

BARBARA SALVATORE

LA RELAZIONE TRA MEDICO E PAZIENTE OGGI:
DIRITTI E RESPONSABILITÀ

La constatazione del ruolo centrale assunto dalla persona, dai suoi valori e dai suoi diritti nell'ordinamento, *in primis* attraverso la Costituzione, ha comportato, come a tutti noto, un ripensamento circa la posizione del paziente all'interno della relazione di cura, in ragione del singolo apporto che quest'ultimo è nel potere ed è in grado di esprimere. Contemporaneamente, il progresso scientifico e tecnologico ha ampliato le possibilità della medicina di influire sulla malattia, consentendo di agire, in misura sempre diversa, sull'integrità corporea del paziente. L'introduzione di metodologie di cura sempre più invasive che, attraverso presidi tecnici e macchinari sofisticati, sono in grado di sostituirsi a diverse funzioni vitali dell'organismo, impone la riflessione circa il ruolo del paziente nelle scelte che riguardano il proprio corpo.

Sotto altro versante, l'evoluzione della società dell'informazione ha reso accessibili al pubblico in misura sempre crescente le conoscenze professionali nonché gli errori legati all'esercizio della professione sanitaria. La divulgazione della conoscenza ha quindi comportato, pur correttamente, la sottomissione dell'arte medica alla logica della riproducibilità tecnica di guisa che il medico non è più considerato quale detentore del "sapere assoluto" ma come prestatore di servizi. Di fronte a queste conquiste si è, quindi, sempre meno disposti ad accettare le fatalità e gli esiti negativi – purtroppo possibili – connessi ad un certo percorso terapeutico.

Queste iniziali riflessioni servono a comprendere come la relazione tra medico e paziente oggi sia più che mai al centro dell'attenzione giuridica, non solo per il suo fondamento teorico valoriale ma soprattutto in relazione alle fattispecie giuridiche e alle connesse responsabilità che possono venire in rilievo.

Il nodo problematico della *alleanza terapeutica*, che sempre deve guidare il rapporto di cura, si rinviene nell'atto attraverso il quale il paziente esprime la propria volontà in ordine al trattamento sanitario propostogli ed in tal modo autorizza il medico all'intervento. Il consenso dell'interessato si svela quale elemento essenziale e come presupposto imprescindibile

per ogni attività che si compia sulla propria sfera personale e corporea; attraverso l'atto di consenso al singolo trattamento terapeutico proposto, è possibile studiare l'ampiezza ed i limiti delle libertà del malato nonché la relazione di cura e le sue caratteristiche.

La Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 438 del 2008, individua nel consenso informato del paziente un diritto della persona, fornendone anche una chiara definizione teleologica¹; il consenso appare, nella ricostruzione del giudice delle leggi, funzionalizzato sia alla realizzazione della autodeterminazione del soggetto che alla sua salute. L'importanza di questa sentenza è di immediata evidenza, quanto all'affermazione del diritto al consenso informato, ma ancor di più quanto al riconoscimento del diritto all'autodeterminazione come autonomo diritto della persona²;

- 1 Corte Cost. 438/2008, in *www.Dejure.Giuffrè.it* dove testualmente: "il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». [...]. Analogamente Corte Costituzionale 253/2009, in *www.Dejure.Giuffrè.it*.
- 2 Cfr. S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 3; l'A. non ha mancato di rilevare come tale sentenza sia interessante quanto alla qualificazione del consenso come diritto, ma ancor di più quanto alla qualificazione del diritto alla autodeterminazione come diritto fondamentale della persona di cui, appunto, assieme alla salute, il consenso sarebbe espressione. Tra gli altri parla di "autonomo diritto all'autodeterminazione distinto dal diritto alla salute" anche G. MARINI, *Il Consenso*, in S. Rodotà e M. Tallacchini (a cura di), *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 367.
L'attenzione che l'autodeterminazione suscita in dottrina è testimoniata dagli innumerevoli contributi che in questi anni sono sorti sul tema. Senza alcuna pretesa di esaustività C. VENDITTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e autodeterminazione*, in AA. VV., *Trattato notarile* diretto da F. Preite, Atti notarili diritto privato comunitario e internazionale, F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), vol. 4, *Diritto comunitario*, tomo 1, Utet Giuridica, W.K.I., Milano, 2011, 196 ss.; G. CRICENTI, *Diritto all'autodeterminazione? Bioetica dell'autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 203 ss.; R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1037, ss.; S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà e M. Tallacchini (a cura di), *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 172 ss.; G. MARINI, *Il Consenso*, cit., 367 ss.; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art.*

essa però, non ha eliminato i dubbi e le difficoltà che possono presentarsi nel difficile bilanciamento tra il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione, ed anzi la sintesi di entrambi espressa dal consenso contribuisce a creare fraintendimenti e sovrapposizioni. A fronte, infatti, della ricostruzione della Corte Costituzionale, che si richiama ad una duplice fonte rappresentata dagli art. 13 e 32 II co. Cost., si evidenziano da un lato l'odierno concetto di salute, che non può più dirsi ristretto ad una visione oggettiva della malattia estendendosi al benessere del paziente in linea con la percezione personale e soggettiva della patologia³, e dall'altro i principi di Dignità e di Integrità personale così come tracciati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴. Rilevare, quindi, come il consenso sia

32, 2 co. Cost. al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita, in *Dir. pubblico*, 2008, 85 ss.; A. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contr. e impr.*, 2006, 610 ss; M. FRANZONI, *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 581 ss; S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011.

- 3 P. ZATTI, *Rapporto medico- paziente e integrità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 404; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 69. È d'obbligo fare riferimento a Corte Cost. 24 aprile 1985, n. 161 in *Giur. Cost.*, 1985, I, 1173 ove la Corte conferma la legittimità della legge del 1982 n. 164 sul cambiamento di sesso definendo l'intervento chirurgico come un atto terapeutico teso alla realizzazione del diritto alla salute del transessuale. La stessa definizione del concetto di salute offerta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità fa riferimento ad un concetto ben più ampio della semplice assenza di malattia ma considera il benessere psichico, fisico e sociale dell'individuo. Cfr. il Preambolo della Costituzione OMS-WHO (22.7.1946-7.4.1948) come citato da ZATTI, *op. ult. cit.*, 404: "*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*".

- 4 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (comunemente definita Carta di Nizza), che è entrata pienamente in vigore nello Stato italiano nel 2009, successivamente alla sua riformulazione a Strasburgo (2007), stabilisce all'art. 3, rubricato *Diritto all'integrità della persona*, che: "nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: – il consenso libero ed informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge [...]". Si veda anche la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina (comunemente definita Convenzione di Oviedo) la quale non è entrata direttamente in vigore all'interno dello Stato Italiano, pur in presenza della legge di ratifica, stante il mancato deposito della legge presso il Consiglio d'Europa, prevede un apposito capo dedicato al consenso all'interno del quale pone la regola generale: "Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato".

Il codice di deontologia medica approvato nel 2006 dalla Federazione Nazionale degli Ordini de Medici Chirurghi e degli Odontoiatri si occupa in molti articoli

espressione non più e non soltanto della tutela della salute (oggettiva) del soggetto, ma soprattutto espressione del diritto fondamentale all'autodeterminazione, ha importantissime ripercussioni quanto alla sua concreta ed effettiva realizzazione nonché alla sua tutela⁵.

Le modalità attraverso le quali viene raccolto il consenso del paziente al trattamento prescelto mostrano, però, la divaricazione esistente a tutt'oggi tra la astratta enunciazione del diritto e la sua concreta realizzazione. Se, da un lato, la legislazione sia nazionale che internazionale inserisce il consenso informato tra i diritti fondamentali della persona, la pratica della acquisizione dello stesso, attraverso moduli prestampati, impedisce di fatto la reale comunicazione tra paziente e sanitario e, l'effettiva informazione, necessaria ed imprescindibile perché il consenso possa dirsi consapevole. La burocratizzazione di tale procedura evidenzia come la traduzione giuridica delle regole proprie del consenso debbano, quindi, essere ripensate.

La realizzazione della collaborazione nella scelta terapeutica si scontra, purtroppo, non solo con le pratiche su accennate, ma con la stessa elaborazione giurisprudenziale in tema di violazione del consenso informato. Analizzando, infatti, le sentenze emesse dai giudici di merito e di legittimità, ci si accorge come la pretesa violazione del consenso informato sia oggi divenuta la strada più frequente attraverso la quale il paziente, insoddisfatto per l'esito del trattamento ricevuto, cerca giustizia.

La valorizzazione dell'obbligo di informazione a carico del sanitario sembra abbia portato, piuttosto che ad un ripensamento del ruolo del paziente (e di conseguenza del medico) nella scelta terapeutica, ad addossare rischi e conseguenze infauste dell'intervento sul paziente che lo accetta. Attraverso la sottoscrizione del modulo del consenso informato il paziente assume su di sé rischi e conseguenze dell'intervento, a prescindere dalle concrete cause che le hanno determinate. Questa visione implica che, di converso, ogni volta che si lamenti la violazione dell'obbligo di informazione, il sanitario debba essere ritenuto responsabile di tutti i danni in

del dovere di informazione e del consenso del paziente. In particolare in merito al rifiuto della terapia prevede all'art. 32: "in ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, ove non ricorrano le condizioni di cui al successivo articolo 34". Ed in base all'art. 34: "Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso".

5 Cfr. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., 1046.

concreto sofferti dal paziente, anche qui indipendentemente dalle concrete cause che li hanno determinati.

Occorre, pertanto, ripensare al principio del consenso informato di modo che esso possa effettivamente realizzare il diritto del soggetto ad una consapevole scelta sanitaria ed arginare pratiche di medicina difensiva nonché forme automatiche di risarcimento del danno che finiscono per paralizzare l'attività del sanitario.

Quanto al versante giuridico, si è assistito e si assiste tutt'oggi ad un ripensamento della responsabilità civile che ha spostato la sua attenzione, come noto, dall'autore del danno alla vittima⁶. Questo ripensamento, in ragione della preminenza di valori personali quali la salute e l'autodeterminazione, ha investito soprattutto la responsabilità medica, stante l'inadeguatezza delle regole tradizionali in tema di contratto d'opera professionale a offrire tutela e ristoro al paziente danneggiato⁶.

Le peculiarità della relazione medico paziente hanno, così, portato la dottrina e soprattutto la giurisprudenza ad ipotizzare per la responsabilità sanitaria un vero e proprio "sottosistema" della responsabilità civile⁷ ovvero un sistema di "frontiera avanzata" attraverso il quale si assiste alla propagazione di regole operazionali nuove anche in altri settori⁸.

L'esigenza di tutela del paziente, sia con riferimento all'interesse primario alla salute sia con riferimento al ruolo che l'autodeterminazione terapeutica riveste oggi nel rapporto di cura, ha ispirato una ricostruzione del rapporto sanitario in termini unitari, indipendentemente dalla sua fonte. Quella che è stata definita la "contrattualizzazione" della responsabilità sanitaria ha inteso ricostruire l'attività medica, sia quando sia esercitata in forma privata sia quando si concretizza nell'erogazione di un pubblico servizio, sia ancora con riferimento ai singoli professionisti operanti nelle

6 Si è passati da un regime di quasi immunità basato sull'interpretazione dell'art. 2236 c.c. in tema di contratto d'opera intellettuale al regime odierno basato, al contrario, sulla agevolazione – per ragioni di tutela sostanziale e processuale – delle ragioni del paziente.

7 Il riferimento è a R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995 la quale parla di "sottosistema" risultato dalle regole giurisprudenziali, che si è imposto oltre la bipartizione della responsabilità civile.

8 È la riflessione svolta da E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, in *Studi offerti ad Antonio Venditti*, vol. II, Napoli, 2009, 1018, il quale fa riferimento alla rapida propagazione ad altri settori del modello di responsabilità contrattuale fondato sul "contatto sociale" inaugurato per la responsabilità del medico-dipendente della struttura pubblica da Cass. 22 gennaio 1999, n. 589 in *Corr. giur.*, 1999, 441 con nota di DI MAJO.

strutture pubbliche, come un *unicum* caratterizzato dalla professionalità del medico, la quale inevitabilmente determina un affidamento nel paziente che con lui entra in contatto.

L'esigenza di una tutela sempre più forte da accordare al paziente, sia sotto il profilo delle ipotesi di risarcimento, sia sotto la forma di responsabilità maggiormente in grado di realizzare tale scopo, ha portato ad un ampliamento delle ipotesi in cui si è concesso risarcimento e ad un loro inquadramento all'interno della responsabilità contrattuale⁹. La riflessione si incentra, quindi, su di un tema "classico" della responsabilità professionale medica, il quale dovrebbe essere idoneo ad individuare l'ambito della misura della diligenza in concreto esigibile al debitore.

Da queste premesse discende il primo dei problemi che si intende esaminare attraverso queste brevi riflessioni, che riguarda in particolar modo il contenuto dell'obbligo di informazione gravante sul medico.

La constatazione che, nella fattispecie di cui ci si occupa, il contenuto della prestazione medica non è determinato in maniera precisa al momento della conclusione del contratto ma necessita di una compiuta indagine diagnostica per poter evidenziare patologia e cura specifica, testimonia la complessità della prestazione sanitaria e la riconduzione dell'obbligo di informazione e del conseguente consenso del malato alla fase attuativa del rapporto. Anche l'obbligazione di informazione, cui è obbligato il medico, ha finito con l'essere inserita all'interno della fattispecie contrattuale: esso, infatti, interviene in una fase del rapporto tra medico e paziente successiva alla conclusione del contratto e alla diagnosi, ma preliminare rispetto all'esecuzione della prestazione di cura (interventistica). In particolare si è osservato, come l'attività del medico consti di diverse fasi e solo all'esito dell'esatta diagnosi e dell'analisi del quadro clinico, il medico potrà proporre una opzione terapeutica, specificarne rischi e conseguenze nonché illustrare le alternative possibili. In questo modo l'attività informativa penetra all'interno del contratto o del contatto (relazione qualificata che lega il paziente al sanitario¹⁰) e diviene un obbligo da questi discendente. La

9 R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, cit., 394. L'A. attraverso una puntuale disamina della giurisprudenza mostra come all'interno del settore sanitario le regole operazionali relative alla responsabilità sono state modificate in modo da creare un sistema *ad hoc* per tale tipologia di contenzioso. Cfr. anche U. IZZO, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 130.

10 Ci si riferisce all'ipotesi di relazione terapeutica tra il paziente ed il medico dipendente dalla struttura sanitaria, ove un contratto può dirsi concluso esclusivamente

sua violazione determinerà, pertanto, una responsabilità contrattuale con il previsto e più agevole regime dell'onere della prova¹¹.

La tendenza alla enfattizzazione dell'obbligo di informazione appare avvalorata da quella rielaborazione critica della stessa obbligazione e delle sue definizioni. La distinzione, da alcuni definita "artificiosa", tra obbligazioni di mezzi e di risultato¹², di origine francese, ha portato ad evidenziare in particolari casi un'informazione che lungi dall'essere solo strumento per una consapevole scelta terapeutica diviene per il sanitario assunzione di una obbligazione di garanzia quanto all'ottenimento del risultato oggetto di informazione. Attraverso gli obblighi informativi si è ampliato il contenuto del contratto ed in particolare si è "spostato in avanti"¹³ il contenuto della prestazione medica non più limitandosi al compimento della attività ma assumendo l'obbligo di conseguire l'utilità connessa all'interesse del paziente¹⁴. Il paziente, infatti, si aspetta un certo risultato che il medico si è impegnato, attraverso la comunicazione dell'informazione, a realizzare.

Il problema riguarda la natura dell'obbligazione del medico e la ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi di responsabilità civile. Il mancato

tra il paziente e la struttura. Cfr. Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. Giu.*, 1999, 441 con nota di DI MAIO.

- 11 Cass., 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. It.*, 1977, I, 1980; Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e resp.*, 2001, 1165 con nota di ROMANO; Cass., 16 maggio 2000, n. 6318, in *Danno e resp.*, 2001, 154; Cass., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Giur. It.*, 1998, 1816; Cass. 8 agosto 1985, n. 4395 in *Giust. Civ.*, 1986, I, 1432. Da ultimo vedi Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847 in *Foro it.*, 2010 I, 2113. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 472; M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 343, ove l'A. sottolinea che "la fonte dell'obbligo di informazione è la stessa del rapporto medico-paziente, sia essa l'accordo contrattuale o l'obbligazione nascente *ex lege*".
- 12 È noto come la distinzione sia stata oggetto di critiche. Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (Studio critico)* in *Riv. dir. comm.*, 1954, 305 ss.
- 13 Cfr. C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, 124. L'A. si riferisce alle sentenze della Cassazione che in riferimento alla distinzione tra interventi di facile esecuzione e di difficile esecuzione hanno previsto un differente regime probatorio. L'A. sottolinea come in tali casi è il contenuto della prestazione dedotta nel contratto ad essere mutato appunto prevedendosi una obbligazione con contenuto più ampio che travalica il compimento dell'attività sanitaria per arrivare all'ottenimento del risultato. L'espressione dell'A. è parsa quanto mai suggestiva per definire anche l'orientamento giurisprudenziale volto a far penetrare il contenuto dell'informazione all'interno della prestazione professionale.
- 14 Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico*, cit., 185 ss.

verificarsi del miglioramento della salute, così come previsto alla stregua dell'informazione, seppur difettosa, fa sì che per il medico non sia più sufficiente dimostrare di essersi comportato in modo diligente ma che sia intervenuto un impedimento di carattere oggettivo che abbia ostacolato il buon esito dell'intervento e che, altresì, tale impedimento non fosse evitabile né prevedibile alla luce del canone stabilito dall'art. 1176 II co. c.c.¹⁵

Nell'ambito della chirurgia estetica ad esempio si sostiene che l'informazione assume un duplice ruolo: da un lato essa è diretta a far sì che il paziente possa esprimere una scelta consapevole e correttamente maturata sul "se sottoporsi all'intervento", dall'altro diviene strumento per la definizione dei risultati acquisibili allo stato, sulla base delle tecniche operatorie messe a punto dalla scienza chirurgica, e come tale essa entra a far parte del contenuto del contratto nel senso che specifica e determina quali possono essere le caratteristiche della prestazione attesa¹⁶.

Si assiste per tale via ad una sovrapposizione tra l'obbligo informativo, considerato quale necessario presupposto per la libera e consapevole scelta del malato in ordine al trattamento da effettuare e che sostanzia il suo diritto di autodeterminarsi, e l'obbligo informativo che entra a far parte del contenuto del rapporto fino a che il suo *oggetto* diventi una vera e propria obbligazione per il sanitario¹⁷.

15 Si veda il regime probatorio inaugurato con Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2001, 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, 1565 con nota di VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, ove le Sezioni Unite della Cassazione, nel comporre il contrasto che si era delineato sulla diversa ripartizione dell'onere probatorio in relazione ai rimedi esperibili per l'ipotesi di inadempimento, hanno stabilito che "le richiamate esigenze di omogeneità del regime probatorio inducono ad estendere anche all'ipotesi di inesatto adempimento il principio della sufficiente allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza del dovere di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando anche in tale eventualità sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento". In senso critico si vedano le riflessioni di A. NICOLUSSI, in *Danno e resp.* 2008, 871 ove l'A. commentando la sentenza della Cassazione n. 577 del 2008 rileva che "ritenere che il medico, per esonerarsi da responsabilità, debba sempre ed unicamente fornire la prova specifica dei fattori imprevedibili e inevitabili che hanno reso impossibile il conseguimento dell'esito atteso è eccessivo e significa imputargli oggettivamente il mancato esito".

16 Cass., 8 agosto 1985, n. 4394 in *Foro it.*, 1986, I, 121, con nota di PRINCIGALLI ed in *Giust. civ.*, 1986, I, 1435, con nota di COSTANZA.

17 Cfr. L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Europa e dir. priv.* 2000, 521 ss. L'A., riportando una pronuncia della Cassazione in cui era stato giudicato inadempiente

Sebbene debba salutarci con favore il più recente orientamento giurisprudenziale, teso a sottolineare l'incongruenza della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato quale criterio per un differente regime di responsabilità del professionista¹⁸ e l'elaborazione di nuovi strumenti e categorie in grado di adattare la responsabilità "al contenuto concreto del rapporto", si rileva come ragioni di giustizia sostanziale, tese ad offrire una tutela più efficace alle ragioni del paziente danneggiato, non debbano arrivare a configurare un automatismo di segno contrario, in forza di una sorta di garanzia che il medico assumerebbe in relazione al risultato della prestazione e alla assunzione del rischio della causa ignota.

In generale, quanto agli esiti dell'intervento e alle conseguenze da esso discendenti a giurisprudenza ritiene che debbano essere comunicati quelli prevedibili e non anche gli esiti anomali¹⁹. L'analisi giurisprudenziale mostra, però, come progressivamente l'obbligo di informazione sia stato ampliato arrivando a ricomprendere "tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che si intendono praticare o l'intervento che si intende eseguire con le relative modalità"²⁰. La Cassazione ha ulteriormente specificato che "il principio in base al quale dovrebbero essere comunicati al paziente solo i rischi prevedibili e non tutti gli ipotizzabili esiti anomali, deve essere applicato restrittivamente e con estrema prudenza"²¹. [...] "Tendenzialmente anche gli esiti anomali o poco probabili, se noti alla scienza medica e non del tutto abnormi, debbono essere comunicati, sicché il malato possa consapevolmente decidere se correre i rischi della cura o sopportare la malattia, soprattutto nei casi in cui non si tratti di operazione indispensabile per la sopravvivenza"²².

un medico per avere proposto e praticato un metodo anticoncezionale (incollaggio delle tube) sicuro al 100% ad una paziente poi rimasta incinta, sottolinea come tale sovrapposizione segni il passaggio da una concezione eminentemente "difensiva" dell'obbligo di informazione ad una concezione "attiva" dello stesso obbligo: "mentre di regola informare in modo compiuto il paziente significa assicurargli la possibilità di esprimere un assenso consapevole alla terapia o all'intervento, nel caso di specie si va oltre giacché l'informazione del professionista riveste il significato, ben più pregnante, della assunzione di un impegno l'inosservanza del quale genera responsabilità contrattuale.

18 Cass. Sez. un., 11.1.2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 494 e in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, I, 612 con nota di R. DE MATTEIS.

19 Cfr. Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1396.

20 Si veda Cass., 2 luglio 2010, n. 15698, in *www.dejure.it*.

21 Cass., 9 dicembre 2010, n. 24853, in *www.dejure.it*.

22 Cass., 9 dicembre 2010, n. 24853, cit.

Sotto altra prospettiva, va però evidenziato come la corsa all'enunciazione di tutte le possibili implicazioni della malattia e della cura, note e meno note dalla scienza medica, rischia di essere controproducente. La prassi costituita dalla firma di moduli sul consenso informato, i quali, quando sono molto scrupolosi e precisi, constano di molte pagine, difficilmente assicura per il paziente un'effettiva comprensione dell'intervento²³. Il paziente potrebbe trovarsi solo nella scelta ed incapace di comprendere la mole delle informazioni, finanche essere scoraggiato alla cura della patologia. Il medico, d'altro canto, potrebbe vivere tale obbligo come un mero adempimento burocratico, considerando l'informazione esclusivamente come strumento di traslazione dei rischi connessi all'intervento.

La personalizzazione della relazione e della cura, infatti, richiede che tra paziente e medico si instauri un rapporto che, in relazione alle specificità del singolo caso – specificità che evidentemente riguardano non solo la patologia – consenta ad entrambi i soggetti di partecipare attivamente. Solo un'informazione che sia comprensibile per il paziente può integrare l'adempimento dell'obbligo posto a carico del sanitario e determinare una scelta terapeutica condivisa e consapevole, frutto della "alleanza terapeutica".

Non si può sottovalutare, infatti, che la finalità per la quale l'informazione è prestata non è quella di erudire il paziente sulla patologia da lui sofferta, bensì di consentirgli, attraverso un'effettiva comprensione delle terapie proposte, di effettuare una scelta consapevole. In tale ottica, pertanto, l'obbligazione potrà dirsi assolta solo quando l'informazione sarà stata comunicata con modalità comprensibili al paziente e non si sia, al contrario, limitata ad una enunciazione anche scientificamente ineccepibile della patologia²⁴. Inoltre, le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti, senza escludere elementi di speranza²⁵.

23 M. BARNI, *Diritti – Doveri, responsabilità del medico dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1999, 131, 122 ss.. L'A. ha rilevato come la frettolosa sottoscrizione di moduli non può fungere da documentazione dell'avvenuta comunicazione, esprimendo molti dubbi sull'eccessivo dettaglio della parte informativa di alcuni moduli "la cui comprensione e il cui valore a fini decisionali impongono un elevato livello culturale non tanto generale quanto specifico. Non è, infatti, bastevole, talvolta, il grado medio di comprensione di un laureato in medicina, posto che l'elencazione delle possibili conseguenze avverse di un determinato trattamento sanitario sembrano non solo, come in realtà sono, cavillosamente elaborate da specialisti ma addirittura riservate agli specialisti stessi e non agli ignari pazienti che tali restano anche dopo la più attenta lettura".

24 Cfr. Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Danno e resp.*, 1997, 178.

25 Così il codice di deontologia medica all'art. 33.

Inoltre, ritenere il medico obbligato ad informare il paziente su tutti possibili rischi e conseguenze dell'intervento appare estremamente difficile e non concretamente praticabile. La medicina in sé non è una scienza esatta e il progredire delle conoscenze e delle ricerche svela ogni giorno nuove applicazioni possibili. Comprendere, quindi, il confine dove l'informazione non sia più dovuta in quanto avente per oggetto una conseguenza *abnorme*, appare estremamente difficile.

La contraddizione è dunque palese tra l'effettiva esigenza di informazione per il paziente, che implica un'informazione *adeguata* in relazione al caso concreto sia sotto il profilo oggettivo, che attiene alla terapia proposta, sia sotto il profilo soggettivo che concerne il grado di maturità e di consapevolezza del paziente, e le statuizioni giurisprudenziali che in maniera apodittica finiscono per gravare il sanitario di tutti gli esiti anomali o poco probabili, pena l'assunzione dell'obbligo di procurare il risultato atteso. Se è vero che attraverso un'informazione errata o difettosa si crea di fatto una certa aspettativa e si rafforza la decisione favorevole al paziente, sicuramente questo non deve portare a dire che il medico ne abbia assunto la responsabilità.

Si segnala, quindi, come questa tendenza giurisprudenziale che, motivata correttamente da ragioni di giustizia sostanziale, ha comportato certamente agevolazioni processuali nella tutela giudiziaria del paziente, allo stesso tempo ha agevolato un risultato di *overdeterrence* con le relative conseguenze sul piano della medicina "difensiva".

Il secondo degli aspetti che si intende sottolineare si inserisce del pari nella tendenza attuale ad offrire maggiore protezione alle ragioni del paziente ed attengono alla tematica del danno.

È impossibile in questa sede andar oltre un breve accenno, ma preme sottolineare come, anche in riferimento al concreto danno risarcibile al paziente, la giurisprudenza si è mostrata prediligere una visione che attraverso la valorizzazione dell'apporto volitivo del paziente mira ritenere il sanitario responsabile del danno sofferto a prescindere dalla concreta causa che lo ha determinato.

Se infatti è stato da tempo precisato che "la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato"²⁶, in quanto la lesione del diritto all'autodeterminazione ed i relativi danni, riferendosi alla impossibilità per il paziente di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, prescinde dall'accertamento della correttezza ese-

26 Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Danno e resp.*, 2006, 564.

cutiva della prestazione sanitaria, ciò non comporta automaticamente la risarcibilità di qualsiasi danno solo che si verifichi una lacuna informativa.

In particolare è stato così evidenziato dalla più recente giurisprudenza come la lesione della salute e la connessa risarcibilità del danno biologico, sofferto dal paziente in seguito ad un intervento necessario e correttamente eseguito ma non adeguatamente consentito, debba sussistere solo ove la violazione del diritto all'autodeterminazione, leso dall'omissione informativa, sia stata la causa del concreto danno patito; essa, quindi, richiede l'accertamento che il paziente avrebbe rifiutato quel determinato intervento se fosse stato adeguatamente informato²⁷. Il pregiudizio per la salute potrà essere oggetto di risarcimento solo attraverso una ricostruzione coerente del nesso di causa che deve legare l'evento lesivo al danno in concreto sofferto dal paziente. Tale necessità è data dalla constatazione che l'intervento effettuato dal medico è risultato necessario e correttamente eseguito, di guisa che, per ritenere il medico responsabile civilmente delle conseguenze negative per la salute del paziente (esito infausto) che, nonostante il suo intervento, si sono sviluppate nel decorso della malattia, occorre provare che l'adempimento dell'obbligo informativo avrebbe in concreto modificato le scelte del paziente; che, in sostanza, il danno alla integrità psicofisica possa dirsi effettivamente dipendente dal comportamento omissivo del medico.

Diverso è invece considerare l'aspetto della personalità del paziente che viene leso attraverso l'omissione dell'informazione. La lesione al diritto del malato di essere adeguatamente informato in modo da poter effettuare una consapevole ed effettiva autorizzazione alle cure, è certamente dipendente dalla lacuna informativa del medico. In tal senso il nesso che lega l'inadempimento alla lesione del bene costituzionalmente rilevante è certamente integrato.

27 Cfr. Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847, in *Foro it.*, 2010, 2113, la quale si è espressa in merito alla configurabilità di un danno da lesione del diritto alla autodeterminazione. La sentenza è stata commentata in molte riviste. Si veda A. DI MAIO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Corr. Giur.*, 2010, 1204; R. SIMONE, in *Danno e resp.*, 2010, 690; S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 790; A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*, *ivi*, 794; A. RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2010, 313; U. CARNEVALI, *Omessa informazione da parte del medico, danno da trattamento terapeutico e ipotetica scelta del paziente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2181; G. CHIARINI, *Il medico (ir)responsabile ed il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*, in *Giur. It.*, 2011, 818.

Parallelamente alla lesione per la salute, infatti, la lesione dell'autodeterminazione che subisce il paziente a seguito di un trattamento non efficientemente consentito può comportare danni che prescindono dal danno all'integrità psicofisica medicalmente accertabile (danno biologico); essi corrispondono, ad esempio, alle scelte terapeutiche non conformi alla personalità del soggetto, alla sua fede religiosa (come nell'ipotesi dei testimoni di Geova), ai suoi progetti di lavoro ovvero allo *shock* connesso con un esito dell'intervento a cui non si era preparati²⁸. Ci si intende riferire al pregiudizio di natura e contenuto variabili che è derivato al soggetto dalla privazione della facoltà di scegliere circa il proprio benessere nonché al fatto che per tale via egli sia stato oggetto e non soggetto della decisione terapeutica. In tale ultima prospettiva accanto alla lesione della autodeterminazione del paziente si innesta una lesione della dignità stessa della persona²⁹. Si mostra così, anche attraverso l'analisi della giurisprudenza d'oltralpe, di condividere quel recente sviluppo giurisprudenziale che è giunto a dissociare, nel giudizio di responsabilità, il pregiudizio alla salute dalla compromissione di interessi anche diversi, che attengono alla dignità e alla stessa identità della persona e che fungono da corretto parametro nell'accertamento delle fattispecie lesive.

Questa ricostruzione che privilegia la distinzione tra il diritto alla salute ed il diritto alla autodeterminazione si mostra maggiormente in linea con il significato proprio dell'atto autorizzativo e con la scelta di carattere morale

28 La Cassazione ha accolto tale impostazione ammettendo il risarcimento di un danno non patrimoniale – distinto dalla lesione alla salute – per la violazione della autodeterminazione. La Corte ha stabilito che in ipotesi di violazione dell'obbligo informativo la lesione della autodeterminazione del soggetto, che non ha potuto effettuare una scelta consapevole, vada risarcita qualora il diritto sia stato inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico. Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, cit. La Cassazione riprende quanto alla necessità che il danno varchi la soglia della gravità dell'offesa le indicazioni contenute nelle sentenze della Cassazione a Sezioni Unite sul danno non patrimoniale. Si veda Cass. Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 121.

Per l'analisi della fattispecie del rifiuto della trasfusione sanguigna da parte di pazienti Testimoni di Geova sia consentito il richiamo a B. SALVATORE, *Violazione dell'autodeterminazione terapeutica e risarcimento del danno non patrimoniale: il rifiuto della trasfusione da parte del Testimone di Geova*, in *Dir. e giur.*, 2011, 431 ss.

29 R. PUCELLA, *Autodeterminazione responsabilità nella relazione di cura*, cit., 178. Cfr. G. RESTA, *La Dignità*, in S. Rodotà e M. Tallacchini (a cura di), *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 259 ss.

di cui esso è espressione. Attraverso questa prospettiva si perviene ad una visione del consenso più in linea con il suo significato autentico di espressione della libertà del paziente e del pari si concorre ad evitare i rischi connessi alla *contrattualizzazione* del consenso.

Sul piano sistematico, infatti, riconoscere rilievo e valore preminente alla autodeterminazione del paziente nell'ambito della relazione terapeutica, non più e non soltanto in quanto funzionale a realizzare la salute *oggettiva* del paziente ma quale momento imprescindibile nel quale emerge la volontà del soggetto in merito alle scelte che riguardano il proprio corpo, comporta la necessità di tutelare tale diritto inviolabile in relazione ai concreti danni derivati³⁰.

Accertata la lesione del diritto all'autodeterminazione, ogniqualvolta viene provata la impossibilità per il paziente di esprimere un consenso pienamente consapevole, dovrà indagarsi, quando e con che presupposti tale lesione debba essere risarcita³¹.

30 Questa è l'impostazione seguita da Cass. Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26973, cit.

31 In base all'impostazione dominante in materia di danni non patrimoniali, come noto, l'analisi dovrà concentrarsi sulle conseguenze dannose che la lesione è in grado di comportare per il soggetto, conseguenze che devono essere oggetto di risarcimento. Cfr. Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, impose al giudice di ricercare la prova, oltre che della lesione *in re ipsa*, della "diminuzione o privazione di un valore personale"; "É sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 cod.civ., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale), alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato." La sentenza si poneva in contrasto con la precedente sentenza della Corte Cost., n.184 del 1986 ove al contrario si sosteneva che: "la prova della lesione è sufficiente ai fini del risarcimento". La Cassazione a Sez. Un. è tornata sul punto con la sentenza 11 novembre 2008, n. 26973, cit. specificando inoltre che l'offesa deve ritenersi grave ed il conseguente pregiudizio non futile.