

Diritto Civile Contemporaneo

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

www.diritto civilecontemporaneo.com

Anno II, numero III, luglio/settembre 2015

La “struttura” dei danni da omissione del “consenso informato”

Giampaolo Miotto

La “struttura” dei danni da omissione del “consenso informato”

di Giampaolo Miotto

Con la sentenza n. 12205 del 2015, Rel. Frasca, la terza sezione della Cassazione civile ritorna sul tema del “consenso informato” per riformare una decisione della Corte d’appello di L’Aquila (n. 820/2011) e si sofferma sulla “struttura” della fattispecie dannosa conseguente al compimento di atti medici in assenza dell’assenso del paziente.

L’intento, più che apprezzabile, considerati i non pochi malintesi che ancora aleggiano sulla materia, è quello di un opportuno chiarimento concettuale, solo in parte frustrato da qualche imprecisione teorica e lessicale di troppo.

La sentenza della Corte territoriale appariva, in effetti, condizionata dall’“onda lunga” dei primi precedenti giurisprudenziali, secondo i quali poiché “*non è l’inadempimento da mancato consenso informato che è di per sé oggetto di risarcimento, ma il danno conseguenziale... se non sussiste un rapporto causale tra l’aggravamento delle condizioni del paziente o l’insorgenza di nuove patologie e l’intervento sanitario, non può darsi luogo ad alcun risarcimento del danno*” [Cass. civ., sez. III, 30/7/2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1395, con nota di D’AURIA].

In tal modo il danno-conseguenza da “omesso consenso informato” veniva identificato nella sola lesione dell’integrità psicofisica del paziente, per cui la sua risarcibilità rimaneva condizionata all’“*aggravamento delle condizioni di salute del paziente*”, pur precisandosi come fosse “*del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno*” [Cass. civ., sez. III, 14/3/2006, n. 5444, in *DeG - Dir. e giust.*, 2006, 15, 23, con nota di PULIATTI].

E’ in questa prospettiva che va letta, invero, la decisione della Corte aquilana, che aveva confermato il rigetto di una domanda risarcitoria sul presupposto per cui “*la prestazione sanitaria era stata eseguita con diligenza, prudenza e perizia, non essendovi alternativa all’intervento chirurgico prescelto ed essendo stato lo stesso condotto con esito pienamente positivo, consistente nella totale guarigione della paziente*”, per quanto eseguito in

assenza di un qualsivoglia suo consenso.

Nel caso specifico, il chirurgo aveva informato la paziente, ed ottenuto il suo consenso, in merito ad un intervento chirurgico di *“asportazione di una cisti ovarica”*, ma poi, sulla base di un referto istologico che aveva indotto una diagnosi di adenocarcinoma, ne aveva eseguito uno completamente diverso, e ben più radicale, consistente in *“una laparotomia, una isterectomia totale, una anessectomia bilaterale, una appendicectomia ed omentectomia”*, senza informare la paziente ed ottenerne un nuovo consenso a questo specifico riguardo.

Ciò nondimeno, l'intervento in questione era stato eseguito in modo ineccepibile ed aveva altresì determinato la guarigione della paziente.

Questo felice esito terapeutico aveva tuttavia comportato il sacrificio, del tutto inconsapevole per l'interessata [anche se inevitabile da un punto di vista tecnico], di vari organi interni e della sua stessa capacità riproduttiva, ma, per le ragioni evidenziate, la Corte territoriale aveva escluso che tali menomazioni potessero rappresentare una *“conseguenza dannosa immediata e diretta della condotta inadempiente dei sanitari”* interessati.

A rigore, quindi, non v'era stato un *“peggioramento dello stato di salute”* della paziente, ma piuttosto un suo miglioramento, pur essendosi attuata una menomazione della sua integrità psico-fisica, per quanto indispensabile ai fini della sua guarigione.

Secondo la Cassazione, il rigetto della domanda risarcitoria deciso dai Giudici aquilani *“appare frutto di una non corretta percezione della struttura della fattispecie di illecito, sia esso contrattuale o extracontrattuale”* che ricorre in caso di omissione del *“consenso informato”*, valutazione questa che è del tutto condivisibile.

Tale esordio appare, tuttavia, in qualche modo suggerito dal dibattito acceso a proposito della natura della responsabilità medica dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 del d.l. n. 214/2012 [cd. Decreto Balduzzi], che peraltro la stessa Corte di legittimità ha sin qui risolto ritenendo che la nuova norma non escluda la

configurabilità della responsabilità medica in termini contrattualistici [Cass. civ., sez. VI, 17.4.2014, n. 8940, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, 3, 803; Cass. civ., sez. III, 19.2.2013, n. 4030, in *Guida al diritto*, 2013, 17, 25; non poche voci contrarie a tale impostazione si sono però levate in dottrina: POTETTI, *Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale e civile, dopo il d.l. n. 158 del 2012 (art. 3, comma 1)*, in *Giur. Merito*, 2013, 1744; CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, 378].

In proposito occorre sottolineare che proprio la configurazione del dovere informativo del medico in termini di obbligazione contrattuale è stato uno dei pilastri sui quali la giurisprudenza ha costruito ed affinato, nel tempo, la fattispecie del danno da “omesso consenso informato” [si veda, ad esempio: Cass. Civ., Sez. III, 27.11.2012, n. 20984, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 11, 1337].

Sicché, per un’indispensabile esigenza di chiarezza concettuale, quell’analisi “strutturale” della fattispecie che la Corte s’era prefissa di compiere avrebbe dovuto iniziare proprio dalla constatazione per cui quello gravante sul medico [ed anche sulla struttura sanitaria nel cui ambito questi eventualmente agisca] “è un obbligo contrattuale... perchè è funzionale al corretto adempimento della prestazione professionale, pur essendo autonomo da esso” [Cass. civ., sez. III, 29/09/2009, n. 20806, in *Ragiusan*, 2010, 315-316, 244; in dottrina: CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, 2012, 128; BORRETTA, *Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 906; MONTANARI, *L’inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, in *Danno e resp.*, 2012, 631].

Si tratta quindi di un’obbligazione “tipica” del contratto stipulato dalla struttura sanitaria ovvero di un obbligo comunque inerente a quel “contatto sociale” che la giurisprudenza pone a fondamento delle obbligazioni che gravano sul medico operante in quest’ultima, secondo un orientamento ormai univoco [da ultimo si veda: Cass. civ., Sez. III, 30.9.2014, n. 20547, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, rv 632891], anche se assai discutibile per quest’ultimo aspetto [in merito all’inconsistenza teorica dell’istituto del “contatto sociale”, si veda: ZACCARIA, *Der aufhaltsame*

aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale"), in *Riv. Dir. civ.*, 2013, 1, 77].

Considerati i limiti e le finalità di queste note, ci esimiamo dall'analizzare il contenuto della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione concernente il "consenso informato", limitandoci a sottolineare come la giurisprudenza qualifichi in termini di inadempimento contrattuale l'omessa acquisizione del consenso del paziente ovvero l'acquisizione di un consenso viziato da un'informazione insufficiente, così gravando il paziente stesso, in quanto parte "adempiente", del solo onere di allegarlo ed onerando il medico [e/o la struttura] della prova contraria, in merito al fatto di aver invece esattamente adempiuto all'anzidetta obbligazione [Cass. civ., sez. III 09.2.2010 n. 2847, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 174].

Ciò ovviamente non esclude che il paziente danneggiato possa agire nei riguardi del medico e della struttura anche a titolo di responsabilità aquiliana [Cass. civ., sez. III, 14.7.2006, n. 16123, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1, 56], eventualmente cumulando con quella contrattuale l'azione extracontrattuale, ma, relativamente a quest'ultima, assoggettandosi al regime probatorio che le è proprio, e quindi gravandosi dell'onere di provare l'illecito del medico, consistente nella violazione delle norme che tutelano il diritto assoluto del paziente all'autodeterminazione [artt. 2, 13 e 32, comma secondo Cost.], per la mancata acquisizione del consenso informato [oltre che, ovviamente, l'esistenza del danno e del nesso causale].

Chiarite in tal modo le premesse della problematica in esame, occorre osservare che la Cassazione ha anzitutto focalizzato la propria attenzione sull'identificazione e sul contenuto del "danno risarcibile", in primo luogo evocando a tal fine le nozioni della "perdita" e del "lucro cessante", cui fa riferimento l'art. 1223 c.c. a proposito del danno patrimoniale.

Al riguardo, se è ben vero che il danno da "omesso consenso informato" è suscettibile di produrre anche conseguenze pregiudizievoli di natura patrimoniale,

occorre tuttavia osservare come sia piuttosto quella del danno non patrimoniale [e segnatamente del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione ovvero di quello alla salute, come poi si vedrà] la tematica sin qui indagata da dottrina e giurisprudenza.

E ciò per la semplice ragione che, laddove sussista un danno risarcibile di tal genere, esso è anzitutto ed immancabilmente di natura non patrimoniale e solo eventualmente riguarda anche pregiudizi di contenuto patrimoniale [normalmente nel caso in cui alla menomazione dell'integrità psicofisica conseguano ulteriori pregiudizi in termini di spese ovvero di perdita di reddito].

Sicchè il riferimento ai concetti di *"perdita"* e di *"lucro cessante"* quali danni-conseguenza tipici della fattispecie appare in realtà fuorviante.

Altro equivoco, non solo lessicale, in cui incorre la Corte è quello inerente all'impiego del termine "danno evento" quale sinonimo di "evento dannoso" [o di inadempimento].

Sostenere, come fa la predetta sentenza, che *"il c.d. danno evento"* cagionato dall'omessa acquisizione di un valido consenso consista proprio nello *"stesso estrinsecarsi dell'intervento sulla persona del paziente senza la previa acquisizione del consenso"* [ovvero affermare che *"il danno-evento in questione risulta dalla tenuta di una condotta omissiva seguita da una condotta commissiva"*] implica una pericolosa confusione concettuale, suscettibile di indurre nel lettore la convinzione che l'inadempimento stesso della suddetta obbligazione [ovvero l'attuarsi dell'evento dannoso, ai fini extracontrattuali] integri un danno risarcibile, ciò che invece non è.

Com'è noto, a partire dalle sentenze "gemelle" [Cassazione civile, sez. III, 31.5.2003, n. 8827 e Cassazione civile, sez. III, 31.5.2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I,2273, con nota di NAVARRETTA], secondo le quali *"va disattesa la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di "danno evento"*, la giurisprudenza di legittimità è ormai univoca nel negare la configurabilità stessa di un "danno-evento", che faccia coincidere il danno risarcibile con la lesione dell'interesse protetto.

Pertanto, quel che è risarcibile sono solo i danni-conseguenza di un determinato

evento dannoso [o dell'inadempimento], mentre il solo fatto che questo si sia verificato non dà luogo ad alcun danno suscettibile d'esser risarcito, il che equivale a dire che il danno risarcibile non è mai *in re ipsa*.

Nel caso specifico, pertanto, l'effettuazione di un atto medico in assenza del necessario "consenso informato" del paziente, di per sé sola, non integra un danno risarcibile, mentre tali sono solamente le conseguenze pregiudizievoli che l'atto medico non assentito abbia concretamente cagionato [in dottrina, per una critica della confusione tra "*lesione dell'interesse e danno*", si veda: PUCCELLA, *La responsabilità medica in medicina*, in *Trattato di biodiritto* a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, II, 2, 210 e segg.].

Questa constatazione introduce quella che, in realtà, appare essere la questione nodale dell'intera problematica, dalla quale si ingenerano gli equivoci che tuttora pervadono parte della giurisprudenza, come dimostra pure la sentenza della Corte d'appello aquilana riformata dalla Cassazione nel caso in esame.

Infatti, come poi meglio si illustrerà, l'inadempimento dell'obbligazione di acquisire il consenso informato del paziente [ovvero l'illecito da lesione del suo correlativo diritto] ha natura [almeno potenzialmente] plurioffensiva [in dottrina si veda: AIELLO, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria: danno da emotrasfusioni e violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1772].

Esso è, invero, suscettibile di ledere non solo il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente, ma [in alcuni casi] pure quello alla salute.

Proprio da questo suo peculiare carattere, che la stessa giurisprudenza di legittimità ha percepito [da ultimo: Cass. civ., sez. III, 30.9.2014, n. 20547, in *Dir. & Giust.*, 2014; Cass. civ., sez. III, 16.5.2013, n. 11950, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013, rv 626347], pur senza coglierne tutte le implicazioni, derivano le rimarchevoli confusioni concettuali che tuttora a volte accompagnano l'elaborazione teorica nella materia in esame.

Un opportuno chiarimento in proposito deve necessariamente prendere le mosse dalla consapevolezza che danno da lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica e danno alla salute sono entità ben distinte [PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, 195; CLINCA, *Ragionamento presuntivo e consenso informato: il no della Cassazione al "consenso presunto" nel caso del paziente-medico*, in *Danno e resp.*, 2013, 7, 752].

Da questa constatazione, come si vedrà, derivano conseguenze di non poca importanza.

Prioritariamente è tuttavia opportuno soffermarsi sulle due diverse categorie di danni-conseguenza anzidette, per verificare poi le loro possibili interrelazioni.

La prima osservazione da farsi in proposito è che, per quanto l'esecuzione di un atto medico in assenza di consenso informato intuitivamente vada ad incidere prima di tutto sul diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente, non può affatto escludersi che essa leda pure il suo diritto alla salute [anch'esso, com'è noto, costituzionalmente tutelato dall'art. 32, comma primo Cost.].

Ciò avviene nel caso in cui l'attività terapeutica illecitamente attuata produca un peggioramento dello stato di salute del paziente, ipotesi che non sempre si verifica, posto che il suo esito può consistere invece [come avviene in molti casi] nella guarigione ovvero in un miglioramento della sua salute.

E' proprio l'ipotesi di un danno alla salute verificatosi in assenza di consenso informato all'atto medico che ha ingenerato le incertezze interpretative e gli errori concettuali dianzi evidenziati.

Il fatto che, per aversi danno alla salute risarcibile, sia necessario che all'atto medico segua un peggioramento dello stato di salute del paziente, ha invero indotto a credere che nei casi in cui ciò non sia avvenuto [come si è verificato nel caso deciso dalla Corte aquilana] non vi sia alcun danno risarcibile.

L'erroneità di questa soluzione è dimostrata dalla semplice constatazione della già rilevata, potenziale plurioffensività dell'inadempimento [o dell'illecito] di cui si tratta, per cui il fatto che quest'ultimo non abbia leso uno dei beni giuridici esposti ad un possibile pregiudizio [il diritto alla salute] di per sé non esclude che l'altro [il

diritto all'autodeterminazione terapeutica] ne sia rimasto invece pregiudicato.

Al riguardo, pertanto, non è affatto necessario scomodare il "*principio della cd. compensatio lucri cum damno*", per affermarne l'inapplicabilità alla fattispecie in discussione, come ha fatto la sentenza annotata, essendo sufficiente constatare che proprio la "diversità" dei due anzidetti beni giuridici rende possibile che l'inadempimento [ovvero l'evento dannoso] leda anche uno solo di essi, e non l'altro.

Ciò detto, è possibile altresì chiarire che, laddove invece, si verifichi un peggioramento delle condizioni di salute del paziente, e si attualizzi quindi un danno-conseguenza da lesione del diritto alla salute per effetto di un atto medico non assentito, a nulla rileva che la condotta del medico operante sia stata tecnicamente ineccepibile, dovendosi ricondurre l'esito infausto dell'atto terapeutico al novero delle complicanze prevedibili e non evitabili [Cass. civ. n. 2847/2010 citata], di cui questi [e la struttura sanitaria in cui operi] deve rispondere, ancorché ad essi non imputabile a titolo di "responsabilità medica" propriamente intesa.

In pratica: in questo caso è il fatto di aver eseguito attività medica in assenza del consenso informato, e non già quello di averla effettuata in modo imperito, negligente o imprudente, a rappresentare l'antecedente causale del peggioramento delle condizioni di salute del paziente e a determinare l'insorgere della responsabilità civile del medico [e della struttura].

Pertanto, in definitiva, è su quest'ultimo che in tal caso viene a gravare il rischio delle complicanze a lui non imputabili, ma prevedibili, dell'atto medico non assentito: "*in difetto di "consenso informato" da parte del paziente, l'intervento terapeutico costituisce un illecito, sicché il medico risponde delle conseguenze negative che ne siano derivate quand'anche abbia correttamente eseguito quella prestazione*" [Cass. civ. n. 2847/2010 citata; in dottrina: IADECOLA, in IADECOLA e BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili*, Milano, 2009, 11].

Come si è visto, sotto un altro punto di vista, l'esito dell'atto medico sulla salute del paziente non esercita invece alcuna influenza sulla lesione del suo diritto all'autodeterminazione terapeutica, sicchè questa non può reputarsi esclusa dalla guarigione del paziente o dalla mancanza di conseguenze peggiorative del suo stato di salute [come è stato affermato da quelle decisioni che hanno distinto con chiarezza i due diversi tipi di danno-conseguenza, ad esempio: Cass. civ. n. 11950/2013, 20547/2014 citate; in dottrina si vedano: CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 117 e 131; PUCCELLA, *opera citata*, 153 e segg.; PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. Dir. civ.*, 2001, I, 347 e segg.; DI CRISTO, *Il difetto di consenso al trattamento medico sanitario*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, 279].

Ed è proprio sui danni-conseguenza causalmente derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione che si sofferma la sentenza in esame, anzitutto per chiarire che "il bene tutelato con riferimento al procedere senza acquisizione del consenso informato è la libertà di autodeterminazione circa il proprio stato psico-fisico", e cioè il diritto ad una "consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico", inteso "quale vero e proprio diritto della persona", come tale tutelato dagli artt. 2, 13 e 32, comma secondo Cost. [al riguardo si vedano: Corte Cost., 23.12.2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 4945, con note di BALDUZZI, PARIS, MORANA, CORAGGIO; Corte Cost. 30.7.2009, n. 253, in *Giur. cost.*, 2009, 4, 3474; quanto alla giurisprudenza di legittimità, si veda, *ex multis*: Cass. Civ., Sez. III, 28.7.2011, n. 16543, in *Giust. Civ.*, 2013, 5-6, 1169].

Si tratta, dunque, di un diritto inviolabile, costituzionalmente tutelato, ben distinto dal diritto alla salute, la cui lesione è suscettibile di produrre autonomi danni-conseguenza non patrimoniali, ben diversi dalla menomazione dell'integrità psico-fisica della persona, e in quanto tali autonomamente risarcibili rispetto a quest'ultima.

La medesima sentenza, seppure con qualche imprecisione, esemplifica vari tipi di pregiudizi di tal genere, facendo riferimento a quelli, da ritenersi emblematici, già

indicati dalla citata Cass. Civ. n. 2847/2010: *“il caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell’ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere”*, così come il *“turbamento”* e la *“sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad un atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate”* ed altri ancora.

A questo proposito è bene richiamare alcuni altri passaggi di Cass. Civ. n. 2847/2010, che può considerarsi una vera pietra miliare in materia.

Anzitutto essa si era preoccupata di precisare come *“condizione di risarcibilità”* di tal genere di danni-conseguenza [di natura non patrimoniale] fosse la loro eccedenza rispetto alla *“soglia della gravità dell’offesa”*, così come teorizzato in linea generale *“dalle sentenze delle Sezioni unite nn. da 26972 a 26974 del 2008”*, al fine di assicurare un necessario *“bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza”*: quindi pregiudizi pur esistenti ma che, in relazione alla *“coscienza sociale in un determinato momento storico”*, appaiono di minima entità non sono risarcibili.

Per concludere su questo punto, si può convenire che, laddove effettivamente sussistano conseguenze pregiudizievoli di tal genere [di entità tale da superare la suddetta *“soglia”*], queste assumono *“rilievo ai fini risarcitori, benché non sussista lesione della salute”*, e ciò proprio in relazione all’autonomia ed alla rilevanza costituzionale del *“diritto all’autodeterminazione in sé stesso considerato”* rispetto a quello alla salute.

Queste conclusioni consentono quindi di risolvere abbastanza agevolmente, sul piano pratico, la problematica affrontata dalla Cassazione nel caso in esame, vale a dire se possano esservi danni risarcibili anche nel caso che l’atto medico non assentito non abbia recato danno alla salute del paziente e quale natura possano avere tal genere di danni.

Esse, tuttavia, inducono a qualche riflessione in più sul piano teorico e a più d’una puntualizzazione in merito ad alcuni corollari gravidi di rilevanti conseguenze pratiche.

E’ infatti molto utile approfondire ulteriormente l’analisi della *“struttura dell’illecito”*

di cui si discute [per utilizzare un'espressione impiegata dalla sentenza in esame], per meglio chiarirne altri aspetti di non poca importanza.

In proposito il fatto che il danno alla salute, in termini di peggioramento dello stato psico-fisico del paziente, sia solo eventuale sottolinea come, in realtà, esso non rappresenti affatto l'evento dannoso [ovvero l'inadempimento tipico] della fattispecie [quale rimane sempre e solo il compimento dell'atto medico non assentito], bensì una delle possibili conseguenze pregiudizievoli di quest'ultimo, come tale meramente eventuale.

Questa constatazione ha importanti conseguenze sul piano probatorio.

Pacifico che, per ciò che attiene un'eventuale azione di responsabilità extracontrattuale, l'onere di provare il danno, e cioè il peggioramento dello stato di salute, grava sul danneggiato stesso, egualmente è a dirsi pure in caso di azione contrattuale.

Infatti, nel caso specifico, l'inadempimento del medico e/o della struttura non concerne tanto la prestazione consistente nel compimento dell'atto medico in sé considerato, quanto quella, completamente diversa, relativa alla somministrazione di un'adeguata informazione propedeutica al compimento del medesimo atto ed all'acquisizione del consenso del paziente.

Per ciò che attiene al regime probatorio della relativa azione di responsabilità contrattuale, l'ormai radicato principio giurisprudenziale per cui *"il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del professionista, restando a carico dell'obbligato l'onere di provare l'esatto adempimento"* [da ultimo: Cass. civ., sez. III, 20.10.2014, n. 22222, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, rv 633277] si applicherà pertanto a quella che, nella fattispecie in esame, è la prestazione rimasta inadempita, vale a dire quella relativa al menzionato obbligo informativo, di cui il paziente potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento, salva la facoltà del medico e/o della struttura di provare di averla esattamente eseguita.

Graverà invece sul paziente l'onere di allegare e provare il peggioramento del suo stato di salute [così come il pertinente nesso causale], posto che, nella fattispecie

in esame, questo non è l'oggetto della prestazione contrattualmente dovuta, ma rappresenta invece un danno-conseguenza causato dal suo inadempimento.

Di tale prova sarà dunque onerato il paziente, in quanto *“benché il creditore della prestazione, in caso di inadempimento contrattuale, non sia gravato dell'onere di provare quest'ultimo, egli è pur sempre onerato della prova del danno e del nesso causale fra inadempimento ed evento dannoso”* [Cass. civ., sez. III, 14.6.2011, n. 12961, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 10, 2039, con nota MIOTTO].

Analogamente avverrà per i danni-conseguenza derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, quali si sono dianzi esemplificati.

Pure in questo caso sarà onere del contraente adempiente, vale a dire del paziente, allegare con precisione e provare, anche presuntivamente, le conseguenze pregiudizievoli subite a causa della lesione dell'anzidetto diritto [in dottrina: PUCCELLA, *opera citata*, 224; in giurisprudenza: Cass. civ., Sez. un., 1.7.2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2195, con nota di GIACOBBE].

Tale ultimo aspetto della problematica in esame pare essere, invece, sfuggito alla Cassazione nella sentenza annotata, laddove questa, anziché rimettere al Giudice del rinvio la valutazione dell'adempimento dell'onere di allegazione e prova che gravava sul danneggiato a questo riguardo, si è sostituita *toti court* a quest'ultimo [al paragrafo 2.12. della motivazione] nell'indicare i pregiudizi che questi avrebbe subito nel caso specifico per effetto della lesione del suo diritto all'autodeterminazione terapeutica [senza che detti pregiudizi risultino dall'illustrazione della ragioni di impugnazione ad essa devolute, quale emerge dalla medesima motivazione].

Altra questione di non poca importanza [alla quale fa cenno anche l'ultima parte della sentenza annotata] è quella riguardante la prova del nesso di causalità *“tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento”*, per la quale, come ha evidenziato la più volte citata Cass. civ. n. 2847/2010, come in ogni altra ipotesi di responsabilità da condotta omissiva, occorre procedersi ad

una “*valutazione controfattuale ipotetica*”, al fine di stabilire “*se la condotta omessa avrebbe evitato l'evento ove fosse stata tenuta*”, si da provare la sussistenza del necessario nesso eziologico fra l'una e l'altro [nello stesso senso si vedano pure: Cass. civ., sez. III, 30.3.2011, n. 7237, in *Dir. e Giust. online*, 2011; Cass. civ., sez. III, 17.2.2011, n. 3847, in *Guida al diritto*, 2011, 14, 42, con nota di MICALI; Cass. civ., Sez. III, 16.5.2013, n. 11950, in *Guida al diritto*, 2013, 33, 57].

In questo caso, nel concreto, si tratta pertanto di stabilire se “*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*”.

Al fine di poter eseguire con esito positivo una simile valutazione, “*deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico (informazione, ai fini dell'acquisizione di un consapevole consenso) non avrebbe comunque evitato l'evento (lesione della salute)*”.

In altre parole, ai fini della risarcibilità del danno-conseguenza relativo alla lesione del diritto alla salute, secondo la citata giurisprudenza di legittimità, è indispensabile che il danneggiato alleghi e provi, anche presuntivamente, che, se fosse stato correttamente informato, avrebbe rifiutato il trattamento terapeutico praticatogli in assenza del suo consenso informato.

In proposito va fatta un'importante precisazione.

L'anzidetta decisione e quelle successive [ad esempio: Cass. civ. 20547/2014 citata] paiono ipotizzare che una valutazione del genere rilevi ai fini del solo danno-conseguenza rappresentato dalla “*lesione della salute*”, e non anche di quelli che derivino dalla lesione dell’“*autodeterminazione*” del paziente.

A ben guardare, tuttavia, una simile limitazione non ha alcun fondamento razionale.

Infatti, i termini dell'anzidetta valutazione controfattuale sono rappresentati da un lato dalla condotta del medico [ovvero dalla prestazione da lui esigibile dal paziente] e dall'altro dall'evento dannoso [ovvero dall'inadempimento di quella prestazione].

Pertanto, una volta che tale giudizio si risolva in senso negativo, perché il

danneggiato non ha allegato e provato che, se gli fosse stata somministrata una corretta informazione, avrebbe rifiutato il trattamento terapeutico in concreto praticatogli, tutte le conseguenze pregiudizievoli conseguite a quell'evento [ovvero a quell'inadempimento], e non solamente alcune di esse, debbono considerarsi irrisarcibili, difettando il necessario nesso di causa.

Sicché, in tal caso, anche i danni-conseguenza inerenti alla lesione del diritto all'autodeterminazione vanno espunti dal novero dei danni risarcibili, al pari di quelli pertinenti alla lesione del diritto alla salute: mancando il nesso di causa, nessun pregiudizio consequenziale all'evento dannoso [ovvero all'inadempimento] potrà essere risarcito.

Riassumendo i termini della questione di cui si è fin qui discusso, pare quindi potersi concludere che la "struttura" dei danni da omissione del "consenso informato" può essere definita proprio tenendo conto da un lato della natura dell'inadempimento [ovvero dell'illecito] ricorrente nel caso specifico, in quanto consistente nell'esecuzione di un atto medico in assenza del necessario consenso informato del paziente, e dall'altro della natura potenzialmente plurioffensiva di tale inadempimento [o illecito], in quanto suscettibile di ledere tanto il bene giuridico dell'autodeterminazione terapeutica, quanto quello della salute [quest'ultimo nell'ipotesi che si realizzi un peggioramento dello stato di salute del paziente, a prescindere dalla eventuale adeguatezza della prestazione medica effettuata], beni questi che sono entrambi oggetto di autonomi diritti costituzionalmente tutelati [e quindi suscettibili di dar luogo al risarcimento del danno non patrimoniale, ex art. 2059 c.c., in caso di lesione].

Una volta che si realizzi l'anzidetto inadempimento [o evento dannoso], risulteranno risarcibili quei danni-conseguenza [consistenti da un lato nei diversi pregiudizi che possono conseguire alla lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica e dall'altro nella menomazione dell'integrità psico-fisica del paziente e nelle sue eventuali sequele di natura patrimoniale] che il danneggiato stesso abbia

allegato e provato, secondo il regime probatorio proprio di ciascuna tipologia di danno, gravando altresì su di lui [tanto ai fini dell'azione di responsabilità contrattuale che a quelli dell'eventuale azione extracontrattuale] la prova del nesso di causa tra inadempimento [o evento dannoso] e pertinenti conseguenze pregiudizievoli [ai fini dell'anzidetta valutazione controfattuale]. Ciò con la precisazione che l'assenza di un danno alla salute non pregiudicherà affatto la risarcibilità dei pregiudizi conseguiti alla lesione del bene giuridico dell'autodeterminazione terapeutica che il danneggiato abbia allegato e provato nei termini anzidetti.

Questa Nota può essere così citata:

G. MIOTTO, *La "struttura" dei danni da omissione del "consenso informato"*, in *Dir. civ. cont.*, 21 luglio 2015