva ribadito il concetto già espresso in precedenza con le sentenze 10297/01 e 4186/98 che riconosceva il danno non patrimoniale ai prossimi congiunti dell'offeso da lesioni non mortali, comunque gravissime. Era un chiaro segno di radicale cambiamento ed al tempo stesso il segnale di guerra contro una staticità dell'istituto oramai mal sopportata. Ricito una felice espressione dell'amico Francesco Busnelli che sulla circostanza afferma testualmente: *"la lunga marcia del danno non patrimoniale, non ancora conclusa, trova una poderosa accelerazione nei chiaroscuri dell'estate 2003"*. Il riferimento è alle sentenze del maggio 2003 (chiosate, come vedremo, dalla Consulta con la sentenza n. 233 dell'11 luglio 2003), le quali, obiettivamente, ridisegnano il panorama risarcitorio del danno extrapatrimoniale. Le sentenze della Corte di Cassazione n.7281-7282-7283 del 12 maggio 2003 riconoscono i danni non patrimoniali anche nelle ipotesi di "colpa civilisticamente presunta" da cui l'autore del danno non si è liberato, semprechè il fatto, ricorrendo la colpa (provata), sarebbe qualificabile in astratto quale

reato. Solo alcuni giorni dopo, le sentenze della Corte di Cassazione n. 8827-8828 del 31 maggio 2003 danno una configurazione all'art. 2059 c.c. completamente più ampia riconoscendo la risarcibilità di tutti i danni alla persona non patrimoniali, indipendente dalla sussistenza di un reato. Il dogma del combinato disposto degli art. 2059 c.c. e 185 c.p. era definitivamente infranto.

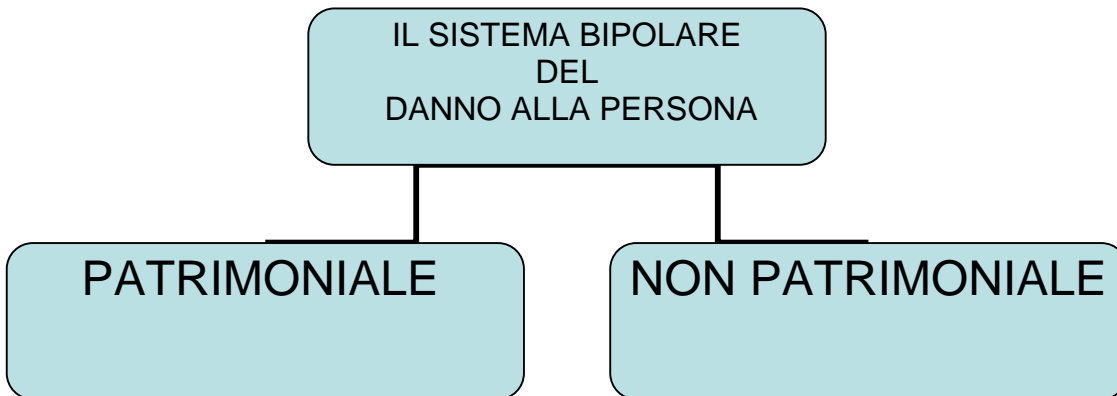
Le sentenze della Corte di Cassazione nn. 7283 del 12 maggio 2003 e soprattutto le sentenze c.d. "gemelle" del 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828, pronunciate dalla terza Sezione, indubbiamente contengono spunti pregevoli e profonde novità giurisprudenziali. Lo spirito innovativo contenuto nelle stesse viene, infatti, ben presto avallato completamente dalla Corte Costituzionale, che con la sentenza n. 233 dell'11 luglio 2003, ponendo un netto spartiacque tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, afferma, con riferimento alle citate sentenze della Corte di Cassazione, *"l'indubbio pregio, consistente nell'aver ricondotto ... a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona atteso che in esse viene prospettata con ricchezza di argomentazioni nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti la persona e di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona"*.

In primo luogo mi preme evidenziare il fermo monito, volto dai Massimi Giudici sia alla Corte di legittimità sia ai giudici di merito, a non riconoscere tutta una serie di risarcimenti quanto meno *stravaganti* (i c.d. "danni bagatellari").

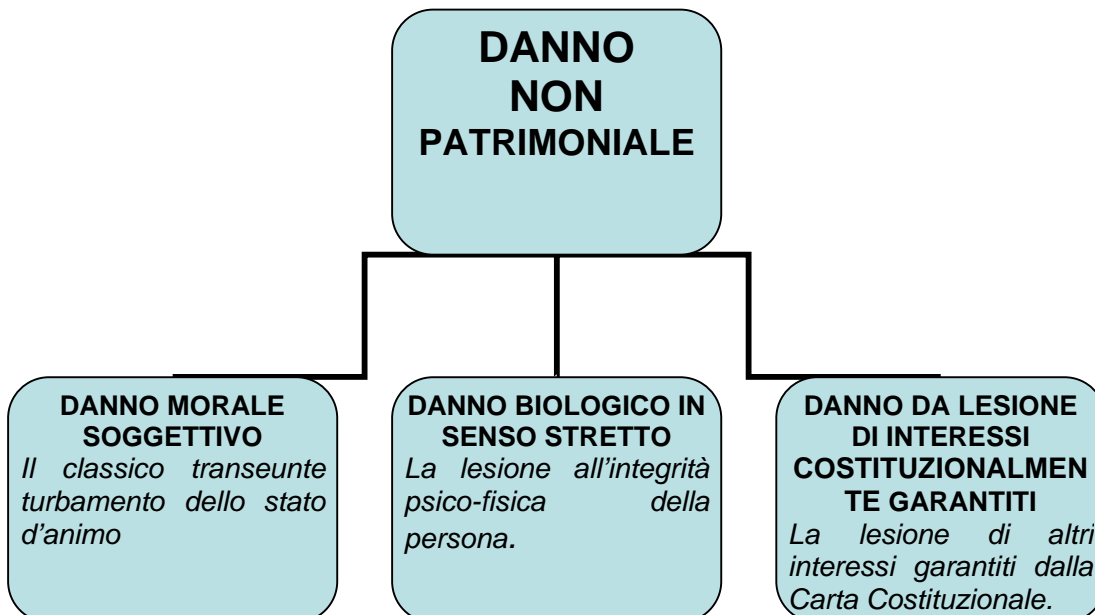
Mi parve chiaro, sin dal primo momento, che i giudici della Consulta si erano limitati supinamente a compiere un mero rinvio *per relationem* alle sentenze "gemelle" della Corte di Cassazione. Ma, sin da una lettura superficiale del testo, si evinceva che la sentenza della Corte Costituzionale non conferiva assoluta definitività al percorso tormentato del danno extrapatrimoniale, non disegnando "praterie di libertà", come qualche giurista ebbe a riferire.

Pur tuttavia, il prezioso monito che promana dal pronunciamento della Consulta non poteva essere sotteso, schiudendo un futuro dibattito giurisprudenziale e dottrinario. Certamente un nuovo riconoscimento ed una nuova definizione dei danni non patrimoniali era stata prospettata e, a partire da questo momento, tutti gli operatori di diritto, volenti o nolenti, dovevano tenerne conto.

A questo punto si delineava nell'alveo di un sistema bipolare del danno alla persona, così evidenziato



una chiara tripartizione del danno extrapatrimoniale o non patrimoniale.



Con le sentenze del maggio 2003, la Corte di Cassazione, in primo luogo aveva imposto una chiara lettura costituzionale all'art. 2059 c.c., il quale comunque usciva sotto certi aspetti rinfancato, dopo il

monito della Consulta avendo evitato l'abrogazione, da qualche parte, auspicata. Non v'è dubbio, infatti, che la pronuncia dei massimi giudici salvi l'art. 2059 c.c. dall'abrogazione.

La Corte, invece, aveva imposto una sua lettura costituzionale che si veniva ad estrinsecare mediante una lettura aggiornata che conduce ad un contenuto più ampio del danno non patrimoniale che inglobi tutte le varie voci. Si trasmigrava così da una sua lettura restrittiva ad una elastica e più ampia, scevra completamente dalla “*condicio sine qua non*” del fatto reato. La Consulta, comunque, aveva posto il limite del “rango costituzionale” degli interessi lesi, stroncando sul nascere qualunque speculazione sui piccoli danni (si pensi ai colpi di frusta) e sulle costanti aggressioni delle quali le compagnie di assicurazione sono spettatrici, a volte vittime, a difesa delle quali, come per i medici ingiustamente accusati di malpractice, occorre che, con estrema fermezza, ci si attivi e si professi, creando un vero e proprio “fronte del Piave”.

La fase giurisprudenziale successiva ai “*chiaroscuri dell'estate 2003*” è stata di assoluta aderenza a quel *diktat* della Consulta, come se tutti gli organi giudicanti della Penisola, di merito o di legittimità, si fossero posti in devota subiezione di quel rivoluzionario provvedimento (ripeto, un po'...supino rispetto alle precedenti pronunce del maggio da parte della Cassazione, queste veramente innovative).

La stessa Corte Costituzionale, con provvedimento successivi ha letteralmente blindato il concetto espresso con la **sentenza n. 233 dell'11 luglio 2003**.

Ho estrapolato un'**ordinanza** particolarmente significativa, la **n. 58 del 13 gennaio 2005**, con la quale la Corte, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. promosso con ordinanza del 3 marzo 2004 dal Tribunale di Ancona, sezione distaccata di Jesi, con cui era stato sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 28 e 97, 1° comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. nella misura in cui preclude la risarcibilità del danno non patrimoniale nascente da un fatto che non corrisponde neppure alla soglia minima per la risarcibilità individuata da Corte Cost. n. 233/03, e cioè ad una “fattispecie astratta di reato” ha sancito la “*manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 del codice civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 28 e 97, primo comma, della Costituzione sollevata dal Tribunale di Ancona, sezione distaccata di Jesi*”, sul presupposto che il dubbio del ricorrente “*in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 28 e 97, primo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 2059 del codice civile*” è infondato e privo di pregio, “*in quanto preclude la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da un fatto non corrispondente ad una fattispecie almeno astratta di reato, muovendo lo stesso ricorrente dalla premessa interpretativa secondo la quale tale preclusione deriverebbe, in buona sostanza, dal diritto vivente, ed in particolare dalla sentenza di questa Corte n. 233/03 che avrebbe, a suo avviso, individuato nella sussistenza di una fattispecie astratta di reato la «soglia minima per la risarcibilità» del danno non patrimoniale; che siffatta lettura della citata n. 233/03 è peraltro palesemente erronea, atteso che, in quella occasione, la Corte si è pronunciata – con sentenza interpretativa di*

rigetto – riguardo alla sola questione della risarcibilità del danno non patrimoniale, in conseguenza di fatto riconducibile ad una fattispecie astratta di reato, allorché la colpa sia presunta e non positivamente accertata, restando estranea alla suddetta pronuncia qualsiasi considerazione riguardo alla più generale problematica riguardante i limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale; che, per altro verso, il ricorrente si mostra esplicitamente consapevole dell'esistenza di un orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828) secondo cui il danno non patrimoniale è sempre risarcibile, anche a prescindere dal limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 del codice penale, allorché vengano in considerazione – come, a suo avviso, accadrebbe nel giudizio a quo – valori personali di rilievo costituzionale...”

In questa ordinanza, la Corte di legittimità, oltre a ribadire il principio già manifestato nelle sentenze gemelle degli “*interessi di rango costituzionale*”, ripropone ancora una volta il tema della assoluta costituzionalità dell'art. 2059 c.c. e, ove occorresse, reitera la sua legittimità indipendentemente dall'esistenza o meno di un reato.

Sebbene siano stati definiti “*supini*” agli aneliti innovativi, in tema di danno non patrimoniale, che promanavano dalla Corte di Cassazione, oggi, i massimi giudici non possono essere accusati, certamente, di mancanza di coerenza. Tutt'altro.

Altro esempio di coerenza è la sentenza **n. 2050 del gennaio 2004** con la quale la Corte di Cassazione prende una posizione netta e definitiva sul risarcimento del danno di interessi costituzionalmente garantiti e, soprattutto, “blinda” definitivamente il sistema della responsabilità del danno non patrimoniale. Nella stessa, testualmente si recita: “... *in definitiva il sistema della responsabilità per danno non patrimoniale è dotato di due filtri, quello dell'art. 2043 c.c. e, una volta superato questo varco, quello dell'articolo 2059 c.c. (casi previsti dalla legge, reato, lesione di diritti costituzionalmente protetti). E questo assetto, tra l'altro, garantisce un sufficiente grado di tipicità delle ipotesi di danno riparabile, venendo incontro ad un'altra preoccupazione espressa dalla dottrina. Si aggiunga, come possibile (e discusso) ulteriore criterio selettivo (peraltro non richiamato né dalla Corte costituzionale né dalla Cassazione), quello sostenuto da autorevole dottrina che richiede inoltre, come previsto da altri ordinamenti per i danni non patrimoniali, una gravità dell'offesa che giustifichi la riparazione.*

Insomma, ingiustizia del danno e valori costituzionali valgono sufficientemente a selezionare i danni meritevoli di tutela riparatoria, anche se provocati nell'esercizio di attività legittime (ma con conseguenze ingiuste) rispetto a quelli bagatellari . Sarà pur vero ... che con queste decisioni l'art. 2059 c.c. è stato tirato fuori dallo stanzino dei robivecchi, fatto oggetto di respirazione bocca a bocca, riverniciato completamente, salvato all'ultimo momento dalla rottamazione, ma ciò è avvenuto in un disegno complessivo di razionalizzazione del sistema della responsabilità civile nell'ambito di un processo che mostra una condivisibile tendenza alla tutela dei valori della persona anche quando i

pregiudizio subiti dalla medesima non abbiano risvolti economici, ma si risolvano nella lesione dell'integrità fisica e morale, degli interessi riguardanti gli affetti, i rapporti personali e familiari...”.

Dopo l'intervento pregnante della Consulta (pedissequo a quello della Cassazione), in effetti, vengono indubbiamente elevate sotto l'egida del termine “interessi di rango costituzionale inerenti alla persona” , senza più reticenze di sorta, tre partite generali di danno: il danno morale, il danno biologico e, appunto, il danno derivante da “lesione di interessi, inerenti alla persona, costituzionalmente protetti”. Tutto questo in un contesto bipolare danno patrimoniale - danno non patrimoniale tutt'altro che superato dalla pronuncia della Consulta; anzi, rafforzato.

L'intervento autorevole della Corte razionalizza, finalmente, il sistema del danno non patrimoniale, riconducendo a tre specifiche tipologie, uniche ed assolute:

- 1) il danno biologico;
- 2) il danno morale soggettivo derivante da reato, consistente nel perturbamento dello stato d'animo sofferto dalla vittima in conseguenza del fatto illecito (qui si schiuderebbe un lungo dibattito su quella categoria autonoma di danno che è il danno psichico, già da me ampiamente trattato in occasione del primo congresso nazionale di A.M.A.M.I. a Roma nel marzo 2004);
- 3) il danno non patrimoniale quale conseguenza di una lesione di “interessi di rango costituzionale”.

Null'altro! Al di fuori di questo, si brancola nel buio e riconoscere un altro diritto extrapatrimoniale vuol dire non applicare diritto e meno che mai giustizia.

Milano, 16 marzo 2005

Avv. Paolo Vinci