

IL DIRITTO ALLA SALUTE E IL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE NELLA RESPONSABILITÀ MEDICA

Di Antonio Gorgoni

Ricercatore di Diritto privato dell'Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Il caso e le questioni. - 2. Natura della responsabilità del medico dipendente e ripartizione dell'onere probatorio. - 3. Diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute: profili risarcitori. - 4. Il nesso di causalità: dalle Sezioni unite penali a quelli civili. - 5. La qualificazione della perdita di chance.

LA SENTENZA

Cass. civ. sez. III, 9.2.2010, n. 2847
(Presidente Morelli, Relatore Petti)

Massime.

I)

In tema di responsabilità professionale del medico, in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'i-

nadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute.

II)

In tema di responsabilità professionale del medico, l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori - anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione - tutte le volte in cui siano configurabili, a carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato, sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi. (Cassa con rinvio, App. Napoli, 01/02/2005).



Svolgimento del processo.

1.- Nel febbraio del 1993 Sa.Lu. agì giudizialmente nei confronti di S.G., che il (OMISSIS) la aveva sottoposta ad intervento chirurgico per cataratta asportandole il cristallino dell'occhio destro, e ne chiese la condanna al risarcimento dei danni per le complicanze (cheratite corneale bollosa) e le lesioni che affermò esserne conseguite.

Il convenuto resistette.

Con sentenza n. 2095 del 2002 il tribunale di Napoli, in esito a due consulenze tecniche d'ufficio, rigettò la domanda. Escluse in particolare che, a seguito del trapianto di cornea cui l'attrice si era poi sottoposta altrove, fossero residuati esiti permanenti dalla cheratite insorta dopo l'intervento di asportazione della cataratta;

ritenne che lo stesso fosse necessario e che era stato eseguito correttamente, nel rispetto delle norme proprie della scienza medica;

affermò che della mancanza di "consenso informato" avrebbe dovuto dare prova la paziente e che tale prova era mancata.

2.- La corte d'appello di Napoli, decidendo con sentenza n. 242 del 2005 sul gravame della soccombente, ha riformato la sentenza sul seguente, sostanziale, testuale rilievo: "Non avendo lo S., sul quale incombeva l'onere di provare la presenza di un consenso informato (Cass., 23/2001, n. 7027) nè affermato, nè tanto meno provato, di aver informato la Sa. dei rischi prevedibili dell'intervento e di aver ricevuto il consenso di quest'ultima, va affermata - come richiesto dalla Sa. in primo grado, fin dal (OMISSIS) - la responsabilità del sanitario per i danni derivanti dall'intervento effettuato in difetto di detto consenso, nessun rilievo avendo la circostanza che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto (Cass., 24/9/1997, n. 9374)" (pagina 6 della sentenza).

Ha poi ritenuto che "il riconoscimento della responsabilità dello S. per carenza di consenso informato comporta la condanna dello stesso al risarcimento dei danni patiti dalla Sa. per l'invalidità temporanea, per le sofferenze patite per l'insorgenza della cheratite bollosa e per le spese affrontate per il successivo trapianto corneale, necessario ad eliminare la cheratopatia"; ed ha soggiunto che "l'assenza di specifici motivi di impugnazione della sentenza del Tribunale nella parte in cui non è stata riconosciuta la persistenza di una invalidità pur dopo il trapianto di cornea, determina l'inammissibilità della richiesta di risarcimento del danno biologico e per la assunta invalidità, e per il relativo danno morale" (pagina 8 della sentenza).

Ha dunque liquidato il danno in Euro 74.040, condannando il convenuto al pagamento della predetta somma, oltre agli accessori ed alle spese del doppio grado.

3.- Avverso la sentenza ricorre per cassazione S.G., affidandosi a quattro motivi illustrati pure da memoria.

Resiste con controricorso Sa.Lu., che propone anche ricorso incidentale fondato su un unico motivo, avverso dallo S. con controricorso.

Motivi della decisione.

1.- I ricorsi vanno riuniti in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

IL RICORSO PRINCIPALE (del medico).

1.1.- Il primo motivo del ricorso dello S. investe la decisione in relazione alla ripartizione dell'onere della prova in materia di consenso informato, deducendosi violazione e falsa applicazione degli artt. 1337, 2697 e 2043 c.c., per avere la corte d'appello ritenuto che la prova dell'intervenuto consenso consapevole della paziente all'intervento dovesse essere data dal medico. Si afferma che il consenso del paziente inerte alla fase che precede il contratto di prestazione d'opera professionale: si verrebbe dunque in ipotesi di responsabilità precontrattuale che, in quanto tradizionalmente inquadrata nell'alveo della responsabilità aquiliana, è governata dalla regola secondo la quale la prova del fatto illecito deve essere data dal creditore.

1.2.- Il motivo è infondato alla luce dell'ormai definitivo approdo secondo il quale l'intervento stesso del medico, anche solo in funzione diagnostica, da comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale. Ne consegue che, effettuata la diagnosi in esecuzione del contratto, l'illustrazione al paziente delle conseguenze (certe o incerte che siano, purchè non del tutto anomale) della terapia o dell'intervento che il medico consideri necessari o opportuni ai fini di ottenere, quante volte sia possibile, il necessario consenso del paziente all'esecuzione della prestazione terapeutica, costituisce un'obbligazione il cui adempimento deve essere provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente, e dunque dal medico a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente.

2.- Col secondo motivo è denunciato ogni possibile tipo di vizio della motivazione in punto di affermata prevedibilità della patologia corneale insorta dopo l'intervento chirurgico di asportazione della cataratta, affermandosi che tale prevedibilità è meramente postulata dalla corte territoriale e non supportata da argomenti idonei a contrastare le diverse conclusioni cui erano addivenuti i due consulenti tecnici.

Si sostiene, mediante riferimento ai riprodotti passi delle relazioni dei due ausiliari, che il primo aveva affermato che "non vi era alcuna controindicazione all'intervento chirurgico per cataratta con inserimento del cristallino in camera posteriore" e che "l'innesto di cui sopra, oltre ad avere indicazione, era una necessità"; e che la relazione del secondo consulente, in riferimento all'intervenuto scompenso corneale con formazione di bolle, aveva ritenuto che l'evento era "non certo prevedibile, in quanto non erano stati individuati elementi di questo prodromici", del pari concludendo nel senso della necessità dell'intervento.

2.1.- Anche questa censura è infondata.

La conclusione della corte sulla prevedibilità della cheratite bollosa sopravvenuta all'intervento è correlata all'affermazione del primo c.t.u. che la "cheratite bollosa che insorge dopo l'intervento per cataratta è divenuta oggi una malattia molto diffusa", essendo i relativi casi passati dal 2 al 21,2% del 1990 (secondo un trattato di chirurgia della cornea del 1994) ed all'ulteriore, saliente ri-





lievo che la normale bilateralità della cornea guttata dalla quale la paziente era affetta e la circostanza che il medico non ne avesse mai attestato la presenza neanche all'occhio sinistro "benchè la stessa sia di facile accertamento ..., prevedendo un ulteriore intervento di cataratta all'occhio sinistro dopo 15 o 20 gg. da quello all'occhio destro, lascia ragionevolmente presumere che lo S., pur consapevole della presenza di cornea guttata ad entrambi gli occhi, abbia taciuto tale circostanza alla Sa., programmando un duplice intervento - ai due occhi distintamente - con tutte le cautele del caso, senza tuttavia informare la Sa. di una conseguenza più che probabile dell'intervento medesimo (vedi bibliografia allegata alla produzione di parte appellante)" (così la sentenza impugnata a pagina 7, capoverso).

La conclusione è logicamente coerente, sufficiente e niente affatto contraddittoria, non essendo univocamente sintomatica del vizio di cui *all'art. 360 c.p.c.*, n. 5, la circostanza che altri passi delle relazioni di consulenza avrebbero potuto indurre a conclusioni diverse. Tanto, in relazione al principio secondo il quale la scelta delle risultanze probatorie cui conferire determinante rilievo e l'interpretazione del risultato di una complessa attività intellettuale, quale può essere quella demandata al c.t.u., competono al giudice del merito, che nella specie ha dato puntuale conto dei passi della relazione e delle ulteriori risultanze sui quali ha fondato il proprio convincimento.

Va soggiunto che, laddove la controricorrente Sa. prospetta che, in realtà, la seconda consulenza tecnica d'ufficio aveva concluso nel senso che la cornea guttata non era stata addirittura diagnosticata (pagina 5 del controricorso, in fine), evoca una possibilità che avrebbe potuto dar luogo ad una responsabilità da omessa diagnosi e da conseguente inadeguatezza della terapia chirurgica in concreto praticata; ma che, in difetto di censura da parte sua della motivazione della sentenza nella parte in cui il giudice del merito è addvenuto alla conclusione opposta (il ricorso incidentale concerne un profilo del tutto diverso), non è suscettibile di alcuna delibazione ulteriore, per essersi formato il giudicato sul punto.

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'avere 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 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, sicchè 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, perchè il medico risponda del danno alla salute, occorre che sussista nesso causale tra mancata acquisizione di consenso consapevole e quel tipo di pregiudizio. Nè 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. Che, 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, perchè 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 poichè 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 anormale 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, giacchè 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 consenso 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 sè 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 2009, concludendo per l'inconfigurabilità del delitto di violenza privata).

Nel primo caso il consenso prestato dal paziente è irrilevante, poichè 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, benchè 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 se 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 compere. Non sarebbe utile a contrastare tale conclusione il riferimento alla prevalenza del bene "vita" o del bene "salute" rispetto ad altri possibili interessi, giacchè 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 perchè 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, giacchè 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 inquadrarsi 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 perchè 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, perchè 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 tolle-

ranza 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 consapevole 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) perchè 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) perchè il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; (c) perchè si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicchè anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della "vicinanza" al fatto da provare induce alla medesima conclusione; (d) perchè 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 perchè 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, giacchè "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 (benchè erronea) soluzione in diritto adottata.

4.- Col quarto motivo (erroneamente indicato anch'esso come terzo a pagina 19 del ricorso) è dedotta violazione e falsa applicazione *dell'art. 185 c.p.* e *art. 1223 c.c.*, e segg., in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, nn. 3 e 5, nella parte in cui la corte d'appello ha liquidato, in aggiunta alle altre voci di danno (biologico da invalidità temporanea e patrimoniale), anche "il danno morale, tenuto conto delle sofferenze patite a seguito dell'insorgenza della cheratite bollosa e del successivo intervento chirurgico".

Si afferma, sotto un primo profilo, che il danno morale soggettivo può essere riconosciuto solo in presenza di una figura di reato, nella specie insussistente. E si sostie-



ne, sotto altro profilo, che l'assenza di nesso causale tra violazione del dovere di informazione e cheratite bollosa insorta dopo l'intervento, cui erano collegate le sofferenze patite dalla paziente, avrebbe imposto la soluzione opposta per le medesime ragioni indicate nel terzo motivo di ricorso.

4.1.- Il primo profilo di censura è infondato alla luce del principio secondo il quale la violazione di un diritto fondamentale della persona, qual è quello all'autodeterminazione in ordine alla tutela per via terapeutica della propria salute, comporta la risarcibilità di ogni tipo di pregiudizio non patrimoniale che ne sia causalmente derivato (Cass., Sez. un., nn. 26972, 26973 e 26974 del 2008, cui s'è allineata la giurisprudenza successiva).

Il secondo profilo è invece fondato per le ragioni già esposte in sede di esame del terzo motivo di ricorso, avendo la corte liquidato il danno morale soggettivo in esclusiva correlazione al ravvisato pregiudizio della salute, considerato risarcibile per una ragione errata in diritto.

IL RICORSO INCIDENTALE (della paziente).

5.- Si duole la ricorrente Sa.Lu. che la corte d'appello abbia ritenuto inammissibile la domanda di risarcimento del danno da invalidità permanente per mancanza di specifici motivi di impugnazione sul punto, sostenendo che poichè la domanda di risarcimento era stata riproposta in appello, il gravame aveva necessariamente investito l'intero thema decidendum.

5.1.- Il motivo è manifestamente infondato.

La ricorrente ha del tutto prescinduto dalla circostanza che il giudice di primo grado aveva specificamente escluso che, in esito al successivo intervento di trapianto di cornea, fossero residuati postumi permanenti. E nella succinta illustrazione del motivo non si assume che tale specifica ratio decidendi sia stata oggetto di altrettanto specifica censura, come sarebbe stato necessario.

CONCLUSIONI. 6.- Rigettati il primo ed il secondo motivo del ricorso principale ed il ricorso incidentale, vanno conclusivamente accolti, nei sensi sopra chiariti, il terzo ed il quarto motivo del ricorso principale.

La sentenza è cassata in relazione alle censure accolte, con rinvio per un rinnovato apprezzamento del fatto alla luce dei principi enunciati e - in caso di conclusione sfavorevole alla paziente sulla risarcibilità del danno da pregiudizio temporaneo della salute, per difetto di nesso eziologico fra la condotta omissiva del medico e le complicanze conseguite all'intervento chirurgico - per l'apprezzamento ulteriore relativo alla eventuale sussistenza di uno spazio risarcitorio correlato alla sola lesione del diritto all'autodeterminazione, in relazione peraltro alle conseguenze che ne fossero in ipotesi derivate e non ravvisabile in ragione della lesione del diritto in se stessa considerata (secondo i principi enunciati dalle più volte citate sentenze delle Sezioni unite, che hanno ribadito l'infigurabilità del cosiddetto "danno evento").

Il giudice del rinvio, che si designa nella stessa corte d'appello in diversa composizione, regolerà anche le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

LA CORTE DI CASSAZIONE riunisce i ricorsi, rigetta il primo ed il secondo motivo del ricorso principale ed il ricorso incidentale, accoglie per quanto di ragione il terzo ed il quarto motivo del ricorso principale, cassa in relazione alle censure accolte e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla corte d'appello di Napoli in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 12 gennaio 2010.

Depositato in Cancelleria il 9 febbraio 2010

IL COMMENTO

1. Il caso e le questioni.

Una donna lamenta complicanze, di cui non era stata informata, e lesioni a seguito di un intervento chirurgico all'occhio destro¹; ella chiede la condanna del medico al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali.

Il Tribunale respinge la domanda considerando che l'operazione era stata eseguita correttamente e che la stessa si era resa necessaria in ragione della patologia. Peraltro, si aggiunge, non vi era stato alcun esito permanente della complicanza, la quale era stata eliminata con un nuovo intervento effettuato da un altro medico.

La Corte d'appello riforma la decisione di primo grado, osservando che il medico non aveva provato l'esaustiva informazione della paziente. Sussiste quindi la lesione del diritto all'autodeterminazione, per integrare la quale non ha alcun rilievo l'esecuzione dell'intervento chirurgico. Per l'effetto il medico viene condannato al risarcimento di diversi danni: biologico per invalidità temporanea, morale per le sofferenze patite a causa dell'insorgenza della complicanza e patrimoniale con riferimento alle spese affrontate per il successivo intervento chirurgico, rivelatosi indispensabile per rimuovere gli effetti della prima operazione.

Il medico ricorre in Cassazione² ponendo due questioni risolte correttamente dai giudici di legittimità.

¹ Più precisamente l'attrice sostiene che, a seguito dell'asportazione del cristallino dell'occhio destro, sono insorte una cheratite corneale bollosa e lesioni che hanno determinato un danno alla salute e la necessità di sottoporsi ad un nuovo intervento chirurgico.

² Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 783 ss., con note di S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*. Cfr. altresì il commento di A. RICCIO, *La violazione*



timità. La prima, più semplice, riguarda la regola di distribuzione dell'onere probatorio con riferimento al consenso informato. Esattamente se spetti al paziente dimostrare che il medesimo non è stato correttamente informato dal medico, ovvero se compete a quest'ultimo provare un'adeguata informativa.

La seconda attiene a un profilo che non è emerso con chiarezza nella giurisprudenza di legittimità; la stessa Cassazione in commento ha affermato che il problema "non risulta scrutinato *ex professo*". Si tratta di stabilire se il medico debba rispondere delle conseguenze lesive di un intervento chirurgico - necessario e correttamente seguito - *per il solo fatto di non aver informato* il paziente della possibile insorgenza di talune conseguenze negative. O piuttosto se debba ammettersi il risarcimento solo qualora si provi - vedremo chi vi è tenuto - che il paziente non si sarebbe sottoposto all'intervento ove esaurientemente informato. In quest'ultima prospettiva viene in rilievo il nesso di causalità tra la condotta omissiva del medico e l'effetto collaterale dell'operazione chirurgica lesivo della salute.

Decidere sulla necessità o meno del nesso di causalità poneva qualche insidia, determinata soprattutto dalla solida costruzione giurisprudenziale dell'autodeterminazione quale diritto fondamentale dell'individuo. Costruzione che ha consentito alla giurisprudenza di legittimità di enucleare ambiti risarcibili proprio in conseguenza della sola lesione di tale diritto prescindendo, quindi, dal pregiudizio alla salute. La stessa Corte d'appello si è mossa su questa scia, condannando il medico al risarcimento del danno alla salute soltanto in ragione della mancata informazione circa l'insorgenza della complicità poi verificatasi.

La Cassazione, invece, nella sentenza che si annota, ha ritenuto necessario il nesso di causalità. Il che, vedremo, non ha scalfito il diritto all'autodeterminazione; piuttosto la Suprema Corte ha chiarito i presupposti di risarcibilità qualora esso venga lesa. Vi è stata altresì una chiarificazione con riguardo ai danni risarcibili, distinguendo tra danno biologico e danno non patrimoniale diverso dal pregiudizio alla salute.

2. Natura della responsabilità del medico dipendente e ripartizione dell'onere probatorio.

Si legge nella sentenza in commento che costituisce un "definitivo approdo" la natura contrattuale della responsabilità del medico nei confronti del pa-

ziente. Com'è noto la svolta in tal senso risale al 1999, quando la Cassazione, occupandosi del rapporto tra il medico dipendente dalla struttura sanitaria e il paziente, ha respinto con argomenti solidi la tesi della natura extracontrattuale³. La responsabilità del medico nasce dal contatto sociale con il paziente. E' il contatto a generare obbligazioni, il che accade nell'ambito delle professioni "protette" il cui esercizio richiede un'abilitazione.

La professione medica esige l'applicazione di protocolli sanitari, l'attuazione di certi standards, oltre a capacità tecniche - quindi comportamenti - volta a volta diverse a seconda del tipo di patologia. Al medico non si richiede un "*non facere*", ossia soltanto di rispettare la sfera giuridica di colui che ne chiede la prestazione professionale. Si pretende dallo stesso quel *facere* che deve svolgersi attraverso un'attività sapiente e diligente.

Fin qui, si potrebbe rilevare, non si ha altro che la descrizione di un rapporto. Ma sono proprio i rapporti, cioè i fatti, con le loro peculiarità, a sollecitare la ricerca di una nuova regola quando quella adoperata è inadeguata a regolare in modo efficiente un fenomeno⁴. Ecco allora che la Cassazione riscopre l'art. 1173 c.c. nella parte in cui stabilisce che fonte di obbligazioni è anche "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". Ma v'è di più.

Fonti dell'obbligazione, continua la Suprema Corte nel 1999, sono i principi di rango costituzionale come la salute. Se dal contatto tra medico e paziente sorgono obbligazioni, la violazione di queste ultime richiama le regole sulla responsabilità per inadempimento. Non viene in gioco la responsabilità aquiliana, la quale non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni soggettive altrui.

Sulla scia della sentenza del 1999 la successiva giurisprudenza di legittimità ha abbandonato - o quanto meno fortemente incrinato - il dogma secondo cui le regole sulla responsabilità contrattuale operano soltanto in presenza di un contratto (inadempimento). Invece vi è responsabilità contrattuale

³ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss., con note di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?* e di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Danno e rep.*, 1999, 777 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*.

⁴ P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 183-18.

dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile, in *Contr. e impr.*, 2010, 2, 313 ss.



non solo quando il debitore non esegue esattamente la prestazione dovuta, “ma in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall’esatto adempimento di un’obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte”⁵. Sempre più spesso, per richiamare tale responsabilità, la giurisprudenza adopera la teoria del contatto sociale⁶ o l’espressione “obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto”. A questa terminologia è sottesa, com’è noto, una robusta elaborazione dottrinale di matrice tedesca cui hanno attinto, in Italia, autorevoli studiosi⁷.

Sempre nel 1999 la Cassazione non è stata altrettanto innovativa sulla distribuzione dell’onere della prova tra medico e paziente⁸. Ciò è dipeso sia

⁵ Cass. Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1, 1442, con nota di LEGGERI, *Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore*; in *Corr. giur.*, 2007, 1706 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; in *Danno e resp.*, 2008, 160 ss., con note di A.P. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*; di A. FABRIZIO-SALVATORE, *Responsabilità della banca trattaria per l’assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*; e di GRECO, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*.

⁶ Cass. Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., sul caso di un banca che paga un assegno ad un soggetto non legittimato a riceverlo; Cass. Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Corr. giur.*, 2002, 10, 1287, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni unite sul danno cagionato dal minore a se stesso*; in *Foro it.*, 2002, I, 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell’art. 2048 c.c.*, sul minore autolesionista; Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Obbligaz. e contr.*, 2010, 11, 754 ss., con nota di S. MEZZANOTTE, *Attività giuridica in senso stretto e responsabilità da contatto sociale nella mediazione*, in tema di mediazione tipica che si ha quando alla base della stessa non vi è un contratto di mandato, il quale configura, invece, una mediazione atipica. Si afferma in quest’ultima sentenza, con riguardo alla mediazione tipica, che “se, *prima facie*, la responsabilità del mediatore non mandatario appare agevolmente di natura extracontrattuale, risulta preferibile, riguardando la stessa una figura professionale, applicare la più recente previsione giurisprudenziale di legittimità della responsabilità da contatto sociale”. Ne consegue che il mediatore risponde a titolo di responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi di correttezza e di informazione posti a suo carico.

⁷ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; ID., *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, 680 ss.

⁸ La Cass., nella sentenza n. 589/1999, ha distinto, in tema di distribuzione dell’onere della prova, a seconda che

dall’influenza - oggi non più presente⁹ - esercitata in tale ambito dalla distinzione tra obbligazioni di

l’intervento del medico fosse di difficile o di facile esecuzione. Nel primo caso il medico avrebbe dovuto provare che la sua prestazione implicava la soluzione di “problemi tecnici di speciale difficoltà” (art. 2236 c.c.); il paziente danneggiato, invece, avrebbe dovuto dimostrare quali fossero state le modalità di esecuzione inadeguate alla scomparsa o al miglioramento della patologia (*id est*: la negligenza del medico). Nel secondo caso, invece, la facile esecuzione dell’intervento, lasciando presumere la colpa del medico in caso di insuccesso dell’intervento, faceva sì che il paziente avrebbe dovuto provare soltanto l’aggravamento della sua patologia o l’insorgenza di nuove (non anche la negligenza), mentre spettava al medico provare che la prestazione era stata eseguita con diligenza e che gli esiti peggiorativi della condizione del paziente erano dipesi da un evento impreveduto e imprevedibile. Questa ripartizione dell’onere della prova è stata influenzata dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi (in cui è il comportamento del debitore ad essere dedotto in obbligazione) e obbligazioni di risultato (in cui è il risultato cui mira il creditore ad essere dedotto in obbligazione). Difatti la difficile esecuzione richiama l’obbligazione di mezzi; ora - si diceva - essendo aleatorio il risultato, sarebbe spettato al creditore provare la negligenza. La facile esecuzione richiama, invece, l’obbligazione di risultato dove il debitore si libera solo provando che il mancato risultato è dipeso da causa a lui non imputabile.

⁹ Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, ha affermato che la “distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni risultato, se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell’onere probatorio dalla sentenza delle S.U. n. 13533/2001. (...) In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l’impegno che il debitore deve porre per ottenerlo”. Ne consegue che non ha senso diversificare le regole sulla ripartizione dell’onere probatorio. In qualche pronuncia si è affermato che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione che implica problemi di speciale difficoltà rileva non quale criterio di distribuzione dell’onere della prova, ma al fine di valutare il grado di diligenza e del corrispondente grado della colpa (Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, 276 ss. (e in www.personaedanno.it) con nota critica di P. CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*; in *Giur. it.*, 2007, 5, con nota critica di P. ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*; in *Danno e resp.*, 2007, 3, 310, con nota adesiva di G. PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell’art. 2059 esclude il danno esistenziale*).



mezzi e obbligazioni di risultato, sia dal fatto che non era ancora intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite sull'onere probatorio con riguardo alle azioni previste dall'art. 1453 c.c.¹⁰. Quest'ultima pronuncia, com'è noto, argomentando dagli artt. 1453, 1218 e 2697 c.c., ha uniformato il regime probatorio nelle domande di risoluzione per inadempimento, di adempimento e di risarcimento del danno. Il creditore (attore) dovrà in ogni caso provare la fonte negoziale o legale del suo diritto e allegare (non provare) la circostanza dell'inadempimento. Spetterà al debitore (convenuto) dimostrare il fatto estintivo dell'obbligazione (adempimento o impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art. 1218 c.c.*). Tale regime opera, secondo le Sezioni Unite, anche se vi è stato inesatto adempimento e qualora il debitore convenuto per l'adempimento si avvalga dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.).

La giurisprudenza successiva ha aderito e rafforzato quest'orientamento, chiarendo che “non è l'inadempimento che si pone come fatto costitutivo della domanda di risoluzione, ma è l'adempimento che si pone come fatto estintivo dei diritti sorti con il contratto in favore del creditore coevamente”¹¹.

¹⁰ Cass. Sez. un., 31 ottobre 2001, n. 13533, in *Obblig. e contr.*, 2001, 12, 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contr. e impr.*, 2002, 903 ss., con nota di G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*; in *Contratti*, 2002, 2, 113, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*.

¹¹ Questa conclusione è stata ben motivata da Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in *Riv. not.*, 2002, 1000, la quale, aderendo alla dottrina maggioritaria, ha affermato che “il diritto alla risoluzione del contratto, come l'obbligo del risarcimento in caso di domanda autonoma e non accessoria, conseguente all'inadempimento, attua una responsabilità del debitore coeva al sorgere del rapporto obbligatorio. Il risarcimento del danno o la risoluzione per inadempimento, così come l'adempimento, sono *intrinseci al rapporto obbligatorio*, inteso come struttura complessa, costituito da un insieme funzionalmente unitario di effetti giuridici, i quali possono mutare senza che il rapporto perda la sua identità. Ne consegue che, nelle obbligazioni positive, con il contratto sorge sia il diritto alla prestazione sia contemporaneamente il diritto alla risoluzione ed al risarcimento del danno (...).” Cfr. in senso conforme: Cass., 11 febbraio 2005, n. 2853, in *Guida al Diritto*, 2005, 11, 69; Cass., 13 giugno 2006, n. 13674, in *Foro it. on line*; e più di recente Cass., 1 aprile 2010, n. 7993, in *Guida al dir.*, 2010, 29, 64 ss. e Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Giust. civ.*, 2010, 7-8. 1756

Tale approdo ricostruttivo ha reso necessaria una revisione del regime probatorio in materia di responsabilità medica. Revisione compiuta non molto tempo dopo dalla Cassazione, forte della maturata consapevolezza che il proprio orientamento in tale ambito doveva “essere riletto alla luce della citata sentenza delle Sezioni Unite”¹².

La stessa ha esattamente rilevato che se spetta al debitore provare il fatto estintivo dell'obbligazione, non è coerente ritenere che ove il medico dimostri la difficile esecuzione dell'intervento, il paziente (cioè il creditore) debba provare quali siano state le modalità di esecuzione inadonee (ossia la negligenza del medico). Piuttosto anche in caso di difficile esecuzione deve operare il principio affermato dalle Sezioni Unite nel 2001: il paziente prova unicamente il contratto (o il contatto sociale) e si limita ad allegare l'inadempimento del medico. Compete a quest'ultimo (il debitore) dimostrare l'esatto adempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile¹³.

Alla luce di questo orientamento, consolidatosi nella responsabilità medica, la sentenza in commento ha stabilito che la prova dell'intervenuto consenso (informato) da parte del paziente debba essere fornita dal medico. L'informazione del paziente non si colloca nella fase che precede il contratto d'opera professionale, poiché “l'intervento del medico [si legge nella sentenza], anche solo in funzione diagnostica, dà comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale”. Dunque l'obbligo di informare sulle conseguenze dell'intervento o della terapia ricade nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio.

3. Diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute: profili risarcitori.

L'autodeterminazione, si afferma nella sentenza in commento, è un bene giuridico diverso dalla salute. Entrambi costituiscono diritti fondamentali: il primo è più ampio e promana dalla libertà individuale, il secondo attiene all'integrità psico-fisica.

Il diritto di decidere su di sé, su come affrontare una patologia, ha un sicuro fondamento nella Costituzione. L'inviolabilità della libertà personale, sancita dall'art. 13 Cost., è un principio che esige il ri-

ss., in tema di investimenti mobiliari (contratti a termine futures e options).

¹² Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 1, 23, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*

¹³ Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, cit.; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corr. giur.*, 2006, 7, 903, a cura di V. CARBONE; Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

spetto delle decisioni sul proprio corpo. Questo principio trova un riscontro specifico nell'art. 32 co. 2 Cost., norma che, a presidio della libertà di scegliere sulla propria salute, pone la riserva di legge. La quale costituisce l'unica fonte del trattamento sanitario obbligatorio che, peraltro, non può mai oltrepassare il limite del rispetto della persona umana. Lo stretto collegamento tra gli articoli 13 e 32 Cost. non lascia dubbi sulla qualifica dell'autodeterminazione quale diritto inviolabile dell'uomo (art. 2 Cost.).

La Suprema Corte, nella sentenza che si annota, coglie la sostanza del diritto in parola: "esso rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi". Il che implica, continua la sentenza, la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibili terapie, ma anche di rifiutarle o di decidere di interromperle "atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione". Principio che "vede nella persona umana un valore etico in sé"¹⁴ che prescinde da ogni determinazione sulla propria salute, la quale richiede comunque ossequio da parte del medico.

Ossequio che deve spingersi - come ha affermato un'altra apprezzabile pronuncia richiamata da quella in esame¹⁵ - fino al punto da reputare rilevante la volontà presunta da "precedenti desideri e dichiarazioni", oppure ipotizzata "dalla personalità, dallo stile di vita, dalle inclinazioni, dai valori di riferimento, dalle convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche" dell'interessato.

¹⁴ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.

¹⁵ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 363, con nota di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, 1, 86, con nota di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Fam. e dir.*, 2008, 2, 129, con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Corr. giur.*, 2007, 12, 1676, con nota di E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; in *Fam. pers. e success.*, 2008, 6, 508, con nota A. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Foro it.*, 2008, I, 2609, con nota di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario «life-sustaining»*; in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, 107 ss., con nota di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*. Questa notissima pronuncia ha affermato che il giudice, in presenza di due circostanze accertate rigorosamente, può, su istanza del tutore (o del curatore speciale in caso di conflitto di interessi) autorizzare l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale della persona in stato vegetativo permanente.

In verità più che di distinzione tra salute e autodeterminazione è più appropriato parlare di rapporto tra esse, nel senso che la prima si incardina nella seconda. E' stato affermato che "la salute si modella su personali e insindacabili aspettative di vita e coinvolge l'idea che un individuo ha di se so"¹⁶. Vi è un vero e proprio "viluppo dei diritti fondamentali libertà-identità-salute"¹⁷.

Naturalmente la persona può scegliere consapevolmente sulla propria salute soltanto se il medico l'ha informata adeguatamente, in modo esauriente, sui diversi aspetti¹⁸ e implicazioni della patologia e con un linguaggio chiaro e comprensibile. Il che richiama la categoria non soltanto dell'atto ma soprattutto del processo che, "dal punto di vista fattuale, [si configura come] un cammino, un succedersi di fasi che vanno previste, coordinate e attuate con

¹⁶P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, (saggio *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, Milano, 2009, 236, ritiene che "il punto da sottolineare giuridicamente è ancora l'inviluppamento di libertà, identità e salute. Il bene salute diviene per così dire, incardinato nella libertà di disporre di sé - cioè della propria persona negli aspetti fisico, mentale e sociale che ne costruiscono il benessere conseguibile in circostanze date - e da questa per certi aspetti non distinguibile, quanto meno riguardo al soggetto capace di decidere, che è il solo a poter attribuire al diritto alla salute un contenuto concreto in occasione di scelte terapeutiche: a poter indicare cioè, tra diverse opzioni, quale corrisponda alla propria migliore salute".

¹⁷P. ZATTI, *op. ult. cit.*, 241,

¹⁸ Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 7, con nota di M. D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*, ha indicato i contenuti del dovere di informazione. Il medico deve prospettare i rischi oggettivi e tecnici con riguardo alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della scienza su una determinata patologia. Deve descrivere la situazione ospedaliera, magari temporaneamente carente, con riferimento alle dotazioni e alle attrezzature e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa eventualmente decidere di fare l'intervento altrove. Infine il medico deve soffermarsi sui rischi prevedibile e imprevedibili, ma non e su quelli anomali. Occorre menzionare anche i rischi ridotti che però incidono gravemente sulle condizioni fisiche o sulla vita e i rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, così che il paziente con l'ausilio del medico possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili mediante una consapevole valutazione dei rischi e dei vantaggi. Oggetto di esposizione al paziente da parte del medico devono essere anche i "rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative" in modo che il paziente possa scegliere l'una o l'altra possibilità "attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi". Da non tralasciare i rischi specifici connessi a singole fasi di un intervento complesso svolto in equipe, fasi che assumono una propria autonomia gestionale (ad es.: l'anestesia).



attenzione”¹⁹. La sottoscrizione del modulo attesta soltanto l'avvenuto svolgimento del processo di formazione della decisione del paziente, ma non può sostituire tale processo. Ciò ha delle evidenti implicazioni in punto di tutela del paziente nonostante la sottoscrizione del modulo.

Anche il consenso informato trova fondamento nelle citate norme costituzionali, oltre che in talune notissime norme di diritto interno e internazionali²⁰, essendo inscindibilmente legato alla libertà di autodeterminazione. Di quest'ultima esso costituisce indispensabile presupposto, assurgendo così a “diritto fondamentale del cittadino europeo”²¹.

E' evidente allora che se il diritto di autodeterminarsi ha un contenuto più ampio del diritto alla salute²², consentendo lo stesso di rifiutare un intervento medico, persino salvavita, dalla sua violazione sorge l'obbligo di risarcire il danno a prescindere dalla negligenza nell'esecuzione della prestazione

medica. Nella sentenza in commento si legge infatti - per distinguere autodeterminazione e salute - 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”²³. Così come la presenza del consenso informato non ostacola la pretesa risarcitoria nei confronti del medico che, nell'esecuzione dell'intervento chirurgico, sia stato negligente ledendo la salute.

Sofferamoci sulla lesione della sola autodeterminazione, essendo oramai noti i danni risarcibili in caso di lesione della salute²⁴. La quale comprende

²³ Secondo Cass., 3 settembre 2007, n. 18513, in Studio *Legale-Leggi d'Italia on line*, integra mutamento della domanda giudiziale porre a fondamento dell'azione di risarcimento dei danni conseguenti a un intervento chirurgico il difetto del consenso informato, dopo aver fondato l'azione sulla colpa professionale. L'omessa informazione da parte del medico, il quale esegue l'intervento chirurgico secondo la *lex artis*, rileva solo sotto il profilo civile e non anche penale; sul punto cfr. Cass. Sez. un. pen. 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Resp. civ.*, 2009, 11, p. 881 ss., con nota di CAMPIONE, *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle Sezioni Unite penali nella prospettiva civilistica*, ha negato che in tal caso sia configurabile il reato di violenza privata.

²⁴ Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, cit, riguardante un caso di lesione della salute (gravi inestetismi al seno) di una giovane donna per negligenza sul trattamento del decorso post-operatorio. Il pregiudizio all'integrità psicofisica o danno biologico è stato qualificato da una nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 26972/2008 (v. *infra* nel testo) danno non patrimoniale e come tale ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c. Ora poiché il danno biologico consiste, secondo una consolidata elaborazione dottrinale recepita dal legislatore, in una lesione dell'integrità psico-fisica della persona «che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato» (art. 138 d. lgs. n. 209/2005), vi è sovrapposizione con il danno esistenziale. Quest'ultimo è stato definito anche dalla giurisprudenza come il “pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno” (Cass. Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, I, 2334, con note di, CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, e di PONZANELLI, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*, sul danno esistenziale da demansionamento e dequalificazione del lavoratore). Il danno esistenziale rimane dunque assorbito in quello biologico; opinando diversamente si avrebbe una duplicazione risarcitoria. Anche la sofferenza psi-

¹⁹ P. ZATTI, *op. ult. cit.*, 253.

²⁰ Art. 1 della l. n. 180/1978 (*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*); art. 33 della l. n. 833/1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*); art. 3 della l. n. 219/2005 (*Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati*); art. 6 della l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*); l'art. 1 della l. n. 38/2010 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*) afferma che l'autonomia del malato è un principio fondamentale; art. 35 del *Codice di deontologia medica* (2006). L'art. 5 della *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina* (Oviedo 4 aprile 1997), resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28.3.2001, n. 145, posta al comma 1° la regola del consenso libero e informato, al comma 2° ne precisa il contenuto: l'informazione deve essere adeguata con riguardo “sia allo scopo e alla natura dell'intervento, che alle sue conseguenze e ai suoi rischi”. L'art. 3 co. 2° della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (Carta, questa, che per effetto dell'art. 6 TUE “ha lo stesso valore giuridico dei trattati”) stabilisce che “nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”. L'art. 5 della *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo* (1997) stabilisce che in tutti i casi in cui si intenda svolgere una ricerca, una cura o una diagnosi che verta sul genoma di un individuo “sarà raccolto il consenso preliminare, libero e informato dell'interessato”. La lettera c) del medesimo articolo sancisce altresì il diritto di non essere informato dei risultati di un esame genetico, mentre l'art. 9 circoscrive rigidamente le limitazioni al principio del consenso informato.

²¹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

²² Lucide e preziose le considerazioni di P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita* (saggio: *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, cit., 131 ss., sull'autodeterminazione del soggetto debole.

un momento sia statico (lesione del soma e della psiche) che dinamico (conseguenze negative sulla qualità della vita).

La Cassazione in alcune pronunce ha affermato la risarcibilità del danno per omessa o parziale informazione da parte del medico - e quindi per violazione del diritto all'autodeterminazione - anche qualora non vi sia stata lesione della salute²⁵. I casi più noti riguardano interventi di chirurgia estetica²⁶, trasfusioni di sangue praticate al Testimone di Geova nonostante il suo rifiuto²⁷ e l'omessa informazione

chica (c.d. danno morale) rientra, secondo Cass. Sez. un. n. 26972/2008, nell'area del biologico. Le «Nuove tabelle 2009 per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione alla integrità psico-fisica e dalla perdita del rapporto parentale» hanno previsto, in attuazione della citata sentenza delle Sezioni Unite del 2008, una liquidazione unitaria (sia pur con dei correttivi) del danno non patrimoniale biologico e di ogni altro danno non patrimoniale connesso alla lesione della salute».

²⁵ Cass., 30 gennaio 2009, n. 2468, in *Danno e Resp.*, 2009, 4, 446, a cura di BATÀ e SPIRITO, ha accolto l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 co. 3° legge n. 135/1990 secondo la quale nessuno può essere sottoposto al test anti HIV senza il suo consenso, sebbene la norma sembra prescindere in caso di "necessità clinica". Il consenso, invece, è sempre imprescindibile, afferma la Suprema Corte, qualora la persona sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente. Cfr. anche Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Resp. civ.*, 2006, 6, p. 566 ss., sull'omessa informazione delle possibili conseguenze negative della radioterapia.

²⁶ Cass., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Foro it. on line*, ha confermato la responsabilità del medico per omessa informazione sulle conseguenze inevitabili dell'intervento di chirurgia estetica (di riduzione della massa adiposa), intervento eseguito a regola d'arte. Aver taciuto la permanenza di una cicatrice di 152 centimetri ha impedito alla paziente di decidere se eseguire ugualmente l'intervento. Di conseguenza, secondo la Suprema Corte, il medico deve risarcire il danno biologico e morale. Del resto, si legge nella sentenza, il dovere di informazione deve comprendere nella chirurgia estetica "anche la possibilità del paziente di conseguire un effettivo miglioramento dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente nella vita professionale e in quella di relazione". Cfr. anche Cass., 26 marzo 1981, n. 1773, Mass. in *Studio legale-Leggi d'Italia on line*.

²⁷ Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, 11, p. 1503 ss., a cura di V. CARBONE, *Trattamenti sanitari e diritto di non curarsi*, ha precisato che affinché il Testimone di Geova possa vedere rispettata la sua volontà contraria alla trasfusione occorre che "a manifestare il dissenso sia lo stesso paziente che rechi con sé un'articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocabilmente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere

per errata diagnosi delle malformazioni fetali²⁸. Ma in queste ipotesi il risarcimento è stato giustificato - come si evince dalle rispettive motivazioni - dall'esistenza del nesso di causalità tra condotta ed evento dannoso e non dalla lesione del diritto all'autodeterminazione di per sé²⁹.

La sentenza che si annota si è soffermata specificamente proprio sulla necessità o meno, per fondare la responsabilità del medico, del nesso di causalità tra condotta omissiva e lesione della salute nel caso dell'intervento chirurgico correttamente eseguito. Essa ha negato che l'omessa informazione sia di per sé sola sufficiente a far sorgere il diritto al risarcimento per la lesione della salute.

Affinché vi sia nesso di causalità occorre che il giudice svolga la valutazione controfattuale (ipote-

rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari". Cfr. anche Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Corr. giur.*, 2007, 5, p. 615 ss., a cura di V. CARBONE, *Dissenso sulle trasfusioni ed esigenze sopravvenute nel corso dell'intervento*.

²⁸ Cass. 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno e resp.*, 2010, 7, 697, con nota di M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore a "nascere sano"*, su un caso di patologia congenita del feto non rilevata dal sanitario; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno e resp.*, 2009, 12, 1167, con nota di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*, in *Corr. giur.*, 2010, 3, 365, con nota di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, in *Foro it.*, 2010, I, 141, con note di A. BITETTO, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del "bebè prejudice"* e di F. DI CIOMMO, *"Giurisprudenza-normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano*, su un caso di malformazioni fetali indotte da un farmaco prescritto dal medico per superare problemi di "annidamento" che impedivano la gravidanza. In questa situazione il medico è responsabile nei confronti del nato per la lesione della salute avvenuta durante la gravidanza, oltre che nei confronti dei genitori a titolo di danno patrimoniale (mantenimento del figlio fino al raggiungimento della piena indipendenza economica) e non patrimoniale per lo sconvolgimento della propria vita (si è parlato di "rovesciamenti forzati dell'agenda" dell'esistenza). Si tratta di danni tutti derivanti dall'inadempimento del contratto.

²⁹ Si legge nella motivazione della Cass. 4 gennaio 2010, n. 13, cit., che "l'omessa rilevazione da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza".





tica) consistente nel sostituire mentalmente il comportamento doveroso alla condotta (non) compiuta dal medico. Se questa operazione acclara che l'evento dannoso non si sarebbe ugualmente verificato, si riterrà esistente il nesso di causalità. Ora, nel caso di specie, continua la Cassazione, la Corte d'Appello avrebbe dovuto accertare se l'adempimento da parte del medico dell'obbligo di informare sulle eventuali complicanze avrebbe indotto la paziente a negare il consenso all'intervento chirurgico.

Soltanto in caso di risposta affermativa, conclude la Suprema Corte, il medico può essere condannato al risarcimento del danno per lesione della salute. Altrimenti, mancando il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento, giammai vi potrà essere tale condanna, perché la lesione alla salute si sarebbe ugualmente verificata anche qualora il medico avesse adempiuto all'obbligo di informare³⁰. Del resto, come ricorda sempre la Cassazione, la giurisprudenza non ha mai ritenuto che il risarcimento possa prescindere dal nesso di causalità³¹.

Quest'affermazione è senz'altro condivisibile. Non convince, invece, l'aver posto a carico del paziente l'onere di provare, anche avvalendosi della presunzione, il nesso di causalità. La Suprema Corte perviene a questa conclusione per una pluralità di ragioni. Intanto perché, in generale, il creditore che allega l'inadempimento deve provare il nesso causale tra inadempimento e danno. Inoltre posto che il fatto da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente, il principio di vicinanza della prova indurrebbe ad addossare a quest'ultimo l'onere probatorio. Infine, conclude la Cassazione, non si può trascurare che la scelta del paziente di non seguire la valutazione di opportunità del medico "costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*".

Si può innanzitutto replicare che la natura contrattuale della responsabilità da omessa informazione sui rischi prevedibili dell'intervento sposta sul medico l'onere di provare la mancanza del nesso causale. Il paziente si limita ad allegare l'omessa informazione su tali rischi. Più esattamente la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che il

creditore deve allegare un inadempimento "astrattamente efficiente alla produzione del danno", ossia inadempimenti specifiche idonee a provocare - ma, si ribadisce, solo in astratto - il danno lamentato³². Spetta allora al debitore "dimostrare che l'inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur essendovi stato, non ha determinato il danno lamentato"³³ ossia, in altri termini, la mancanza in concreto del nesso causale tra condotta ed evento.

Questa impostazione del resto è coerente anche con l'applicazione del principio di vicinanza della prova nel caso concreto. E' evidente, infatti, come sia più agevole per il medico provare l'assenza del nesso causale di quanto non sia per il paziente dimostrarne l'esistenza. E sembra potersi altresì rilevare come la sentenza in commento non sia persuasiva neppure sotto il profilo della vicinanza della prova. Se quest'ultimo ripartisce l'onere in base alla possibilità per le parti di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione³⁴, il

³² G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbligaz. e contr.*, 2008, 5, 395, sottolinea come il superamento della distinzione dogmatica tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato abbia determinato "la svolta anche in merito alla prova del nesso di causalità (...). Il creditore non deve più provare il nesso causale, ma semplicemente allegare un inadempimento tale da determinare in concreto il danno subito".

³³ Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; Cass., 1 aprile 2010, n. 7993, cit. In entrambe le pronunce si è affermato che onerare il paziente della prova del nesso causale risente della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Distinzione di cui si deve constatare "la progressiva erosione della legittimazione teorica e dell'utilità pratica".

³⁴ Si legge in Cass. Sez. lav., 6 giugno 2006, n. 13241, in *Leggi d'Italia on line*; Cass. Sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 704 ss., con nota di D. DALFINO, *La prova del "requisito dimensionale" ex art. 18 l. 300/70 al vaglio delle sezioni unite*, e chiosa di A. PROTO PISANI, *La prova del "requisito dimensionale" ex art. 18 l. 300/70: un grand arrêt delle sezioni unite*, che in forza del principio di vicinanza della prova, riconducibile all'art. 24 Cost., "spetta al giudice-interprete, quando il legislatore non vi abbia provveduto espressamente, di ricostruire la fattispecie sostanziale controversa, identificando gli elementi costitutivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio e richiedendo all'attore la relativa prova". Il diritto di azione - continua la Cass. - sancito dalla norma costituzionale esige "il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio". Sottolinea giustamente Proto Pisani che il principio di vicinanza della prova "ha un valore pratico immenso in quanto spesso idoneo a superare, con riferimento a un numero non secondario di ipotesi, astratte e formalistiche dispute sulla contrapposizione fatto costitutivo-fatto impeditivo".

³⁰ La Corte d'Appello è stata censurata perché non ha accertato se il paziente avrebbe rifiutato l'intervento se correttamente informato. Essa ha erroneamente ritenuto che il medico dovesse rispondere per lesione della salute per il solo difetto del consenso informato.

³¹ Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, cit., ha escluso la responsabilità del medico anestesista per difetto di informazione sui rischi connessi al trattamento anestesiologicalo, perché non è stato provato il nesso di causalità materiale tra la manovra di intubazione e la disfonia; Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

medico, più del paziente, era maggiormente vicino alla prova della mancanza del nesso causale. Egli, infatti, avrebbe potuto dimostrare: che l'intervento di asportazione della cataratta era necessario e non rinviabile pena la compromissione della salute; che non vi erano alternative terapeutiche e che, comunque, l'intervento praticato era quello assolutamente più adatto alla patologia.

Nonostante queste critiche, la sentenza in esame si lascia apprezzare per aver chiarito che la lesione del diritto all'autodeterminazione non giustifica, di per sé, il risarcimento del danno biologico. Opinando diversamente si finirebbe con l'identificare il danno con la lesione (c.d. danno-evento) in aperto contrasto con la finalità normalmente risarcitoria e non sanzionatoria delle responsabilità civile³⁵. Piuttosto, continua la sentenza è il danno non patrimoniale a essere risarcibile nel caso di specie. L'insorgenza di una complicanza sconosciuta al paziente può ingenerare in quest'ultimo "un turbamento di intensità correlata alla gravità [della stessa]". Tale turbamento costituisce nella prevalenza dei casi l'effetto del mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente. Ed esso è senz'altro un danno la cui risarcibilità presuppone l'accertamento del nesso causale, da ritenersi esistente in base a una valutazione probabilistica.

La sofferenza però, per rilevare giuridicamente, continua la Suprema Corte, deve oltrepassare la soglia della gravità dell'offesa, all'esito di un bilanciamento tra il principio di solidarietà nei confronti dell'offeso e quello di tolleranza verso il danneggiante secondo il parametro della coscienza sociale in un determinato momento storico. Sul punto la sentenza richiama espressamente la notissima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che, nell'interpretare l'art. 2059 c.c. conformemente alla Costituzione³⁶, ha elevato il requisito della gravità

³⁵ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Danno e resp.*, 2007, 11, p. 1125 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*; in *Foro it.*, 2007, 1460, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no Grazie*; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 12, 2485 ss.; G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 296 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 646 ss.; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, 60 ss., con nota di E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*

³⁶ Cass. Sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Guida al dir.*, 2008, 47, p. 18 ss., con nota di G. COMANDÈ, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss., con note di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; di A. PALMIERI, R. PARDOLESI-SIMONE e G. PONZANELLI e in *Obbligaz. e contr.*, 2009, 106 ss., con nota di G. VETTORI, *Danno non*

dell'offesa (e della serietà del pregiudizio) a condizione di esistenza della lesione del diritto costituzionalmente garantito.

La sentenza in parola ha ammesso, sulla scia delle sentenze gemelle del maggio 2003, la risarcibilità del danno non patrimoniale anche (e soprattutto) quando la riserva di legge, contenuta nell'art. 2059 c.c., è integrata al massimo grado dalla Costituzione³⁷. Di certo - continuano le Sezioni Unite - la previsione di un diritto inviolabile contenuta nella Legge fondamentale esige in caso di sua violazione una tutela almeno risarcitoria. E l'autodeterminazione è senza dubbio un diritto fondamentale della persona.

Superata così la forzatura ermeneutica che aveva confinato il danno non patrimoniale nel danno morale soggettivo, il primo riprende slancio nell'ordinamento giuridico. Esso assurge al rango di categoria unitaria all'interno della quale non sono configurabili autonome sottocategorie di danno. Neppure il danno morale soggettivo è categoria autonoma essendo, tendenzialmente³⁸, ricompreso

patrimoniale e diritti inviolabili, il quale pone in luce alcuni punti critici della pronuncia. Critico anche C. CASTRONOVO, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 5 ss., *Danno esistenziale: il lungo addio*. Nettamente contrario alla sentenza P. CENDON, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 71 ss.

³⁷ La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ha riportato, com'è noto, il sistema della responsabilità civile nell'ambito della bipolarità: danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.). Alcuni autori, tuttavia, pur apprezzando sotto diversi profili la sentenza delle Sezioni Unite n. 26972/2008, si sono mostrati scettici sulla semplificazione che assegna all'art. 2043 la riparazione del solo danno patrimoniale e all'art. 2059 l'esclusività nel disciplinare il danno non patrimoniale (cfr. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, 591, il quale configura un sistema di rilevanza del danno non patrimoniale "a doppio regime").

³⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 5, 247, segnala come dopo l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione, il danno morale soggettivo sia stato investito da un doppio paradosso: 1) la legislazione speciale ha fatto riferimento al danno morale con "finalità indennitarie più che propriamente risarcitorie" (cfr. d.p.r. 3 marzo 2009, n. 37 e d.p.r. 30 ottobre 2009, n. 181); 2) l'attribuzione di una somma di danaro a fronte del dolore e della sofferenza "assume una curvatura funzionale sempre più sbilanciata sul piano sanzionatorio e, correlativamente, della deterrenza nei confronti di comportamenti illeciti" (*amplius* p. 252 ss.). BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 106-107, critica l'idea dell'unitarietà del danno non patrimoniale.





nell'ambito del danno non patrimoniale. La stessa sentenza che si annota si esprime in termini di danno non patrimoniale, consistente, questo, nel caso di specie, nel turbamento e nella sofferenza derivante dal mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente.

Non occorre in questa sede porre in luce i punti di forza e le ombre³⁹ della ricostruzione teorica delle Sezioni unite, la quale, secondo alcuni autori, costituisce una "tappa intermedia"⁴⁰, "un punto di partenza per precisare il ruolo della responsabilità civile"⁴¹. Piuttosto preme ribadire come resti senz'altro aperto il problema della "corretta quantificazione del danno non patrimoniale, in modo conforme all'importanza assunta dalla dignità della persona umana"⁴². A tal fine è comunque decisivo, sia pur nell'ambito di un risarcimento necessariamente secondo equità, allegare e provare, anche per presunzioni, il pregiudizio subito, gli effetti negativi di esso sulla vita quotidiana e tutte le circostanze utili del caso. Il che, consentendo al giudice di esplicitare i criteri di liquidazione del danno, garantisce il controllo della sentenza nei gradi successivi di giudizio.

4. Il nesso di causalità: dalle Sezioni Unite penali a quelli civili.

Il medico che esegue correttamente l'intervento chirurgico - si chiarisce nella sentenza in commento - non risponde della lesione della salute per il solo difetto del consenso prestato dal paziente. Affinché sussista tale responsabilità occorre che vi sia il nesso causale tra la condotta e il danno alla salute. Si deve perciò accertare, qualora si discuta di un'omissione, se la condotta omessa (*id est*: il comportamento doveroso) avrebbe impedito l'evento. Ossia se il paziente avrebbe rifiutato l'operazione

per non incorrere nel rischio della complicità verificatasi.

In questa valutazione viene in rilievo la causalità materiale (o di fatto) i cui principi generali tratti dagli artt. 40 e 41 c.p. valgono, in assenza di una specifica normativa, anche in sede civile. Ma se per molti anni vi è stato un completo appiattimento della giurisprudenza civile su quella penale, nell'ultimo decennio la prima si è staccata - vedremo su quale aspetto - dall'elaborazione penalistica⁴³.

Prima di trattare della giurisprudenza civile è utile ricordare che con la sentenza Franzese le Sezioni Unite penali⁴⁴ hanno disatteso, in tema di nesso di causalità, l'orientamento maggioritario che imputava la responsabilità soltanto in presenza di "serie e apprezzabili probabilità di successo" derivanti dalla condotta omessa⁴⁵. All'opposto, continuano le Sezioni Unite, è anche ragionevole sostenere che il giudice non debba raggiungere la certezza assoluta, condizione, questa, molto difficile da acquisire. Egli deve piuttosto formulare un giudizio di responsabilità caratterizzato da un "alto grado di credibilità razionale" prossimo alla certezza.

Il giudice, tuttavia, a tal fine non deve basarsi soltanto sul coefficiente di probabilità espresso dalla cosiddetta "legge di copertura" (statistica o di esperienza), ma deve altresì confrontare la validità del dato espresso dalla stessa con le circostanze di fatto e con l'evidenza probatoria disponibile. A tal proposito le Sezioni Unite hanno parlato di "elevata probabilità logica" da accertare per imputare l'evento all'esito di una verifica aggiuntiva

³⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, cit., 247-248; cfr. altresì gli autori citati *supra* nelle note 34 e 33.

⁴⁰ S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.*, cit., 595.

⁴¹ G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, cit., 103.

⁴² G. PONZANELLI, *Il difficile 2009 del danno esistenziale, ma il 2010 andrà sicuramente peggio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 7-8-, 370. Proprio sotto il profilo della dignità umana e dell'arricchimento della personalità dell'uomo (art. 2 Cost.) appare non del tutto persuasivo negare il risarcimento del danno non patrimoniale nel caso di uccisione dell'animale di affezione (in tale senso, di recente, ha negato il risarcimento Trib. Milano 20 luglio 2010, n. 9453, in *Leggi d'Italia on line*).

⁴³ Nella ricostruzione del nesso causale in ambito civilistico si applicano gli artt. 40 e 41 c.p. Più precisamente i principi della *condicio sine qua non* dell'evento e dell'equivalenza delle cause temperato, quest'ultimo, dal principio di causalità efficiente desumibile dall'art. 41 co. 2 c.p. A questi si è aggiunto il principio della causalità adeguata (o similmente della regolarità causale) accolto dalla giurisprudenza penalistica per selezionare, secondo una valutazione di prevedibilità *ex ante*, quelle cause che non appaiono inverosimili.

⁴⁴ Cass. Sez. un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 4, 361, con note di M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali sulla causalità omissiva*, di S. LANDINI, *Causalità giuridica e favor veritatis*.

⁴⁵ Quest'orientamento - hanno sottolineato le Sezioni Unite - apriva le porte alla violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa, accogliendo così una nozione debole di nesso causale (bastavano, infatti, per l'imputazione dell'evento probabilità anche inferiori al 50%).

dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica nel caso concreto⁴⁶.

Se questi principi avrebbero potuto costituire un modello generale, la Cassazione civile ne ha correttamente preso le distanze, inizialmente con una motivazione esigua⁴⁷, successivamente con argomenti più solidi⁴⁸ che traggono forza anche dalla moderna concezione della responsabilità civile. Secondo la quale il requisito dell'ingiustizia non è attribuito della condotta (concezione c.d. sanzionatoria) ma del danno⁴⁹.

⁴⁶ Secondo questa impostazione “anche coefficienti medio-bassi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori integranti in via alternativa, possono essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del nesso causale”. Cfr. sul caso delle morti da esposizione all'amianto Cass. sez. pen., 4 novembre 2010, n. 38991, in *Guida la dir.*, 2011, 1, 90, la quale ribadisce che la legge scientifica di copertura non deve essere recepita *sic et simpliciter* dal giudice; egli ne deve piuttosto verificare l'attendibilità rispetto al caso concreto (probabilità logica o elevato grado di credibilità razionale”). Il che vale *a fortiori* quando le teorie scientifiche di spiegazione causale siano antagoniste tra loro”. Qui il giudice deve motivare la scelta di una legge scientifica in luogo di un'altra come la più idonea a spiegare l'efficacia causale di una determinata condotta.

⁴⁷ Cass., 19 maggio 2006, n. 11755, in *Foro it on line*, ha precisato che il criterio espresso dalla sentenza Franzese (alto grado di probabilità logica e di credenza razionale) interessa l'ambito del diritto punitivo ed esattamente il reato omissivo improprio. Qualora venisse in rilievo, come nel caso sotteso a tale pronuncia, un comportamento anche commissivo “la verifica probabilistica si arresta su soglie meno elevate di accertamento contro fattuale”.

⁴⁸ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 1, 35, con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della cassazione a due “dimensioni di analisi e in Danno e resp.*, 2008, 1, 43, con nota di R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*; Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Corr. giur.*, 2008, 6, p. 694 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*.

⁴⁹ Questa ricostruzione ha consentito di liberare le potenzialità applicative dell'art. 2043 c.c., slegandolo dal limite della risarcibilità del solo diritto soggettivo assoluto a vantaggio della tutela di ogni interesse giuridicamente rilevante. Al culmine di tale evoluzione si situa Cass. Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, pubblicata in molte riviste tra cui *Foro it.*, 1999, I-2, 2487, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 965, con note di G. MONATERI, G. PONZANELLI e V. ROPPO, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1262, con nota di C. CASTRNOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, la quale ha ammesso la risarcibilità degli interessi legittimi (soprattutto preten-

Se l'illecito civile si incentra sulla figura del danneggiato e se, come è stato affermato, costituisce un problema di diritto vivente⁵⁰ quello di “[ricercare] criteri sempre più adeguati di attribuzione di un determinato costo sociale”⁵¹, ne deriva una conseguenza. Non è “esportabile in sede civile” la preoccupazione dell'interprete penale sottesa all'orientamento appena esaminato secondo cui il nesso di causalità non può fondarsi sul semplice accertamento di un aumento del rischio⁵².

Le Sezioni Unite civili hanno perciò elaborato una propria formula sintetica per indicare l'esistenza del nesso causale, formula diversa da quella penalistica dell'elevato grado di credibilità razionale”. Nel processo civile “vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non”. Occorre pertanto non la certezza ma la ragionevole probabilità che un evento sia stato cagionato da una determinata condotta commissiva od omissiva⁵³. Questo esito lascia necessariamente permanere dei “marginetti di relatività”⁵⁴, i quali però non infi-

sivi), argomentando dall'ampliamento dell'area della risarcibilità del danno aquiliano. L'art. 2043 c.c., in quanto norma primaria di protezione che configura un sistema atipico, non consente di stabilire a priori, una volta per tutte, quali siano gli interessi meritevoli di tutela. Spetta al giudice selezionare gli interessi giuridicamente rilevanti effettuando un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto. Da una parte quello del danneggiato e dall'altro quello che ha inteso perseguire il danneggiante con il suo comportamento lesivo. Ciò “al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. Questa attività di comparazione e valutazione deve essere condotta alla stregua del diritto positivo. Sulla complessità del sistema delle fonti e dell'interpretazione nella teorica di un unico sistema ordinamentale cfr. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, *passim*.

⁵⁰ Sul concetto di diritto vivente come figura da ricondurre nell'ambito del problema delle fonti del diritto cfr. le belle pagine di L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 141 ss.

⁵¹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

⁵² Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

⁵³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit. Cfr. anche la limpida sentenza della Cass., 4 marzo 2004, n. 4400 (Rel. A. Segreto), in *Danno e resp.*, 2005, 1, 45 ss., con note di M. FEOLA e L. NOCCO, *Il danno da perdita di chance*.

⁵⁴ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., ha esattamente affermato che “ove il ricorso a nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità [incentrato sulla sola probabilità degli effetti della condotta omessa] non può essere esclusa in base al mero rilievo di marginetti di relatività, a fronte di un serio e ragio-



ciano la valutazione positiva sull'esistenza del nesso causale⁵⁵.

Ciò che muta nei due processi è dunque il criterio di esistenza del nesso di causalità e, quindi, la regola probatoria in ordine al collegamento tra condotta ed evento. Quello penale postosi su un piano di maggior rigore, stante la necessità di provare i fatti "oltre il ragionevole dubbio", ha richiesto l'elevato grado di credibilità razionale dell'accertamento giudiziale. Quello civile si è attestato su una soglia di esistenza del nesso, sempre alta, ma meno elevata di quella penalistica⁵⁶.

Vi è comunque un punto di contatto tra le due giurisprudenze: secondo le Sezioni Unite civili la "certezza probabilistica" non può basarsi soltanto sulla percentuale statistica della frequenza dell'evento, ma quest'ultima deve essere verificata alla luce degli elementi di fatto disponibili riguardanti il caso concreto (c.d. probabilità logica). Il giudice deve escludere fattori alternativi, così da ritenere "processualmente certa" la conclusione che l'evento lesivo sia dipeso dalla condotta con "elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica"⁵⁷.

Qualora si prescindesse da questa verifica di congruità con il fatto concreto si trasformerebbe il processo civile in una occasione di verifica solo scientifica demandabile, nella sua interezza, al consulente tecnico. Privando così il giudice della "fun-

zione di operare una selezione di scelte giuridicamente opportune in un dato momento storico"⁵⁸.

Accertata l'esistenza del nesso di causalità materiale si dovrà valutare l'elemento soggettivo della colpevolezza del medico. Qui rileva il diverso piano della prevedibilità ed evitabilità del fatto, dove si impongono doveri comportamentali, la cui violazione è essenziale per aversi responsabilità. Probabilità e prevedibilità sono dunque due dimensioni diverse, entrambe necessarie, per configurare la responsabilità. Vi possono essere casi in cui pur sussistendo il nesso causale tra condotta ed evento non vi è colpevolezza del medico e, dunque, non vi è responsabilità⁵⁹.

5. La qualificazione della perdita di chance.

In caso di mancata informazione sui prevedibili effetti negativi di un intervento chirurgico correttamente eseguito, non sempre - secondo la sentenza in commento - spetta il risarcimento del danno biologico. Occorre, tal fine, provare che il paziente, ove correttamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento.

Qualora tale prova non sia raggiunta, ci si può chiedere (la sentenza in commento non se ne occupa), in ossequio al principio dell'integralità del risarcimento, se sia comunque configurabile la lesione di un bene giuridico diverso dalla salute e dalla sofferenza morale per la conseguenza negativa di cui si era all'oscuro. Esattamente si tratta, con riguardo al caso sotteso alla sentenza che si annota, della perdita della possibilità di evitare l'effetto collaterale dell'intervento chirurgico. Viene in rilievo la cosiddetta perdita di chance, categoria di danno che, consolidatasi nella casistica giurisprudenziale, "si sta costruendo un proprio statuto"⁶⁰.

Com'è noto accanto alla lesione della salute vi può essere il danno da perdita di chance, configurato dalla giurisprudenza come "entità patrimoniale a sé stante giuridicamente ed economicamente valu-

nevole criterio di probabilità scientifica, specie qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti".

⁵⁵ Per una corretta ricostruzione del nesso causale nel caso di lamentato omesso controllo della Consob sul mercato mobiliare di collocamento dei titoli bond argentini cfr., di recente, Trib. Novara, 15 novembre 2010, n. 1062, in *Guida al dir.*, 2010, 48, 16 ss. Il giudice ha negato la responsabilità della Consob mancando sia la prova del momento temporale in cui la mole della contrattazione divenne sospetta - fatto, questo, che avrebbe determinato l'obbligo di intervento da parte della Consob - sia l'accertamento che "le iniziative di Consob avrebbero impedito, con elevato grado di probabilità, la conclusione [del contratto con la banca]."

⁵⁶ Cass. Sez. un., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., chiarisce che la diversità della regola probatoria in ambito civile sul nesso di causalità discende dalla "diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa [a fronte della] equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti". Tale diversità, ricordano le Sezioni unite, è presente negli altri ordinamenti occidentali e anche la Corte di Giustizia ha accettato che la causalità poggi su "logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13 luglio 2006, n. 295)".

⁵⁷ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit.

⁵⁸ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

⁵⁹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., riporta l'esempio in cui il medico sia stato gravemente negligente, ma il paziente muoia ("prima che la negligenza possa spiegare i suoi effetti causali sull'evoluzione del male) per altra patologia, del tutto (o anche solo probabilmente) indipendente dal comportamento del sanitario stesso". In tal caso l'interruzione del nesso causale tra il comportamento del medico e l'evento preclude qualsiasi indagine sulla colpevolezza.

⁶⁰ M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. e impr.*, 2009, 6, 1169, ed ivi ampia trattazione della casistica (p. 1184 ss.).



tabile”⁶¹. Esso si pone su un piano diverso da quello del mancato raggiungimento del risultato, postulando comunque un rapporto obbligatorio, ovvero - come ha sostenuto autorevole dottrina - una relazione governata da un “obbligo di correttezza o di protezione, anche in sede precontrattuale o del c.d. contatto sociale”⁶². La chance perduta non deve palesare, essendo un bene autonomo, l’impedimento di un risultato certo o probabile, ma la semplice perdita della possibilità di consecuzione dello stesso⁶³.

Questa duplicità di piani - risultato/possibilità di conseguirlo - è emersa nitidamente negli ambiti della responsabilità medica⁶⁴ e del rapporto di lavoro⁶⁵.

⁶¹ Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1986, I, 385, con nota di A.M. PRINCIGALLI, costituisce il *leading case* della perdita di chance come danno emergente da perdita di una possibilità attuale; Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit.; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1752, in *Foro it. on line*; Cass., 25 maggio 2007, n. 12243, in *Foro it. on line*; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.; Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Danno e resp.*, 2009, 5, 525, con nota di B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*; Cass. Sez. un., 26 gennaio 2009, in *Danno e resp.*, 2009, 11, 1033, con nota di G. MARENA, *La perdita di chance in diritto amministrativo*; Cass. Sez. lav., 3 marzo 2010, n. 5119, in *Danno e resp.*, 2009, 11, 1033, sulla violazione dei criteri di selezione posti dal bando di concorso.

⁶² S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 82 ss.

⁶³ Secondo Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, cit.: “la chance non diventa risarcibile soltanto se, una volta che la si è individuata, appare di tale consistenza che si può presumere che la sua concreta utilizzazione avrebbe realizzato la consecuzione del risultato oppure se appare probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato quella consecuzione. [Il ragionamento presuntivo o probabilistico è] in funzione della stessa individuazione della chance, nel senso cioè che la situazione fattuale che si vuole determinativa della chance deve essere tale che si possa presumere che essa l’avrebbe determinata o che appaia probabile che l’avrebbe determinata. In altri termini [qui la Cass. slega l’esistenza della chance dal risultato] il ragionamento presuntivo non riguarda l’attitudine della chance a provocare l’effetto favorevole che il danneggiato non ha conseguito, bensì *l’attitudine della situazione di fatto in senso lato in presenza della quale la chance può essere ritenuta esistente*”

⁶⁴ La Cassazione nella citata sentenza del 18 settembre 2008, n. 23846 ha posto in luce come l’omessa diagnosi della malattia incurabile abbia determinato la perdita di una doppia chance: vivere meglio durante l’evolversi della patologia e vivere più a lungo sia pur per pochissimo tempo.

⁶⁵ La Cassazione ha ben distinto la domanda con cui il lavoratore chiede i danni derivanti dall’illegittima mancata promozione (dove quest’ultima si assume come si-

Ora se l’esistenza della chance non dipende, alla luce di tale duplicità, dalla percentuale più o meno elevata di realizzazione dell’interesse, potrà sorgere una pretesa risarcitoria anche quanto la chance sussiste, ma le probabilità dell’evento mancato sono ritenute molto basse (inferiori al 50%). Insomma la presunzione o la probabilità dell’evento incidono sul *quantum* del risarcimento non sull’*an* della chance.

La perdita della possibilità del risultato deve essere certa, sebbene il conseguimento di quest’ultimo sia incerto. Il danno da perdita di chance consiste nella privazione della possibilità di conseguire un

cura) da quella con cui si fa valere la privazione della possibilità di conseguire la promozione in conseguenza della partecipazione al concorso. Poiché si tratta di due beni giuridici diversi, differente è anche l’onere probatorio a carico del danneggiato. Questi se domanda il risarcimento del danno per perdita di chance deve provare, anche per presunzioni o in base al calcolo delle probabilità, che sussisteva la possibilità di conseguire il superiore inquadramento. Il danno sarà liquidato o applicando al parametro della retribuzione che sarebbe spettata un coefficiente di riduzione desunto dalla probabilità favorevole di progredire in carriera (anche inferiore al 50%). Oppure la liquidazione sarà equitativa (ma con congrua e adeguata motivazione da parte del giudice) ai sensi dell’art. 1226 c.c., norma, questa, che presuppone già provata l’esistenza di un danno risarcibile. Se invece il danneggiato domanda la perdita dei vantaggi conseguenti alla posizione lavorativa, si applica il modello della causalità materiale come ricostruito dalla giurisprudenza civile; se le probabilità di vittoria erano elevate si liquiderà tutto il danno derivato dal non aver conseguito la posizione superiore. Il lavoratore pretermesso dovrà tuttavia provare la maggiore consistenza dei propri titoli rispetto a quelli degli altri candidati che lo hanno preceduto in graduatoria. Viceversa la domanda sarà rigettata se le probabilità di vittoria erano scarse. Cfr.: Cass. sez. lav., 22 aprile 1993, n. 4725, in *Foro it. on line*, che distingue tra lesione del diritto di promozione e perdita della possibilità di promozione derivante dal mancato espletamento dello scrutinio e di collocazione in graduatoria; Cass. Sez. lav., 2 dicembre 1996, n. 10748, in *Foro it. on line*; Cass. Sez. lav., 6 maggio 2006, n. 13241, cit.; Cass. Sez. lav., 23 gennaio 2009, n. 1715, in *Leggi d’Italia on line*, secondo la quale, per ritenersi esistente la chance, l’attore deve provare non solo l’illegittimità della procedura di selezione dei lavoratori per una qualifica superiore, ma anche il possesso dei requisiti idonei (in base al bando) a determinare la probabilità di promozione. A tal fine occorre allegare e provare “quegli elementi di fatto idonei a far ritenere che il regolare svolgimento della procedura selettiva avrebbe comportato una concreta, effettiva, e non ipotetica, probabilità di vittoria”. Altrimenti manca l’interesse processuale alla dichiarazione di illegittimità della procedura concorsuale (in senso conforme Cass. Sez. lav., 2 febbraio 2009, n. 2581, in *Leggi d’Italia on line*).





vantaggio, non già nella perdita del risultato finale⁶⁶. Il pregiudizio sta, quindi, secondo la giurisprudenza di legittimità, nella “perdita di una possibilità attuale”, la quale integrerebbe non un lucro cessante ma un danno emergente⁶⁷.

Quest’ultima prospettiva (c.d. ontologica) di analisi strutturale della chance è nettamente diversa dalla prima. Essa, considerando la chance una situazione già esistente nel patrimonio, distinta dal risultato finale, palesa come la sua distruzione costituisca un danno nient’affatto ipotetico o eventuale ma concreto e attuale. Invece la concezione della chance come lucro cessante (c.d. eziologica) ravvisa un danno nell’eliminazione di un presupposto causale indispensabile al compimento del risultato sperato, riferendo così il danno al risultato finale. Qui la chance è un’entità che non preesiste al patrimonio del danneggiato.

Ma la qualificazione della chance come lucro cessante prodottosi a seguito di un fatto illecito non convince. Intanto perché, come esattamente osservato, il lucro cessante di cui all’art. 1223 c.c. richiamato dall’art. 2056 c.c. fa riferimento a una “conseguenza ulteriore di un pregiudizio ingiusto”⁶⁸ e, in verità, nel caso di perdita della chance non si discute di tale conseguenza bensì di un unico bene leso. Oltretutto il lucro cessante è correlato a un vantaggio patrimoniale sicuro⁶⁹, laddove nella perdita di chance si ricorre a un giudizio ipotetico.

Ma anche sotto il profilo dell’ingiustizia, la riconduzione della chance alla responsabilità aquiliana

na palesa alcuni limiti. E’ stato rilevato come manchi una situazione soggettiva lesa⁷⁰ non essendo questa ravvisabile nel patrimonio come situazione unitaria⁷¹. La chance è dunque un danno meramente patrimoniale, ossia un danno che non è più “conseguenza di una situazione giuridica rilevante, ma perdita economica pura e semplice”⁷². E, d’altra parte, opinando diversamente, si finisce per eludere non soltanto il problema dell’accertamento dell’ingiustizia, ma anche quello della “ricostruzio-

⁷⁰ C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1, 33; ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.c. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 2, 321 ss. (in part. 325-326).

⁷¹ S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 75, rileva acutamente come poiché nella prospettiva della responsabilità aquiliana occorre reperire un bene della vita leso, la giurisprudenza ha trasformato la chance “in un elemento del patrimonio del danneggiato preesistente all’evento dannoso (...); ma la chance è per definizione oggetto di una posta di danno che acquista rilevanza giuridica, per lo più, quando è stata vanificata e, quindi, il ragionamento usuale non fa che elevare il contenuto di un pregiudizio al rango di interesse sostanziale sottostante la cui lesione trascolora in danno *in re ipsa*”. Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745, con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti nominati*, e ivi, p. 3104, con commento di A. DE CUPIS, *Il diritto di libertà negoziale*. Il fatto è notissimo. Il pittore De Chirico faceva autenticare la propria firma sul retro di un quadro - rivelatosi falso - recante la propria firma anche sulla tela. L’autentica aveva agevolato la circolazione del dipinto, creando affidamento sull’autenticità in tutti gli acquirenti. E’ proprio il sub-acquirente a chiedere al pittore il risarcimento del danno a titolo di responsabilità aquiliana. La Suprema Corte, nel solco dell’ampliamento - all’epoca già significativo - dell’ambito applicativo dell’art. 2043 c.c., ha individuato il bene giuridico leso nel “diritto all’integrità del proprio patrimonio, e più specificamente al diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell’attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito nei limiti dell’art. 41 Cost.) facendo ragionevole affidamento sulla veridicità delle dichiarazioni da chiunque rese”. Il danno è risarcibile se vi sono agli altri elementi di struttura dell’illecito (colpa e nesso causale). F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 713, critica la teorizzazione giurisprudenziale del diritto all’integrità del patrimonio. Se - sostiene l’A. - si ammette che il terzo sub-acquirente del quadro (dotato di dichiarazione di autentica) possa chiedere al pittore il risarcimento del danno “si viene a teorizzare l’esistenza di una posizione di carattere assoluto pur al di fuori dei diritti reali o della personalità, posizione che l’ordinamento in realtà non conosce”.

⁷² C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 316.

⁶⁶ S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 65, scrive che “chi lamenta la perdita di una chance non invoca la tutela dell’interesse correlato ad un risultato finale che non gli spetta in termini di certezza e, quindi, di pretesa, ma si duole della perdita definitiva della possibilità di perseguirlo e domanda, pertanto, al giudice l’assegnazione di un valore a tale sfumata possibilità”.

⁶⁷ Cass., 25 maggio 2007, n. 12243, cit.

⁶⁸ S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 85.

⁶⁹ La perdita di chance si differenzia altresì dal danno futuro. Quest’ultimo si sostanzia sì nella privazione di un risultato finale da venire o che non è ancora interamente avvenuta, ma tale privazione è certa. La chance attiene invece alla perdita della possibilità di conseguire un vantaggio. Questo è un danno attuale che si realizza al verificarsi del comportamento illecito. Nel danno futuro vi è, invece, una scissione tra il pregiudizio e il fatto dannoso. Coglie questa diversità M. FRANZONI, *La chance*, cit., 1180 (nt 22). In giurisprudenza ricostruiscono la chance come danno futuro: Cass., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno e resp.*, 1999, 5, 534, con nota di U. VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell’aspirante ballerino)*; Cass., 7 ottobre 2010, n. 20808, in *Leggi d’Italia on line*, (il caso riguardava la mancata consegna da parte di DHL della documentazione necessaria per partecipare a una gara di appalto).

ne di un credibile nesso di causalità⁷³. Il risarcimento sarebbe pertanto legato al disvalore della condotta, configurando, così, una discutibile funzione sanzionatoria o punitiva della responsabilità civile. In base alla quale, per definizione, il risarcimento non è rapportato a una perdita del danneggiato.

In verità neppure la ricostruzione giurisprudenziale della chance come situazione giuridica soggettiva autonoma (danno emergente) è impermeabile alle critiche. Intanto perché anche il danno emergente, richiamato dall'art. 2056 c.c., "deve configurarsi come conseguenza diretta e immediata della lesione di una situazione soggettiva"⁷⁴. Inoltre sembra che la Cassazione cada addirittura in contraddizione, per un verso configurando la possibilità del risultato come elemento patrimoniale autonomo rispetto al risultato non conseguito. Per l'altro, con scarsa coerenza, ["assumendo] come base di calcolo della chance proprio il valore dell'interesse finale sperato scontandolo in ragione di un coefficiente di riduzione pari alla probabilità del suo conseguimento effettivo"⁷⁵. In tal modo si finisce col ritenere la perdita di chance sempre risarcibile in misura pari al grado di probabilità quale esso concretamente sia⁷⁶. Ma ciò sarebbe legittimo solo dimostrando che qualsiasi possibilità anche esigua di guadagno è giuridicamente rilevante. Del che si può a ragione dubitare. Occorre allora ricostruire la chance diversamente dalla giurisprudenza.

Secondo la tesi dottrinale preferibile, la chance non è un bene giuridico a sé stante, ma assume rilevanza soltanto all'interno della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione; intendendosi con quest'ultima locuzione sia quella nascente dal contratto sia quella originata dal contatto sociale o dalle trattative. La chance rileva pertanto quando costituisce una *ragionevole aspettativa patrimoniale* che, com'è noto si fonda sull'affidamento. Il quale a sua

volta presuppone una relazione presieduta almeno dall'imperativo di buona fede⁷⁷, come accade ad esempio nelle trattative precontrattuali.

La tesi in esame ha il pregio di non creare una situazione soggettiva lesa forzando così il requisito dell'ingiustizia. Naturalmente ricostruendo la chance come aspettativa (che postula una relazione tra soggetti determinati) ci si allontana nettamente dall'art. 2043 c.c.

Certo è innegabile che anche da questa prospettiva, sotto il profilo dell'esistenza del danno, è ineludibile il problema della soglia al di là della quale la probabilità di guadagno assurge ad aspettativa ragionevole. Tale soglia, è stato affermato⁷⁸, è "inevitabilmente mobile" risentendo del caso concreto. Essa, tuttavia, deve essere "sufficientemente elevata" così da palesare la serietà e la ragionevolezza della possibilità di guadagno alla luce anche del sentire sociale⁷⁹. Affinché ciò si concreti occorrerebbe, secondo autorevole dottrina, che la possibilità di conseguire il risultato favorevole sia superiore al 50%; "diversamente verrebbe a mancare la certezza del danno"⁸⁰. E - si può aggiungere - si aggirerebbe altresì l'accertamento del nesso causale, impiegando il risarcimento in funzione sanzionatoria.

Il monito è senz'altro fondato, ma preconstituendo la percentuale di rilevanza della chance vi è il rischio di assorbire quest'ultima nella perdita del risultato, sovrapponendo così il giudizio di verosimiglianza al giudizio di verità. Sotto questo profilo si è già osservato come la giurisprudenza lavoristica abbia ben distinto la probabilità della promozione dal diritto alla promozione. E la Cassazione civile

⁷⁷ S. MAZZAMUTO, *op.ult. cit.*, 82 e 77. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contraendo*, cit., 33, considera la perdita di chance come un danno meramente patrimoniale che "trova luogo proprio nella responsabilità contrattuale".

⁷⁸ S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 63.

⁷⁹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., ha posto in luce come la causalità penale, civile e, nello specifico di quest'ultima, da perdita di chance, si distinguono sotto il profilo del grado di probabilità. Vi è una sorta di "scala discendente". Sul gradino più alto si trova la causalità penale che richiede la quasi certezza o, comunque, "l'alto grado di credibilità razionale". Al di sotto si colloca la causalità civile incentrata sulle serie e apprezzabili possibilità o, in altri termini, sulla ragionevole probabilità e, dunque, su una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale. Sull'ultimo gradino si trova la causalità da perdita della chance da intendersi come semplice possibilità di conseguire un risultato. Si legge nella sentenza che "quasi certezza (...), probabilità relativa e possibilità sono (...) le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all'indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento".

⁸⁰ M. FRANZONI, *La chance*, cit., 1188.



⁷³ S. MAZZAMUTO, *op.ult. cit.*, 63.

⁷⁴ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 322.

⁷⁵ S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 75.

⁷⁶ Il che rischia di determinare il pericolo di un aumento incontrollato dell'ambito risarcibile. Ma la Cassazione è consapevole di ciò, difatti nella sentenza più volte citata del 18 settembre 2008, n. 23846 cerca di contenere tale pericolo. Nel giudizio di liquidazione il giudice deve applicare due criteri: la *prossimità al conseguimento del risultato* e l'*idoneità a garantire il conseguimento dello stesso*. Sotto il primo profilo vengono in rilievo - si afferma nella sentenza - quelle evenienze che si sarebbero dovute sommare alla chance il cui grado probabilistico inciderà sul valore della stessa che potrà essere anche nullo. In virtù del secondo profilo, invece, potrebbero emergere circostanze tali da rendere la consecuzione del risultato "del tutto remota fino quasi ad escluderla".



più recente ritiene⁸¹ sufficiente la possibilità di consecuzione del risultato.

Se il danno da perdita di chance è dunque legato alla violazione di un obbligo, se ne devono trarre le dovute conseguenze sotto il profilo della distribuzione dell'onere della prova. Il creditore che si ritiene danneggiato prova il titolo del proprio credito, allega l'inadempimento e prova altresì il danno e il nesso causale⁸². Dimostrare l'esistenza del danno significa in concreto oltrepassare quella soglia di probabilità in modo da configurare la chance di un determinato bene (o di un effetto non voluto) come una ragionevole aspettativa.

Applicando questa ricostruzione al caso sotteso alla sentenza in commento, occorrerebbe verificare se la condotta omissiva del medico abbia cagionato la perdita della chance di non vedere insorgere la complicità dell'operazione chirurgica. La risposta positiva è legata all'accertamento della ragionevole probabilità di un esito diverso. A tal fine appaiono appropriati i criteri sopra indicati della necessità o meno dell'intervento chirurgico, della funzionalità dello stesso rispetto alla patologia, dell'esistenza di alternative.

Nel caso di specie, il danneggiato non ha proposto nel giudizio di merito la domanda di risarcimento del danno da perdita della chance. Il che impedisce al giudice del rinvio di pronunciarsi su essa. Non si può infatti ritenere che nella domanda di risarcimento del danno alla salute sia compresa - in quanto sarebbe un *minus* - la domanda di risarcimento del danno da perdita della chance. La ragione

di ciò è chiara: si tratta, per le cose dette, di due domande ontologicamente diverse. Con la prima si fa valere la lesione della salute, con la seconda la perdita della possibilità di un esito diverso.

⁸¹ Si legge in Cass., 18 agosto 2008, n. 23846, cit., che, alla luce della ricostruzione della chance come entità patrimoniale autonoma, "sarebbe irragionevole risarcire la perdita di una chance quando è presumibile o probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato un certo evento e non risarcirla quando la presunzione o probabilità non sussistano. Il modo di essere nell'uno o nell'altro senso della chance sarà semmai incidente soltanto sulla liquidazione del danno, nel senso che nel primo caso la perdita sarà maggiore e nel secondo minore o addirittura inesistente".

⁸² Osserva ancora S. MAZZAMUTO, *op.ult. cit.*, 83-84, che la peculiarità del danno da perdita di chance preclude l'applicazione dell'art. 1227 co. 1 c.c. riguardante, com'è noto, il concorso del fatto colposo del creditore quale elemento che comporta la diminuzione del risarcimento del danno. Nel caso della chance, continua l'A., tale concorso interrompe il nesso di causalità materiale impedendo così il sorgere della stessa. Ciò in quanto la possibilità di conseguire l'evento sperato dipende non solo dall'adempimento del debitore, ma anche da una certa condotta del creditore. Ne consegue che "il concorso colposo ha un effetto *tranchant* sul nesso di causalità materiale". Deve, invece, ritenersi applicabile il comma 2 dell'art. 1227 c.c.