

Dottorato di ricerca in "Impresa, Stato e Mercato"

Dipartimento di Scienze Giuridiche

Università della Calabria

-XXII CICLO-

*"Il diritto fondamentale alla salute fra sistema interno di
responsabilità civile ed ordinamento comunitario"*

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01

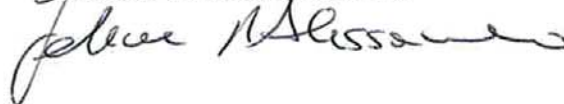
Supervisore

Chiar. mo Prof. Vincenzo Ferrari



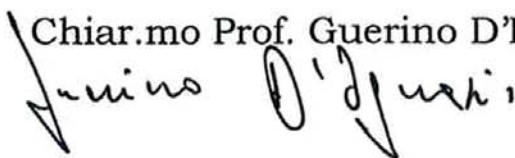
Dottorando

Felice D'Alessandro



Coordinatore del Dottorato

Chiar.mo Prof. Guerino D'Ignazio



INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I – Il Diritto alla Salute

- Nozione di diritto alla salute, prevenzione, consenso, diritto di non curarsi, dovere di informazione ed autodeterminazione, diritto di non soffrire.

CAPITOLO II – La responsabilità civile

- Introduzione, richiamo alle norme penali.
- Responsabilità del medico e della struttura sanitaria, obbligo di protezione.
- Nesso di causalità.
- La colpa.
- Differenza tra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato, diligenza e discrezionalità del medico.

CAPITOLO III – Danni risarcibili

- Danno patrimoniale e non patrimoniale.
- Danno non patrimoniale o danno morale soggettivo.
- Nozione di danno biologico.
- La figura del danno esistenziale.

- Perdita di chances.
- Danno psichico.
- Danno estetico.

CAPITOLO IV – Ordinamento comunitario

CAPITOLO V – Il diritto alla salute e la relazione medico – paziente. Tra etica e diritto

- La medicina come capacità di ristabilire.
- Evoluzione del rapporto medico-paziente, tra paternalismo ed autonomia. Problematiche.
- Il consenso informato come atto etico.

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

L'ordinamento giuridico italiano, a partire dalla promulgazione della Carta Costituzionale, è tutto improntato sulla tutela del singolo individuo, presupposto legittimante dell'azione statale in ogni sua esplicazione, poiché scopo dominante della Repubblica è quello di consentire "il pieno sviluppo della persona umana", "rimuovendo gli ostacoli di ordine e economico e sociale" che limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini (art. 3 cost. c.2).

In questo quadro generale il diritto alla salute viene comunemente inteso come diritto "supremo", *diritto assoluto* della personalità nonché *interesse diffuso*, la cui tutela viene ravvisata, oltre che nello specifico art. 32, altresì agli artt. 2 e 3 cost.¹

In particolare, l'art.32 c. 1 cost., recita: "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo

¹ Art. 2 Cost.: "*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale*".

Art. 3 Cost.: "*tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*".

e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”.

Analogamente la Carta costituzionale europea – nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali, parte II, recita: “L’Unione pone la persona al centro della sua azione...”, enunciando nel prosieguo numerosi altri principi a tutela della dignità umana, e che interessano molti settori dell’attività umana quali, solo per limitarci a qualche esempio, la tutela della salute, appunto, l’affermazione della dignità dei diritti degli anziani, la censura delle discriminazioni sulle persone disabili e altro.

Altrettanta attenzione viene riservata dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, e dalla Costituzione che la ingloba, alla protezione della dignità umana al diritto alla vita e al diritto all’integrità della persona. Sulla stessa linea anche la c.d. Convenzione di Oviedo, con la quale, tra gli altri principi, sono stati affermati il divieto di pratiche eugenetiche, e la previsione dell’obbligo del consenso informato in caso di trattamenti medici e terapeutici.

In ossequio a tali fondamentali principi, tutelati come si è detto a livello nazionale e sovranazionale, nel corso degli anni, il legislatore è intervenuto più volte, non soltanto per la regolamentazione dell’aspetto più strettamente organizzativo dell’agire statale, ma anche

per la disciplina specifica di settori dell'attività medica ritenuti particolarmente problematici.

Sotto il primo aspetto vanno ricordate, ad esempio, la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (L. n.833 del 23 dicembre 1978), il cui art.1 ripete e rafforza il precetto costituzionale statuendo che: “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale”; “la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana”.

Alla tutela della salute pubblica, ai fini dell'agire statale, contribuiscono tutte le professioni mediche.

In virtù di ciò, numerose sono le norme che sottopongono a vigilanza non soltanto l'esercizio della medicina e chirurgia², ma altresì quello della veterinaria, della farmacia, della biologia, nonché delle figure ausiliarie (assistente sanitaria, infermiera diplomata, odontotecnico, ottico, meccanico ortopedico, ecc). Per tutte queste figure professionali lo Stato esercita funzione di controllo attraverso la previsione di uno specifico titolo abilitativo e/o l'iscrizione in appositi albi o elenchi, in ossequio all'art. 2229 c.c.

Alla medesima *ratio* di controllo e protezione, ancora, va ricollegato il Codice di Deontologia medica –

² Cfr. R.D. 27 luglio 1934 n.1265.

attualmente vigente nella stesura del 1998 – le norme in materia di controllo degli alimenti (adulterazione e contraffazione di sostanze alimentari), ed altro.

Per quanto concerne il secondo aspetto, vale a dire l'intervento mirato dello Stato in settori ritenuti particolarmente delicati, implicando aspetti rilevanti non soltanto giuridicamente ma anche eticamente, si ricordano le leggi che regolano la donazione di organi, il mutamento di sesso, l'aborto, la fecondazione assistita.

Il diritto alla salute, come sopra detto *diritto assoluto della personalità*, viene considerato *interesse diffuso*, vale a dire interesse privo di titolare esclusivo, ovvero di ente esponenziale che faccia valere interessi determinati di singoli soggetti, appartenenti alla stessa categoria, se pure nel nostro ordinamento non è possibile reperire una definizione unitaria di esso³. In virtù di ciò lo Stato non ne limita la tutela all'ambito strettamente medico; basti pensare, ad esempio, al diritto alla salubrità dell'ambiente, come nel caso di tutela dell'ambiente di lavoro o di inquinamento acustico ed ambientale.

³ v. M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Padova, 2009, p.151. Il danno alla salute nel nostro ordinamento non trova una definizione unitaria. Esistono sì norme di legge che ne forniscono la definizione e dettano i criteri di risarcimento, ma tali norme hanno un ambito di applicazione limitato: esse riguardano soltanto i danni alla salute derivati da alcuni tipi di condotte illecite, in particolare sinistri stradali ed infortuni sul lavoro.

Occorre sottolineare che l'intervento statale nella materia medica non sempre è agevole. È fatto di comune esperienza che la medicina, globalmente intesa, per i continui e ripetuti progressi scientifici è soggetta a continua evoluzione, e non sempre il legislatore è pronto ad intervenire al presentarsi di sempre nuove problematiche.

In questi casi è allora necessario fare ricorso ai principi generali sui quali l'ordinamento è strutturato. Tra questi deve certamente ricomprendersi il principio della *responsabilità civile*, la cui norma primaria è quella ex art. 2043 del Codice civile, a mente del quale "qualunque fatto doloso o colposo illecito che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

Si tratta di norma cardine, clausola generale, con la quale si sanziona mediante un obbligo risarcitorio la violazione del fondamentale principio di convivenza racchiuso nell'espressione "*neminem laedere*".

Per quanto detto, come si vedrà nel prosieguo, la portata di tale disposizione è stata ampliata al fine di raggiungere la piena tutela della salute, per il superamento di una nozione meramente economica di danno, sulla quale il Codice civile è strutturato, estendendone la valenza anche a quelle fattispecie che al momento della stesura di esso non erano prevedibili.

E in effetti, è ormai diritto vivente il riconoscimento del ristoro di nuove voci di danno, non citate espressamente nel *corpus* codicistico quali, ad esempio, il danno biologico ed esistenziale.

CAPITOLO I – Il Diritto alla Salute

Nozione di diritto alla salute, prevenzione, consenso, diritto di non curarsi, dovere di informazione ed autodeterminazione, diritto di non soffrire.

Nell'ordinamento giuridico italiano la salute dell'individuo, nella sua accezione più ampia, viene considerata *bene primario* costituzionalmente protetto, e ciò quale diretta conseguenza del c.d. principio personalistico – vale a dire il principio della centralità della persona umana posto come fondamento dell'azione statale - su cui il nostro sistema giuridico è strutturato.

In epoca antecedente alla promulgazione della Carta Costituzionale, ai fini della tutela della salute, l'attenzione del legislatore era maggiormente incentrata sulla “salute pubblica”, intesa prevalentemente come “igiene pubblica”, essendo l'assistenza medica prestata dallo Stato prevalentemente limitata alla cura degli indigenti⁴.

⁴ v. S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008, p. 202. “Nell'Italia post-unitaria l'intervento pubblico in materia di sanità era diretto principalmente a preservare l'igiene, l'assistenza sanitaria, invece, era considerata alla stregua di una attività di beneficenza ed era prestata in via integrativa e sussidiaria rispetto alla azione svolta da enti creati dalla società civile, in particolare dalle Opere Pie”.

Tale realtà è mutata con la stesura dell'art. 32 della Costituzione, nella cui formulazione si è posto l'accento sul soggetto singolo, non più sulla collettività quale soggetto/oggetto dell'azione statale, con il conseguente spostamento del fulcro centrale di essa su una nozione più vasta di salute⁵, considerata come *“diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività”*.

A lungo si è discusso sulla effettiva portata della norma costituzionale, se cioè dovesse considerarsi norma meramente programmatica o, al contrario, assolutamente precettiva ed imperativa, e ciò in quanto, come sopra detto, la Costituzione pur tutelando la salute come valore assoluto e globale, manca di una precisa definizione del diritto ad essa correlato.

Dalla lettura della norma può immediatamente evincersi come si tratti di nozione molto ampia, la cui portata si è via via incrementata ed affinata nel corso degli anni, ad opera non solo della più attenta dottrina, ma altresì della giurisprudenza di ogni ordine e grado.

⁵ Art.32 Cost.: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

E in effetti, nel corso del tempo, si è affermato un concetto di salute non limitato alla semplice integrità fisica, così come intesa dalla scienza, bensì esteso alla considerazione dell'individuo nella sua interezza, vale a dire valutato non soltanto nella sua sfera fisica ma altresì in quella psicologica, morale, sociale, ambientale ecc..

Gradualmente, dunque, la salute psicologica e psichica, globalmente intesa, ha assunto sempre maggior rilievo, fino all'odierna idea della salute come bene che trascende l'ambito strettamente biologico, giungendo alla valorizzazione delle singole ed insindacabili aspettative di vita⁶.

Il riferimento all'aspetto psichico e psicologico non è senza conseguenze se è vero, come è vero, che da ciò discende il diritto alla salute come "diritto e libertà di essere, di disporre di sé e di autodeterminarsi, giuridicamente tutelato a prescindere dalla

⁶ v. per tutti, Tribunale di Roma, 23.03.1996, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, Roma, 1996, p. 765; in tale pronuncia il danno biologico come "la menomazione psicofisica della persona, implicante la compromissione delle attività in cui si esplica la personalità del soggetto, oltre ed al di là degli eventuali danni patrimoniali e morali prodotti dal fatto lesivo, (in quanto) nell'attuale contesto sociale e giuridico (...) il valore di una persona come essere umano non è in alcun modo correlato alla consistenza patrimoniale da lui vantata (e ciò a differenza di quanto avvenuto in altre epoche storiche, dove il riconoscimento di situazioni soggettive favorevoli è stato in tutto o in parte riconnesso a titoli o al censo o ad altri status)".

conseguenza sul piano della cura di una patologia in atto⁷”.

In conseguenza dell'evoluzione dottrinarina, attenta parte degli studiosi ritiene dunque sterile e superata la questione della immediata precettività dell'art. 32 cost., ed altrettanto superata la visione del diritto alla salute come doveva essere inteso all'epoca dell'estensione della Carta, vale a dire come semplice attenzione alla malattia ed alla sua soluzione. Oggi si preferisce porre l'accento sulla prevenzione, globalmente intesa, impegno per il legislatore ad impedire il danno, con interventi che non siano limitati al settore sanitario, ma anche ambientale, economico ecc⁸.

Da ciò discende che, anche gli atti volontari dispositivi del proprio corpo – quali ad esempio la donazione di un rene - debbano essere regolamentati; essi dunque sono possibili solo in quanto previsti dalla legge, come

⁷ Trib. Milano, sentenza del 14 maggio 1998.

⁸ v. M. CIAFONE - A. CIANFARINI, *I diritti della persona*, (a cura di P. Cendon), Torino, 2005, p. 3. “ la nostra Carta risale al 1948 e si potrebbe ritenere come in quegli anni – per i costituenti – fosse la malattia e la sua immediata risoluzione il punto focale dell'attenzione e della sensibilità dei sanitari; un'interpretazione moderna e teleologica dell'art. 32 della Carta, effettuata anche alla luce degli insegnamenti della Corte Costituzionale, porta invece l'interprete contemporaneo, inequivocabilmente a leggere la norma come uno stimolo ed un indirizzo al legislatore ordinario, il quale si deve ritenere obbligato a tutelare la salute dell'uomo nel modo più efficace possibile, che, è evidente, è appunto quello di evitare che tale nocumento si verifichi”.

ribadito dalla Corte Costituzionale in alcune importanti pronunce, nelle quali si afferma la piena liceità degli atti dispositivi del proprio corpo solo “quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica⁹”.

Attualmente, dunque - alla luce, altresì, del Protocollo per la costituzione dell'O.M.S. siglata a New York nell'anno 1946 - il diritto alla salute viene normalmente inteso come “stato di completo benessere fisico, psichico e sociale”, nella sua più ampia accezione, risultando ormai evidente come la salute non possa più essere considerata semplicemente quale “*assenza di malattia*”; di conseguenza, anche nel nostro ordinamento, viene posto in luce il *valore uomo*¹⁰”.

A livello internazionale alla costituzione dell'O.M.S. sono seguiti altri accordi attraverso i quali gli stati

⁹ Corte Costituzionale n.161 del 24 maggio 1985. La corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della Legge n.164 del 1982, in materia di rettificazione di attribuzione di sesso. In essa si legge: gli atti dispositivi del proprio corpo quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti. La natura terapeutica che la scienza assegna all'intervento chirurgico -e che la legge riconosce - nella fattispecie considerata ne esclude la illiceità, mentre le norme che lo consentono, dettate dalla tutela della persona umana e della sua salute fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività non offendono per certo i parametri costituzionali invocati.

¹⁰ v. CASSANO, *Il danno alla persona*, vol. I, Padova 2006, p. 630. “il danno alla persona oggi “viene configurato come una menomazione psico-fisica della persona in sé considerata, la quale incide sul valore uomo nella sua concreta dimensione.

firmatari si sono impegnati ad uniformarsi ad altri importanti principi quali: il principio “sociale” della salute, intesa quale bene primario che non ammette diseguaglianze sociali; il principio di responsabilità degli stati, i quali si impegnano economicamente a garantire un’adeguata tutela della salute ai propri cittadini¹¹.

L’importanza della prevenzione, non soltanto sotto il profilo ideologico ma anche pratico, è di palmare evidenza ove si consideri che il “bene salute” può essere compiutamente tutelato solo se esteso alla maggior parte della popolazione mondiale, poiché le conseguenze di errati stili di vita, e/o la diffusione di malattie prevenibili, non conoscono confini politici¹².

Ne discende l’importanza della diffusione di vaccini idonei a prevenire nel globo intero epidemie di alcune importanti malattie, quali ad esempio la c.d. S.A.R.S., la poliomielite, il vaiolo, ecc.

Sotto un profilo più strettamente giuridico, per il diritto vigente nel nostro ordinamento, il diritto alla salute attiene alla categoria dei diritti della personalità, vale a

¹¹ Tali principi si trovano rispecchiati altresì nella Conferenza di Alma-Ata del 06/12 settembre 1978.

¹² v. M. CIAFONE - A. CIANFARINI, *op. cit.* p. 5, il “bene salute” può essere maggiormente tutelato solo se esteso alla maggior parte della popolazione mondiale nel convincimento che errati stili di vita e/o diffusione di malattie prevenibili non riconoscono né barriere ideologiche né confini politici.

dire di quei diritti contraddistinti dai caratteri della assolutezza, indisponibilità ed imprescrittibilità.

Tale configurazione, si ripete, ha trovato e trova la sua fonte primaria nella Carta Costituzionale e, successivamente, nelle diverse leggi promulgate in materia.

A tale proposito, il sopra citato art. 1 della legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale¹³ nel porre l'accento sulla tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, pone l'accento sulla prevenzione; e in effetti l'art. 2 contiene l'intento programmatico per l'attuazione di una adeguata educazione sociale finalizzata alla prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambito, alla promozione ed alla salvaguardia della salubrità dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e del lavoro, ed all'igiene degli alimenti. Deve rilevarsi che ciò che il legislatore ha perseguito attraverso la detta normativa è stato l'abbandono del sistema precedente nel quale la sanità risultava diversificata in base al reddito, garantendo il diritto alla salute in modo omogeneo ai cittadini.

¹³ v. art.1 L. n.833 del 23 dicembre 1978. ...(*omissis*) "la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana" .

A riprova di ciò si consideri, ancora, l'art.3 della Legge 833/1978 nel quale è possibile leggere che il Servizio Sanitario è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinate alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute.

Si è detto come la Carta costituzionale tuteli il diritto alla salute sia come diritto ad essere curati sia come diritto a non essere lesi¹⁴, a tal proposito, deve ricordarsi il principio secondo cui in nessun caso è possibile intervenire sul corpo umano contro la volontà dell'interessato, anche nell'ipotesi di intervento chirurgico reso necessario per il mantenimento dello stato di salute, il quale, dunque, deve essere espressamente autorizzato dal soggetto, salvo il caso di necessità.

E in effetti, lo "stato di salute" dell'individuo non può essere considerato coincidente con quello strettamente organico e biologico, potendo in astratto differire da esso, poiché ciò che acquista rilievo è l'ideale,

¹⁴ v. M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Padova, 2009, p.127; si può parlare di diritto alla salute in due accezioni diverse. In senso *pretensivo*, il diritto alla salute si sostanzia nella pretesa ad ottenere dallo Stato la predisposizione di norme uomini e strutture adeguati sia a prevenire che a curare le malattie. In senso *oppositivo*, invece, il diritto alla salute si sostanzia nella pretesa a che il proprio stato di salute non sia alterato dalla condotta di chicchessia.

insindacabile, che di sé e della propria vita persegue l'individuo.

Data tale premessa, si è inevitabilmente e logicamente affermata una nuova prospettiva nella risarcibilità delle eventuali lesioni alla salute, abbandonando progressivamente il criterio strettamente economico che si rifaceva al concetto di *salute fisica* quale mezzo per la produzione di reddito¹⁵.

In tal senso la Corte Costituzionale ha affrontato il problema della risarcibilità a sé stante, ex art. 2043 c.c., “della menomazione della salute considerata in sé stessa, quale stato di benessere fisico dell'individuo¹⁶”, essendo la salute “un bene primario costituzionalmente protetto, il quale assurge a diritto fondamentale della persona, che impone piena ed esaustiva tutela, tale da

¹⁵ v. CASSANO, *op. cit.* p. 630. “La lesione alla persona non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega innanzitutto alla somma delle funzioni naturali afferenti alla vittima della lesione nell'ambiente in cui la sua vita si svolge; funzioni aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica”.

¹⁶ Corte Costituzionale n.88 del 26 luglio 1979; “il bene a questa afferente è tutelato dall'art.32 Costituzione non solo come interesse della collettività ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicchè si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso”.

operare sia in ambito pubblicistico che nei rapporti di diritto privato¹⁷.

Il diritto alla salute, quindi, costituzionalmente garantito, si sostanzia in una situazione giuridica soggettiva nella libertà personale, la quale, da un lato accorda ad esso una posizione di libertà negativa consistente nella pretesa di astensione da parte di terzi – soggetti pubblici o privati – dal compimento di atti lesivi della salute, cui è strettamente collegato il diritto a non essere sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori, dall'altro in una posizione di libertà positiva a pretendere azioni concrete a tutela della salute¹⁸.

In virtù di tale ultimo assunto, si è evidenziato che l'assistenza sanitaria viene posta a carico della collettività.

È chiaro che, posto, come sopra accennato, il superamento della visione pubblicistica della tutela della salute in favore del riferimento al completo benessere psicofisico dell'individuo, deve sempre

¹⁷ Cfr. sentenze Corte Costituzionale n.118 del 1996; n.202 del 1991; n.rrr 307 e 455 del 1990.

¹⁸ Se è vero che nel conflitto tra interesse pubblico e interesse del singolo spesso è quello collettivo a prevalere, è altrettanto vero che non può configurarsi un obbligo a curarsi; il cittadino gode pienamente del diritto al rifiuto di curarsi salvo espresso obbligo legislativo. Né l'eventuale trattamento sanitario obbligatorio può essere imposto per il perseguimento di finalità diverse da quelle sanitarie, come affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 307/1990.

considerarsi necessario il consenso del soggetto-paziente quale legittimazione dell'attività medica.

Il paziente, infatti, ben può esprimere il rifiuto della proposta terapeutica, poiché la percezione di sé, che ogni individuo matura, può discostarsi dalla valutazione medica in ordine alla scelta più opportuna per la soluzione della malattia.

Il consenso del paziente costituisce espressione del principio di autodeterminazione dell'individuo in relazione alla propria salute, principio che discende dagli articoli 2, 13 e 32 cost., attraverso il quale ogni essere umano esercita il fondamentale diritto alla salute.

In tal senso, del resto, si è espressa più volte la Suprema Corte di Cassazione affermando che l'esplicazione del proprio diritto alla salute esclude ogni restrizione che possa violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

A conferma di quanto appena detto, valga l'esempio della ben nota L.180/78, c.d. legge Basaglia inerente gli accertamenti e trattamenti volontari e obbligatori per le malattie mentali, la quale impone il consenso del malato, se pure affetto da malattia mentale, e nella quale si riaffermano i principi fondamentali di tutela della dignità della persona, dei suoi diritti politici e civili per la libera scelta del medico e del luogo di cura,

nonché, oltre al consenso, la riduzione di tali trattamenti al minimo indispensabile¹⁹.

Nè può tacersi di un altro fondamentale diritto, quello di non curarsi, aspetto che ai nostri giorni diventa sempre più attuale.

Il dibattito intorno a questo particolare aspetto della tutela della salute di ogni individuo, pone notevoli problemi etici, cui ciascuno risponde in base alle proprie personalissime convinzioni di ordine morale, sociale, religioso, scientifico.

Data la complessità del tema, il suo incidere nella sfera più profonda di ogni individuo, è evidente che difficilmente potrà trovarsi una risposta univoca, una soluzione che possa risultare soddisfacente ai più, sia nel breve che nel lungo termine.

Soltanto brevemente possono qui riassumersi, per sommi capi le opposte istanze. Da un alto si è detto come, pur nel riconoscimento del valore primario della persona, non possa parlarsi di un diritto-dovere alla salute tale da giustificare la soppressione di sé; in tale ottica devono ritenersi legittime eventuali limitazioni della libertà del soggetto, fino a ricompredervi la

¹⁹ Nella stessa direzione la L.162/90 ha escluso ogni forma di coercibilità nel trattamento delle tossicodipendenze.

stessa libertà di determinarsi o di esprimersi, al fine di impedire comportamenti ritenuti distruttivi²⁰.

In senso diametralmente opposto, si osserva come “scegliere coscientemente e lucidamente e dopo aver vagliato ogni possibilità il diritto di non curarsi, il diritto a non infliggersi dolori fisici e psicologici insopportabili deve rimanere uno dei pilastri della società civile²¹”, trattandosi di ambito personalissimo, all'interno del quale non può tollerarsi l'intervento di terzi, pubblico o privato che sia²².

Come logico contraltare a tali adempimenti da parte delle strutture e dei sanitari pubblici, si parla di “doveri dei malati”, sui quali incombe l'obbligo di seguire i programmi terapeutici concordati, fornendo la propria

²⁰ v. CHERUBINI, voce “Diritto alla Salute”, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, Torino, 1977, p. 88, “valore primario della persona e l'istanza di solidarietà attribuiscono un valore personalistico ma non individualistico al bene salute, che non può esprimersi nell'autodistruzione. Ciò senza portare alla configurazione di un diritto-dovere alla salute può valere a giustificare una limitazione della libertà del soggetto, la cui determinazione di volontà in ordine al proprio corpo non può apparire meritevole di tutela quando sia diretta alla soppressione di sé, o alla eliminazione di componenti essenziali della personalità quanto meno di quelle che si pongono a presupposto della stessa libertà di determinarsi o di esprimersi”.

²¹ v. M. CIAFONE - A. CIANFARINI *op. cit.* vol. IV, p. 28.

²² v. S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, in *Rivista di Studi politici internazionali*, Bologna, 2001. In questo senso si assiste alla “pretesa del diritto di invadere mondi vitali che dovrebbero essere lasciati alle autonome determinazioni dei singoli”.(*omissis*).

collaborazione per il miglioramento delle attività sanitarie.

Affinché quanto detto si realizzi, comunque, si ritiene che il primo dovere del medico verso il paziente sia quello dell'informazione; infatti solo se adeguatamente compreso il quadro clinico, compatibilmente con le proprie conoscenze, il consenso può essere pienamente consapevole e dunque valido, configurando il c.d. "consenso informato"²³.

E in effetti, pur mancando di conoscenze specifiche, il paziente è oggi sempre più "consapevole", grazie non soltanto alla più diffusa e prolungata scolarizzazione, ma anche alla sempre maggiore, semplificata, possibilità di accesso alle informazioni che la moderna tecnologia offre, con la conseguenza per il malato di essere meno passivamente subordinato al medico.

Tale rinnovata "libertà" può comportare, altresì, l'esercizio del potere di scelta tra terapie diverse, scelta

²³ Cfr. Corte di Cassazione, sent. n.7027 del 2001; "La necessità del consenso si evince, in generale, dall'art.13 cost., il quale sancisce l'inviolabilità della libertà personale, nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica, escludendone ogni restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previsti dalla legge. Ma è soprattutto rilevante in materia l'art.32 cost. per il quale Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, (la quale) non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

che spesso deve essere considerata esclusivo appannaggio del paziente, e ciò nonostante la comune “ignoranza” medica dello stesso. Ne consegue che, affinché possa esercitarsi un corretto e pieno “consenso”, debba sussistere una completa informazione da parte del medico. Solo così l’individuo potrà esercitare il diritto assoluto all’autodeterminazione.

Autorevole dottrina ha individuato tre momenti fondamentali: a) rivelazione al paziente di informazioni di rilevanza diagnostica e terapeutica; b) accertamento che il paziente ha capito; 3) decisione definitiva del paziente²⁴.

Tuttavia in presenza di condizioni particolarmente gravi, tale *protocollo* non può sempre essere adottato; in questo caso è richiesta una maggiore prudenza, anche nella valutazione delle conseguenze psicologiche che notizie troppo negative possono avere sul malato. L’estrema rilevanza del dato ha richiamato l’attenzione del Comitato Nazionale per la Bioetica il quale ha provveduto a stilare regole di comportamento per i sanitari, con l’intento di conciliare da un lato il diritto all’autodeterminazione del paziente, dall’altro la

²⁴ v. G. MACELLARI - L. BATTAGLIA, *Bioetica chirurgica e medica*, Noceto (PR), 2002, p. 41.

salvaguardia dell'autonomia diagnostica e terapeutica del medico²⁵.

Non può tacersi, infine, come, non raramente, si ravvisi il diritto al “rifiuto” sotto molteplici aspetti, rifiuto che dovrà essere maggiormente tutelato e rispettato ove risulti da volontà espressamente manifestata per iscritto.

Tale obbligo viene disciplinato dall'art. 32 del codice deontologico, a mente del quale “in presenza di documento di rifiuto del paziente 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”.

In assenza di tale manifestazione di volontà ci si è chiesti fino a che punto siano applicabili gli istituti civilistici della rappresentanza, anche se appare sempre preferibile appurare la reale volontà del malato con ogni mezzo.

Anche la giurisprudenza è stata investita del problema. La Suprema Corte di Cassazione a tal proposito ha individuato nell'obbligo di informazione il presupposto

²⁵ Il documento stilato nel 1992 consta di otto punti, tra cui: a) in caso di malattie importanti o diagnosi complesse il rapporto non dovrà essere fugace o momentaneo; b) il medico dovrà avere una preparazione psicologica per poter comprendere la personalità del paziente; c) le informazioni che hanno rilevanza tale da comportare preoccupazioni o previsioni infauste dovranno essere date con prudenza; d)....(*omissis*).

necessario per la formazione del consenso, statuendo che “l’obbligo di informazione da parte del sanitario assume rilievo nella fase precontrattuale, in cui si forma il consenso del paziente al trattamento o all’intervento, e trova fondamento nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto²⁶”. L’obbligo di informazione “si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l’*id quod plerumque accidit*, non potendosi disconoscere che l’operatore sanitario deve contemperare l’esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento. Assume rilevanza in proposito l’importanza degli interessi e dei beni in gioco, non potendosi consentire tuttavia, in forza di un mero calcolo statistico, che il paziente non venga edotto dei rischi, se pure ridotti, che incidano gravemente sulle sue condizioni fisiche o addirittura sul bene supremo della vita. L’obbligo di informazione si estende inoltre ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente con l’ausilio tecnico-scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l’una o l’altra delle scelte possibili,

²⁶ Corte di Cassazione, n.364, del 15/01/1997.

attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi²⁷”.

L'informazione, sempre secondo la Suprema Corte, deve essere specifica e personalmente offerta dallo stesso sanitario cui è richiesta la prestazione professionale, ma anche legata al singolo caso, al di là dei “moduli di consenso”, che potrebbero risultare incompleti ed imprecisi.

L'obbligo di informazione, per inciso, è stato stigmatizzato altresì nel codice deontologico medico, nel quale, all'art. 30, è possibile leggere una dettagliata descrizione delle modalità cui è tenuto il sanitario onde consentire la piena e consapevole scelta del malato, avuto riguardo alle “capacità di comprensione” del singolo soggetto, su diagnosi, prognosi, eventuali scelte alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate.

Con ancora più forza i giudici hanno poi statuito che “il medico che sottrae un'informazione al paziente sulla propria condizione di salute non solo viola gli obblighi della professione medica, ma in primo luogo offende il diritto fondamentale della persona a conoscere e a disporre dei dati che la riguardano. Il medico può

²⁷ *Sent. ult. cit.*

leggere quei dati solo in quanto autorizzato dal diretto interessato e deve renderli noti all'interessato stesso"²⁸.

Del diritto all'informazione si è occupato anche il Consiglio d'Europa, attraverso la convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo sottoscritta in data 04.04.1997 (Convenzione di Oviedo), ratificata in Italia con Legge n.145 del 28 marzo 2001, contenente delega al Governo per l'attuazione dei principi in essa contenuti.

In essa si pongono i principi correlati concernenti il diritto/dovere di informazione ed il consenso informato, liberamente espresso, alla base del rapporto medico paziente, ai quali fa da contraltare il diritto alla riservatezza²⁹, ed il diritto ad esprimere la volontà di non essere informati³⁰.

L'attuazione pratica di tali principi non è tuttavia semplice. È evidente, infatti, che nei frequenti casi in cui la necessità del trattamento terapeutico si prospetti in situazioni di emergenza, quando la vita stessa del paziente sia in pericolo, una rigida applicazione di essi

²⁸ Cfr. Cassazione Penale, n.3599 del 21.03.1997.

²⁹ Cfr. art. 5 Convenzione di Oviedo. "Qualsiasi intervento in campo sanitario non può essere effettuato che dopo il consenso libero ed informato della persona interessata. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualunque momento, liberamente ritirare il proprio consenso".

³⁰ Cfr. art.10 Convenzione di Oviedo.

potrebbe portare ad una omissione grave da parte del medico, penalmente rilevante.

D'altro canto, nel diverso caso di trattamento terapeutico effettuato contro l'espresso volere del malato si configura il reato di violenza privata³¹.

In ogni caso risulta pacifico che la comunicazione inadeguata o criptica determini la illegittimità del trattamento.

Non può tacersi di un altro rilevante aspetto ai fini di una compiuta tutela della salute individuale, vale a dire il riconoscimento del diritto a non soffrire, fondamentale per il rispetto della dignità umana, "diritto supremo ed inviolabile di libertà il cui implicito riconoscimento è operato dall'art. 2 cost., in quanto

³¹ Cfr. Cassazione Penale, sez. I, sent. n. 26446 del 29.05.2002. In tema di attività medico chirurgica (in mancanza di attuazione della delega di cui all'art.3 della l.145/01 di ratifica della Convenzione di Oviedo) deve ritenersi che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorchè l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte. In tale ultima ipotesi qualora il medico effettui ugualmente il trattamento rifiutato, potrà profilarsi a suo carico il reato di violenza privata ma non – nel caso in cui il trattamento comporti lesioni chirurgiche e il paziente muoia – il diverso e più grave reato di omicidio preterintenzionale, non potendosi ritenere che le lesioni chirurgiche, strumentali all'intervento terapeutico, possano rientrare nella previsione di cui all'art. 582 c.p.

finalizzato alla libera e completa espansione della persona³²”.

Tralasciando gli aspetti strettamente medici, è di lapalissiana evidenza che la sensazione dolorosa, del tutto soggettiva e non suscettibile di misurazione, sia fonte per ogni individuo di tensione fisica, dunque di stress, di maggiore o minore intensità in dipendenza della diversa sensibilità, che impedisce lo svolgimento delle normali attività quotidiane ed influenza l'appetito, il sonno, la concentrazione l'umore, l'autostima; da ciò discende la constatazione che il dolore, quando non sia segnale di un disturbo organico che deve essere curato, rivestendo dunque una funzione “salvavita”, diviene per sé stesso una *malattia*³³.

Il diritto a ricevere sollievo dalla sofferenza, rimuovendola nel più breve tempo possibile, forma allora un vero e proprio *diritto a non soffrire*, specie

³² v. D. BELLANTONI, *Lesione di diritti della persona: tutela penale, civile e risarcimento del danno*, Padova, 2000, p. 323.

³³ v. P. CENDON, *Il risarcimento del danno non patrimoniale, parte speciale*, Torino, 2009, p. 397. Di recente si è affermata la consapevolezza che il dolore, quando travalica la funzione di segnalatore di danno organico, diviene per sé stesso una malattia, in grado di aggravare pesantemente le condizioni fisio psichiche del malato, che è necessario contrastare. Il dolore impedisce lo svolgimento delle normali attività quotidiane ed influenza l'appetito, il sonno, la concentrazione l'umore, l'autostima (*omissis*). Il dolore non trattato può portare al desiderio di morte, di eutanasia o suicidio assistito.

quando la sofferenza sia inutile e suscettibile di essere efficacemente alleviata.

Data la sua rilevanza, di tale risvolto del diritto alla salute si sono occupate varie fonti normative, pur gerarchicamente differenti quali, ad esempio, l'O.M.S. ed il Consiglio d'Europa a livello sovranazionale³⁴; nel diritto interno si ricordano la Legge del 26.02.1999 n.39 sulla *Medicina Palliativa*, il Codice Deontologico dei Medici³⁵, l'accordo Stato-Regioni del 24.05.2001³⁶, nonché alcune società scientifiche nazionali, quali la Società Italiana di Cure Palliative.

Si tratta di un principio fondamentale soprattutto nel trattamento del malato inguaribile e/o terminale, in ossequio al quale la sopra citata L. 39/99, il codice deontologico medico (specificamente agli artt. 20 e

³⁴ L'Organizzazione Mondiale della Sanità ha così statuito: "Le cure palliative sono cure attive e complete dei pazienti, in un momento in cui la malattia non risponde più ai trattamenti di cura e quando il controllo del dolore o di altri sintomi e dei problemi di carattere psicologico, sociale e spirituale è fondamentale. Complessivamente lo scopo delle cure palliative è dare al paziente e ai suoi familiari una migliore qualità di vita. Le cure palliative affermano la vita e considerano la morte come un processo normale".

³⁵ Art. 3 cod. deontologico; "Dovere del medico è la tutela della vita della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo dalla sofferenza."

³⁶ La detta Conferenza ha approvato decreto che fornisce linee guida alle regioni onde realizzare nei presidi ospedalieri i c.d. Comitati per l'Ospedale senza dolore, raccomandando l'istituzione di strutture specialistiche per la terapia del dolore e le cure palliative.

37³⁷), ed altre fonti, introducono in Italia la cultura della lotta alla sofferenza, sia con la previsione di strutture specializzate nelle cure palliative, sia agevolando l'impiego di farmaci c.d. oppiacei, rispetto ai quali è stato depenalizzato l'illecito conseguente agli eventuali inadempimenti nella compilazione delle ricette³⁸.

E in effetti la finalità della medicina palliativa è proprio quella di ridurre la gravità dei sintomi dolorosi, in una visione secondo la quale in presenza di malattie inguaribili l'aspetto inerente la *qualità* della vita prevale su quello di *prolungare* la vita stessa. La normativa italiana, dunque, ha previsto la creazione dei c.d. Hospices, strutture altamente specializzate nelle quali *equipes* multidisciplinari lavorano per garantire al malato maggiore dignità³⁹.

³⁷ Gli artt. 20 e 37 affermano il principio secondo il quale l'azione del medico deve essere volta ad assicurare non soltanto sollievo, ma anche la qualità della vita residua.

³⁸ Vanno ricordati, ancora, il D.M. 24 maggio 2001 sulle "Linee guida per un ospedale senza dolore", e la Legge 08 dicembre 2001 contenente "Norme per agevolare l'impiego di farmaci analgesici oppiacei nella terapia del dolore", la quale alleggerisce le procedure per l'utilizzazione dei derivati dell'oppio in modo da facilitare al medico curante la prescrizione di farmaci per la cura di dolore severo in patologie oncologiche degenerative. In particolare, è stata regolamentata la c.d. auto ricetta da parte del sanitario, la consegna dei farmaci suddetti al domicilio del paziente, l'assistenza domiciliare, ed altro.

³⁹ Nell'anno 1999 l'Università Cattolica di Roma ha elaborato una "Carta dei diritti del malato cronico in evoluzione della malattia". Importantissimi sono i

Parte più attenta della dottrina conclude che l'insufficiente attenzione del medico a tale aspetto comporta colpa professionale creatrice di responsabilità civile, in quanto prestazione negligente che si traduce in danno per il paziente.

Di conseguenza si ravvisano in essa tutte le caratteristiche del danno da fatto illecito, risarcibile sotto i classici profili di esso, vale a dire danno patrimoniale, biologico, esistenziale, e morale in senso stretto.⁴⁰ In questa ottica si è pronunciata anche la giurisprudenza della Suprema Corte, la quale ha ravvisato responsabilità penale del medico, considerato negligente, dunque colpevole del reato di cui all'art. 328 c.p. "Omissione atti di ufficio"⁴¹, in un caso di diniego

principi in essa contenuti. "io ho il diritto di : 1)essere considerato come una persona e con la mia dignità riconosciuta sino al termine della vita: 2) essere sollevato dal dolore e dalla sofferenza;(omissis).

⁴⁰ v. P. CENDON, *op.cit*, p. 403; "E tuttavia le semplificazioni introdotte in materia farmacologica concorrono a rendere ancora più sostenibile la configurazione di una vera e propria *malpractice* sanitaria nei casi di omessa o insufficiente riduzione del dolore fisico considerando che il sollievo dalla sofferenza non costituisce un risultato accessorio ed eventuale delle terapie, ma rientra nei compiti primari del mandato deontologico professionale del medico".

⁴¹ Cfr. Cass. Pen. n. 10445/00. "Tra gli interventi ch il sanitario investito della funzione di guardia medica è tenuto a compiere senza ritardo, ai sensi dell'art. 13 d.p.r. 41/91, ed il cui rifiuto è suscettibile di dal luogo alla configurabilità del delitto di cui all'art. 328, comma 1, c.p., possono rientrare anche quelli di c.d. terapia del dolore".

di somministrazione ad un malato terminale di farmaco idoneo ad alleviarne le sofferenze.

Di certo il caso appena citato costituisce una situazione estrema; tuttavia non può ignorarsi che il diritto a non soffrire sia a tutt'oggi largamente ignorato, e che molto rimane da fare. Sui ritardi verificatisi incide forse la confusione ancora in atto tra terapia palliativa ed eutanasia, con tutte le implicazioni morali che ciò comporta, ma anche, probabilmente la persistente diffidenza verso gli oppiacei, sul cui uso la ricerca è ancora insufficiente, anche per ciò che concerne lo studio di terapie alternative del dolore.

Concludendo può affermarsi che, a fronte delle innumerevoli affermazioni di principio sopra descritte, la concreta attuazione di una piena tutela del bene salute incontra numerosi ostacoli, sia dal punto di vista dell'intervento dello Stato, ad oggi inadempiente in molti settori, sia per i numerosi problemi etici che sempre più spesso si prospettano.

CAPITOLO II – La responsabilità civile

Introduzione – richiamo alle norme penali.

Nell'ordinamento giuridico italiano, secondo le norme del codice civile, chiunque avendo assunto volontariamente un obbligo, in virtù di specifico contratto, finalizzato alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela per ognuna delle parti contraenti, in presenza del verificarsi di una lesione ostativa alla piena realizzazione dell'interesse perseguito, deve rispondere del danno arrecato.

Tale danno, che si realizza attraverso un comportamento non conforme a quello contrattualmente stabilito, come è noto, viene denominato “inadempimento contrattuale”, e deve essere compensato attraverso un ristoro patrimoniale sostitutivo del bene, in senso lato, dedotto nel contratto.

In termini brevi, allorché si verifica un comportamento, commissivo od omissivo, che sia considerato ingiusto o possa essere considerato tale alla luce dei principi giuridici dell'ordinamento, nasce l'obbligazione risarcitoria⁴².

⁴² v. S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008, p. 1157; “il risarcimento è improntato al principio della riparazione integrale del danno, ossia della equivalenza tra danno cagionato e danno da risarcire.

La responsabilità che sorge in capo alla parte inadempiente per la mancata osservanza degli obblighi contrattualmente assunti, denominata appunto “responsabilità contrattuale”, obbligandola alla riconduzione in pristino della situazione del danneggiato, deve essere in via di principio nettamente distinta da quella c.d. “extracontrattuale”, nella quale non solo manca il previo accordo tra le parti, ma anche la astratta prevedibilità di esso; e in effetti, soltanto dopo il verificarsi dell’evento lesivo *illecito* nasce il *legame* tra le parti.

Le conseguenze giuridiche dei due diversi fatti giuridici non sono dissimili; la lesione comunque intesa, sia che scaturisca da obbligazione contrattuale sia da obbligazione extracontrattuale (o aquiliana) diventa fonte di identico obbligo risarcitorio in capo all’agente.

Tuttavia, diversa è la fonte dell’obbligazione risarcitoria nei due casi; nell’ipotesi di responsabilità contrattuale l’obbligo del ristoro pecuniario è già insito nel dovere primario di prestazione – costituendo il corrispondente dell’aspettativa non realizzata – cioè nella volontaria assunzione di un obbligo. Nel secondo caso, al

L’idea giuridica di fondo è dunque, quella per cui danno giuridicamente rilevante è solo quello che determina perdite economiche, per il quale cioè sia possibile determinare quella equivalenza. Questo sistema si ricava dalle norme che disciplinano il risarcimento, vale a dire, ex art. 1223 e ss, 2056 e ss. c.c.”.

contrario, si costituisce ex novo un'obbligazione tra soggetti tra i quali non esisteva alcun vincolo, per l'avvenuta lesione di un diritto assoluto; in tale ipotesi fonte dell'obbligazione è il danno⁴³.

Differente è altresì l'interesse protetto: la responsabilità contrattuale mira a proteggere l'interesse alla prestazione, quella extra contrattuale è destinata a proteggere interessi di conservazione dello stato *quo ante*⁴⁴.

Nel nostro codice, la norma cardine in tema di responsabilità extracontrattuale o "aquiliana" (dal nome della legge Aquilia che la regolava nel diritto romano) è quella dell'art. 2043 del codice civile, il quale sotto la rubrica "Risarcimento per fatto illecito" recita: "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*".

Tale *fatto* viene qualificato come illecito (civile), e la pena ad esso corrispondente è appunto il risarcimento, vale a dire la reintegrazione patrimoniale, sempre che

⁴³ v. A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, p. 4; "E così, ove si tratti di responsabilità contrattuale, è nella volontaria assunzione di un obbligo che si individua la fonte della responsabilità, mentre, ove si tratti di responsabilità extracontrattuale, è nel danno ad altri arrecato a prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto corrente tra i soggetti (danneggiante e danneggiato).

⁴⁴ v. A. DI MAJO, *op. cit.* p. 19; la distinzione può anche risolversi in quella tra obblighi di prestazione e doveri del *neminem laedere*.

nell'atto siano ravvisabili gli estremi del dolo o della colpa.

Il semplice verificarsi del danno, tuttavia, non è sufficiente; affinché sorga l'obbligo risarcitorio deve altresì essere verificata l'esistenza del c.d. nesso di causalità, cioè l'evidente relazione tra il fatto-comportamento e la lesione.

Il già citato art. 2043 c.c., come è evidente, è formulato in maniera assolutamente generica; ciò posto, data la vastità dei casi che ad esso possono ricondursi, si è ritenuto di postulare il c.d. "principio della atipicità dell'illecito".

In buona sostanza il legislatore ha preferito non porre un elenco "chiuso" di casi che obbligano l'agente al risarcimento, ponendo una clausola generale di responsabilità "aquiliana" che rende obbligatorio risarcire qualunque fatto colposo o doloso, lasciando il campo aperto a sempre nuove figure che la realtà moderna può configurare, demandando al giudice la valutazione caso per caso della risarcibilità dell'evento lesivo.

Nel suo esame il giudice dovrà tenere presenti più elementi, quali l'elemento soggettivo, colpa o dolo, il comportamento omissivo o commissivo, l'ingiustizia del

danno ed il nesso di causalità, cioè la relazione tra l'azione e l'effetto dannoso⁴⁵.

Egli, ancora, potrà ritenere quali cause di esclusione dell'antigiuridicità del comportamento che ha causato il danno il consenso dell'avente diritto la legittima difesa e lo stato di necessità. Tali prove dovranno essere fornite dal debitore (danneggiante) in caso di preesistente accordo tra le parti (responsabilità contrattuale) dal danneggiato in caso di asserita responsabilità extracontrattuale.

I concetti di colpa e dolo per essere pienamente compresi vanno ricondotti alla definizione che di essi fornisce il codice penale, dal quale vanno trasmutati.

L'art. 43 c.p. definisce l'evento colposo come verificatosi *contro l'intenzione*, dunque non volutamente, ma a causa di negligenza, imperizia o imprudenza ovvero per inosservanza di leggi regolamenti ordini o discipline. È compito del giudice verificare se il danneggiante avrebbe potuto e/o dovuto agire diversamente in base alla normale diligenza, evitando dunque il danno. L'evento doloso, al contrario, si verifica in presenza

⁴⁵ v. S. BAGGIO, *op.cit.*, p. 651; Il dolo consiste nella volontà di causare un danno ingiusto. La mera rappresentazione dell'evento quale conseguenza della condotta non è sufficiente per affermare la sussistenza del dolo. E' necessario, invero, che accanto alla rappresentazione sia altresì ravvisabile la volontà dell'evento dannoso; ovvero, quanto meno, l'accettazione dell'evento stesso quale conseguenza della condotta (dolo eventuale).

dell'elemento intenzionale, quando cioè l'autore di esso ha previsto e programmato l'evento lesivo che si realizza non per negligenza ma, appunto, volontariamente e consapevolmente.

Il verificarsi di una ipotesi di dolo configurando un reato, esula da questa indagine.

Per quanto attiene alla nozione di colpa, dalla definizione dell'art. 43 c.p. è desumibile che essa implichi violazione di regole cautelari di condotta e che si realizzi con un comportamento contrastante le regole della diligenza, prudenza e perizia che, in un determinato contesto sociale, si considerano idonee a prevenire i danni. Si tratta, secondo il comune sentire di norme tecniche e/o scientifiche, siano esse scritte o non scritte⁴⁶.

In ambito medico, come del resto in ogni altra prestazione intellettuale, il modello di riferimento cui comparare la condotta tenuta nel caso concreto ai fini del giudizio di diligenza è quello del professionista di media preparazione ed attenzione.

In ogni caso, ritornando alla distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, va sottolineato come spesso, nel

⁴⁶ Due sono gli elementi costitutivi della colpa: 1) l'inosservanza di regole cautelari di condotta (elemento oggettivo); 2) attribuibilità di tale inosservanza all'agente (elemento soggettivo).

medesimo comportamento, la giurisprudenza abbia riscontrato elementi di entrambe le figure di responsabilità, ipotizzando il cumulo tra esse, essendo il confine tra le due a volte molto labile⁴⁷.

Tali considerazioni si sono mostrate tanto più vere in materia di responsabilità medica, considerata alla luce del sistema così sommariamente esposto, un “sottosistema” della responsabilità civile. In essa confluiscono, secondo le più recenti teorie, entrambi i “tipi” della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, così come evolutisi nel corso degli anni⁴⁸.

La responsabilità contrattuale del sanitario non è più concepita quale tutela esclusiva dell’interesse economico all’adempimento contrattuale, ma viene estesa alla garanzia dell’intangibilità della sfera soggettiva dei contraenti, mentre, nell’ambito della responsabilità extracontrattuale si è assistito ad un

⁴⁷ Si intende per “cumulo” la possibilità per il danneggiato di esperire sia l’azione di responsabilità contrattuale sia quella extracontrattuale, anche in momenti successivi. Nell’ipotesi di “concorso” al danneggiato si riconosce un’unica azione.

⁴⁸ v. R. DE MATTEIS, *Attività sanitaria*, in *La colpa nella responsabilità civile*, (a cura di P. CENDON), Torino, 2006, p. 6; “la responsabilità medica, per il suo collocarsi in quel crocevia che origina dall’intersezione della responsabilità aquiliana con quella contrattuale, è stata a lungo coinvolta in quei processi evolutivi che hanno percorso entrambe le aree della tradizionale bipartizione della responsabilità civile”.

notevole ampliamento di essa all'area dei danni non patrimoniali, considerati risarcibili ben oltre il c.d. danno morale soggettivo puro.

Responsabilità del medico e della struttura sanitaria.

Autorevole dottrina ha identificato gli interessi tutelati nel rapporto medico-paziente nel diritto alla vita, all'integrità fisica, alla salute, nonché all'autodeterminazione; si tratta, evidentemente, di diritti assoluti il cui fondamento risiede nell'art. 2 della Costituzione⁴⁹.

Ai fini della tutela giuridica di tali interessi negli anni passati si è ritenuto che in capo al medico, fosse ravvisabile solo la responsabilità extracontrattuale per violazione dei doveri professionali ex art. 2236 c.c. Successivamente i giudici⁵⁰ hanno esteso al c.d. "contatto medico" anche la responsabilità contrattuale,

⁴⁹ v. S. BAGGIO, *op.cit.*, p. 1156 "Analizzando il tema del fondamento di liceità del trattamento medico chirurgico sono stati evidenziati gli interessi della persona che vengono ad essere coinvolti nel trattamento sanitario. In particolare, a venire in evidenza sono il diritto alla vita, all'integrità fisica, alla salute; nonché il diritto all'autodeterminazione del paziente. Trattasi di diritti assoluti che trovano riconoscimento e tutela – seppur non in modo sistematico ma frammentario – nell'ordinamento giuridico, anche e soprattutto a livello costituzionale.

⁵⁰ Trib. Milano sentenza del 19/02/2001.

anche e non solo quando egli operi all'interno di una struttura pubblica.

E in effetti, in tale situazione giuridica si verificano caratteristiche particolari. Nella struttura sanitaria pubblica se pure è ravvisabile la manifestazione di volontà delle parti (contratto), l'impegno reciproco alla prestazione medica da un lato e l'accettazione di essa, dall'altro, è pur vero che entrambe le parti in tali circostanze non sono pienamente libere.

Il medico non può rifiutarsi di prestare la propria opera ed il paziente non è pienamente libero nella scelta del professionista che lo curerà, essendo in questo caso dominante l'organizzazione e/o l'imposizione della struttura, pubblica o privata che sia.

Si instaura così un contratto dalla struttura complessa, costituito da tre diversi contratti: tra ente e medico, tra ente e paziente, tra medico e paziente⁵¹.

⁵¹ v. G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, 1999, p. 316, "L'espressione oggi diffusa "responsabilità medica" in luogo di quella usuale "responsabilità del medico" costituisce il frutto della constatazione per cui oggi non si deve tenere in conto soltanto il rapporto diretto medico-paziente, costituito dal rapporto contrattuale intercorso sulla base del contratto d'opera intellettuale o costituito dal contatto sociale che ha cagionato il danno in assenza di un rapporto contrattuale, rapporto sul quale per tradizione, si era studiata e delineata l'area della responsabilità, quanto piuttosto il complesso dei rapporti ceh, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc. Tra l'altro, l'attività medico sanitaria

L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero o della visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del malato, l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica

Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che pure provvede in prima persona allo svolgimento dell'attività diagnostica e terapeutica in qualità di organo dell'ente ospedaliero, si è in passato ritenuto che la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per danno cagionato da un danno diagnostico o terapeutico fosse esclusivamente extracontrattuale.

Successivamente, come sopra accennato, tale indirizzo è stato abbandonato, e definitivamente sancito, anche grazie ad importanti pronunce della Suprema Corte⁵², la quale ha accertato che l'insieme dei diritti e degli

non coinvolge solo medici, ma anche personale con diverse qualificazioni, come infermieri, assistenti sanitari, ostetriche, etc.

⁵² Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 589 del 1999; "la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi, qualificazione che discende non dalla fonte dell'obbligazione ma dal contenuto del rapporto."

obblighi nascenti dal *contatto sociale* che necessariamente si insatura tra il paziente e il medico è sostanzialmente identico, che ci sia o meno un contratto, risultando, oltretutto, che il contenuto del rapporto sia stabilito dalla legge e non dalla volontà delle parti.

Si è allora giunti alla conclusione che anche nel caso di prestazione effettuata all'interno di una struttura, in caso di inadempimento, il sanitario risponderà a titolo di responsabilità contrattuale, ma per quanto sopra detto, l'ente deve essere considerato solidalmente responsabile con il professionista nei confronti del paziente per l'eventuale inadempimento.

Tuttavia, descritto in questi termini, il quadro giuridico non è ancora completo.

Occorre considerare che in presenza di un fatto illecito doloso o colposo, lo stesso evento lesivo della salute fa sorgere una responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., in capo al medico, e contrattuale in capo alla struttura sanitaria per inadempimento ex artt. 1218-1228 c.c.: si determina, pertanto, come già detto, l'applicazione del principio del concorso di responsabilità stante l'impossibilità di scindere le due figure.

Ciò posto la responsabilità contrattuale e quella aquiliana possono essere entrambe invocate dal paziente attraverso la regola del cumulo e del concorso. Si tratta di un regime “ibrido” nel quale la distinzione tra le due fattispecie sfuma fino a scomparire, e ciò in quanto nel campo della responsabilità medica l’interesse assorbente, e che lo Stato ritiene meritevole di tutela, è il diritto alla salute.

Il medico di regola risponde contrattualmente degli eventuali danni cagionati dal proprio comportamento, tuttavia, si è a lungo dibattuto circa il corretto inquadramento tra responsabilità contrattuale ed aquiliana dell’attività medica.

A tal fine, in genere, si è tenuta distinta la posizione del medico che operi all’interno di una struttura sanitaria, dalla posizione del medico che agisce in modo autonomo, come sopra illustrato.

Tale distinzione non è un mero esercizio scientifico, ove si consideri alcune fondamentali differenze tra i due istituti, quali, ad esempio, l’onere della prova, la prescrizione, l’individuazione del danno risarcibile ed altro.

Maggiori incertezze concernono l’individuazione degli elementi in presenza dei quali non nasce l’obbligo risarcitorio, poiché espressioni quali “impossibilità della prestazione”, “causa non imputabile” e lo stesso

concetto di “colpa” possono assumere una grande varietà di significati, mai risolti nemmeno dalla giurisprudenza.

Può concludersi, allora, che la lesione della salute, con il conseguente danno alla persona, diviene presupposto per l’affermazione della responsabilità medica, risultando, in ultima analisi, indifferente la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

D’altro canto, in presenza della lesione alla salute non è necessaria alcuna indagine per stabilire se il danno sia *ingiusto* o meno; il danno alla persona lo è sempre per definizione.

Il giudizio di responsabilità viene, dunque, a fondarsi sull’accertamento del danno alla salute e del nesso di causalità tra condotta del medico ed evento dannoso.

In capo al paziente, infatti, sorgono due diversi interessi: a) da un lato l’interesse “positivo” a ricevere la migliore prestazione possibile, di natura contrattuale; b) dall’altro l’interesse “negativo” a non vedere compromessa la propria integrità psicofisica, di natura extracontrattuale. Tale ultimo interesse viene comunemente indicato, da teoria in realtà minoritaria⁵³, con il termine di obbligo di protezione,

⁵³ v. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, I-9;

inteso come estensione del principio di correttezza, il cui fondamento risiederebbe nell'art. 1175 del codice civile.

Nell'ambito del rapporto contrattuale di cura il paziente vanta dunque un duplice interesse, e ciò alla luce dell'art. 32 della Costituzione, nel quale è consacrato il diritto soggettivo alla salute nella sua duplice dimensione, individuale e collettiva.

La contemporanea sussistenza di entrambi gli interessi tutelati, viene ad assumere rilievo nell'ipotesi di responsabilità civile, che la teoria prevalente qualifica di natura contrattuale, per la violazione dell'interesse positivo alla prestazione, di natura extracontrattuale per la violazione dell'interesse negativo di protezione.

Va da sé che nel caso di lesioni subite dal paziente in studi professionali privati o in strutture non accreditate le conseguenze del fatto illecito/lesivo non mutano, potendo al più discutersi in ordine ai soggetti effettivamente tenuti al risarcimento.

v. R. DE MATTEIS, *Attività sanitaria*, in *La colpa nella responsabilità civile*, (a cura di P. Cendon), Torino, 2006, p. 6, "la responsabilità medica, ...(*omissis*), nella prospettiva contrattuale ha recepito gli influssi di quel processo che, nella scoperta e valorizzazione degli obblighi di protezione nell'ambito del rapporto obbligatorio, è approdato ad una concezione della tutela contrattuale, non più concepita ad esclusivo presidio dell'interesse economico all'adempimento della prestazione principale, ma proiettata a garanzia, anche della intangibilità della sfera soggettiva delle parti contraenti".

In presenza di una struttura sanitaria privata se ne riconosce la responsabilità (accanto a quella del medico e della struttura pubblica), sia in considerazione dell'utile economico conseguito, sia in considerazione della prestazione che la struttura privata fornisce, al pari di quella pubblica, al paziente. Nell'ipotesi di prestazioni in cui il medico agisca quale libero professionista e concluda con il paziente un contratto d'opera intellettuale potrà essere chiamato a rispondere: a) in via contrattuale del danno subito dal paziente per violazione degli obblighi discendenti dal contratto; b) in via extracontrattuale nell'ipotesi in cui l'inadempimento alle obbligazioni assunte comporti anche la lesione di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento, quale appunto il diritto alla salute.

Si verifica, in questa ipotesi un concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Nesso di causalità.

Preliminarmente occorre richiamare la norma ex art. 2043 c.c. nella quale la voce *danno* viene utilizzata sotto due diversi aspetti: a) lesione dell'interesse tutelato dall'ordinamento giuridico (evento lesivo, danno ingiusto); b) pregiudizio valutabile economicamente (anche se non patrimoniale).

Entrambi sono analizzati ai fini del nesso di causalità dalla prevalente dottrina; duplice, allora è il giudizio di causalità.

Partendo dalla lettera dell'art. 2043 c.c., si distingue tra causalità di fatto, intesa come ricostruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità, e causalità giuridica, determinazione del danno risarcibile.

Si ritiene pertanto che sia necessario accertare preliminarmente il nesso di causalità tra il fatto e l'evento dannoso, per poi procedere alla individuazione e delimitazione delle conseguenze risarcibili.

La relazione tra condotta ed evento dannoso è elemento costitutivo dell'illecito extracontrattuale, nel senso che la condotta per essere fonte di responsabilità deve avere cagionato il danno.

Al contrario, in ambito contrattuale il nesso causale diventa rilevante solo in caso di inadempimento: il debitore dovrà fornire la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, derivante da causa a lui non imputabile.

In ogni caso nel Codice civile non vi sono norme specifiche volte a disciplinare la causalità di fatto; si è già detto dell'assoluta genericità dell'art. 2043 del codice, all'interno del quale non è indicato alcun criterio per stabilire quando una data condotta, o fatto, possa dirsi causa di un determinato evento,

sussistendo in esso soltanto norme rivolte a disciplinare il nesso di causalità giuridica, vale a dire a determinare le conseguenze risarcibili.

Si è ritenuto, in buona sostanza, che nel *corpus* codicistico siano rinvenibili unicamente norme utili a risolvere il problema della delimitazione delle conseguenze dannose, ma non parimenti utili all'accertamento del rapporto in base al quale può dirsi esistente un rapporto tra causa e danno.

La causalità di fatto, dunque, per essere risolta necessita dell'applicazione, anche in materia di responsabilità in ambito civile, della disciplina dettata dagli articoli 40 e 41 c.p.⁵⁴

La condotta per essere fonte di responsabilità deve avere cagionato il danno. In questa semplice affermazione risiede il concetto di nesso di causalità:

⁵⁴ Art. 40 c.p.: “nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.

Art. 41 c.p.: “il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.

l'attuazione del legame tra condotta ed evento dannoso è elemento costitutivo dell'illecito extracontrattuale.

Per ciò che attiene la responsabilità contrattuale, al contrario, il debitore in presenza di inadempimento contrattuale è sempre considerato responsabile, salvo riuscire a dimostrare che la mancata prestazione si è verificata per causa a lui non imputabile.

Più in particolare con riferimento allo specifico tema della responsabilità professionale medica la giurisprudenza della Suprema Corte ha generalmente ritenuto esistente il nesso di causalità ogni qualvolta l'intervento del medico avrebbe avuto *serie ed apprezzabili probabilità di successo*.

In buona sostanza, dato il valore primario del *bene salute*, ai fini dell'individuazione del nesso di causalità tra la condotta del medico e l'evento lesivo per il paziente, al criterio della *certezza* degli effetti si sostituisce quello della *probabilità*⁵⁵, intendendo con tale termine l'obbligo rigoroso, morale e giuridico, di adottare tutte le misure ed adoperare tutti i mezzi conosciuti per la migliore e rapida soluzione dell'evento morboso⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. Cass. Pen. Sez. IV sent. del 07.03.1989, ric. Prinzivalli.

⁵⁶ v. M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2006, pp. 92 e ss.

L'accertamento del nesso di causalità in ambito medico è dunque giudizio di natura probabilistica; è sorto allora il problema di individuare quale sia il grado di probabilità necessario per il riconoscimento della sussistenza del nesso causale, a fronte di due diversi indirizzi prevalenti. Secondo il primo il nesso di causalità sussiste ogni qualvolta vi siano serie ed apprezzabili probabilità di successo per l'azione impeditiva dell'evento anche se limitate e/o addirittura inferiori al 50%; per il secondo il nesso di causalità risulta provato solo in presenza di prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con elevato grado di probabilità prossimo alla certezza, cioè in una percentuale prossima al 100%⁵⁷.

Con un importante pronuncia – SS.UU. 10.07.2002, Franzese – la Corte accoglie una soluzione intermedia ritenendo non possa esistere un criterio assoluto, quale la vicinanza al 50% o al 100%, ma un controllo di attendibilità riferito al singolo evento e all'evidenza disponibile in base alla più aggiornata conoscenza medico legale⁵⁸.

⁵⁷ Per quanto attiene il punto a) V. Cassazione Penale n.02,04,1987, ric. Ziliotto; 30.04.1993, ric. De Giovanni, ecc. sul punto b) V. Cassazione Penale 28.09.2000, ric. Baltrocchi, 25.09.2001 ric. Sgarbi, ecc.

⁵⁸ Cfr. Corte Cassazione Penale – SS.UU. 10.07.2002, ric. Franzese; “In definitiva il procedimento logico, svolto sulla scorte delle prove raccolte nel

Del resto, come ha osservato autorevole dottrina, è la stessa scienza medica che si muove sempre nell'ambito del possibile e del probabile⁵⁹.

Con tale pronuncia le SS.UU. hanno formulato quello che comunemente viene indicato come il decalogo Francese, così articolato: a) il nesso causale può essere ravvisato quando si accerti che ipotizzando come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc* questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva; b) non è consentito dedurre automaticamente da coefficiente di probabilità statistico la conferma dell'esistenza del nesso causale, rimanendo demandata al giudice la puntuale analisi del caso concreto, dovendo risultare giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con *alto o elevato grado di probabilità*; c) l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro, cioè il

corso del giudizio deve condurre alla certezza processuale che esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta omissiva del sanitario alla luce della cornice normologica e dei dati ontologici è stata condizione necessaria dell'evento attribuibile per ciò all'agente come fatto proprio. Il ragionevole dubbio, derivante dall'insufficienza contraddittorietà della prova, deve escludere la sussistenza del nesso causale.

⁵⁹ v. G. IADECOLA, *In tema di causalità e di causalità medica*, in Riv. Italiana di medicina legale, Milano, 2001, p. 531.

ragionevole dubbio, comportano necessariamente l'assoluzione dell'agente.

Orbene, la citata sentenza è intervenuta in materia di responsabilità penale, i cui criteri non sempre sono assimilabili a quelli della responsabilità civile.

In considerazione di ciò in ambito civile la Corte di Cassazione, pur riconoscendo e facendo proprie le argomentazioni proposte dalle Sezioni Unite Penali, vale a dire riconoscendo che in ambito medico il criterio della certezza deve essere abbandonato in favore di quello della probabilità e dell'idoneità della condotta dell'agente a produrre gli effetti dannosi, preferisce adottare il diverso criterio della *ragionevole probabilità*, e non quello della *elevata probabilità*⁶⁰.

A ben vedere non esiste contrasto vero e proprio tra giurisprudenza civile e giurisprudenza penale; la diversa *gradazione* richiesta ai fini dell'accertamento della responsabilità di colui che ha agito, nasce piuttosto dalla diversa funzione della responsabilità civile da quella penale.

È stato correttamente osservato che esigenza prioritaria del sistema civile è quella di garantire un adeguato ristoro al danneggiato, risultato ai fini del quale l'elemento doloso è assolutamente irrilevante, ed il cui

⁶⁰ Cfr. Corte di Cassazione civile, sent. n.4400 del 04.03.2004.

accertamento, in sede penale, deve essere giustamente rigoroso.

Ai fini dell'individuazione della responsabilità civile, al contrario, come ampiamente ripetuto, è sufficiente l'accertamento del fattore colposo, per cui "ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio e remoto) che abbia generato, o anche soltanto contribuito a generare una obiettiva relazione tra condotta ed evento, deve considerarsi causa dell'evento stesso"⁶¹, prescindendosi da ogni valutazione di *prevedibilità* richiesta al contrario in ambito penale.

Tanto premesso è ormai comunemente accettato che in ambito civilistico sia richiesta *soltanto* l'esistenza di *serie ed apprezzabili possibilità* di successo della condotta doverosa omessa dal medico, la cui valutazione è inevitabilmente affidata al diligente apprezzamento del giudice caso per caso.

La colpa.

Si è detto avanti come il codice civile ignori le definizioni di condotta dolosa e condotta colposa; pertanto, ai fini della corretta applicazione di tali concetti all'istituto della responsabilità civile, occorre riferirsi al codice penale, in particolare all'art. 43 c.p.

⁶¹ Cfr. Corte di Cassazione civile, sent. n.7997 del 18.04.2005

In virtù di tale norma il dolo può sinteticamente definirsi come la volontà di causare un danno ingiusto, accompagnata dalla consapevolezza di porre in atto una condotta contraria al diritto. La condotta colposa, in senso opposto, si verifica “contro l’intenzione”⁶², ed è contraddistinta da due elementi: 1) l’inosservanza di regole cautelari di condotta (elemento oggettivo); b) l’attribuibilità di tale inosservanza all’agente (elemento soggettivo).

L’aspetto “doloso” non è rilevante, se non indirettamente, ai fini della nostra indagine, poiché per definizione la sua presenza, configurando un reato, implica in capo all’agente un differente tipo di responsabilità, che è, appunto, penale.

Per ciò che concerne la configurabilità e le conseguenze della condotta colposa – definita come qualsiasi condotta attiva od omissiva che si dimostri imprudente, imperita, negligente, inosservante di leggi, regolamenti ed ordini - è necessario, innanzitutto, individuare le

⁶² Si ritiene opportuno richiamare ancora una volta l’Art. 43 c.p. “il delitto: è doloso o secondo l’intenzione, quando l’evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell’azione od omissione e da cui la legge discendere l’esistenza del delitto, è dall’agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione.

Il delitto è colposo o contro l’intenzione, quando l’evento anch’ se preveduto, non è voluto dall’agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

regole cautelari di diligenza, prudenza e perizia che si ritengono idonee a prevenire eventi dannosi involontari. Orbene, se non sorgono dubbi interpretativi e/o applicativi rispetto ai precetti scritti, incertezze possono verificarsi in ordine alla condotta normalmente definita come la *diligenza del buon padre di famiglia*.

Questa viene definita da autorevole dottrina “l’adeguato impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato fine”⁶³. Tale parametro, tuttavia, non è unitario in assoluto, bensì uniforme in riferimento ad ogni settore di attività⁶⁴.

In particolare, nell’ipotesi di comportamenti non rispondenti a diligenza, ciò che qui rileva, è la c.d. *colpa professionale* del medico, intendendo con tale espressione la colpa nell’esercizio di una attività professionale, liberale o non liberale, la cui valutazione

⁶³ v. C.M. BIANCA, voce “*Negligenza*” in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1965, p.191, “Secondo i diversi fini, lo sforzo in cui si identifica la diligenza può esigere l’applicazione di facoltà volitive, il ricorso a idonei strumenti materiali, l’osservanza di principi tecnici e di precetti giuridici”.

⁶⁴ v. S. BAGGIO *op. cit.* p. 658; “invero, il modello di comportamento richiesto non può non definirsi con riferimento alle condizioni concrete nelle quali la condotta dannosa è adottata. L’agente modello viene individuato in relazione al tipo di attività intrapresa e alle condizioni in cui il soggetto viene ad operare. Si avranno così tanti agenti modello, in relazione alle diverse attività svolte e alle condizioni in cui il soggetto opera”.

segue normalmente regole comuni a tutte le professioni⁶⁵.

Comunemente si ritiene che tali regole siano costituite dalle c.d. norme tecniche, cioè derivanti dall'esperienza, il cui giudizio si risolve: a) nell'individuazione delle modalità di comportamento cui il professionista è tenuto in relazione alla natura della sua prestazione e alle circostanze del caso; b) nel controllo della conformità del comportamento concretamente tenuto con il modello tipico, ma adattato alla situazione contingente⁶⁶.

E' ormai pacifico che nell'ambito della responsabilità del professionista assuma particolare rilievo la perizia, atteso che la prestazione del professionista si caratterizza per la sua natura tecnica ed esige una specifica preparazione e conoscenza della disciplina⁶⁷.

⁶⁵ v. S. BAGGIO *op. cit.* p. 663; “ si precisa, per quanto occorra, che per aversi colpa professionale si richiede non solo la qualità inerte di professionista in colui che agisce, ma altresì l'esercizio dell'attività specifica e propria del professionista. Non è ravvisabile, ad esempio, colpa professionale nella condotta del medico che, alla guida di un anuto, investa un passante.”

⁶⁶ v. G. SANTORO, *L'inadempimento*, in *La responsabilità civile*, vol. II, (a cura di P. Cendon), Torino, 1998, p. 91; “Se all'esito di siffatta comparazione si constata che il comportamento tenuto è stato conforme al modello, allora si potrà affermare che il debitore è stato “diligente”, nel caso invece che si verifichi una difformità, si riterrà integrata la “colpa professionale”.

⁶⁷ v. L. D'ORSI, *Riflessioni intorno al concetto di colpa professionale*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 122, “ciò che invero caratterizza la colpa professionale è questa particolare qualità della diligenza debitoria che

Per quanto attiene il campo di questa indagine, attenta parte della dottrina ha ritenuto che la valutazione della condotta del medico debba differire rispetto a quella applicata al professionista in genere, nel senso, forse paradossale, di una maggiore elasticità. Ciò che dovrà rilevare sarà allora “stabilire se l’operatore abbia operato le scelte idonee a garantire al paziente il grado tendenzialmente più alto di probabilità di esito favorevole⁶⁸”.

Differenza tra obbligazione di mezzo ed obbligazione di risultato – onere della prova.

Ai fini dell’accertamento dell’esistenza della responsabilità in capo all’agente, viene operata la ulteriore differenziazione tra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato, particolarmente rilevante nell’ambito dell’attività del professionista.

Comunemente si ritiene che il risultato non possa essere oggetto dell’obbligazione del professionista, avendo egli correttamente adempiuto alla sua parte di debito prestando la sua attività con diligenza.

non si limita alla mera tensione volitiva ad adempiere, ma si allarga al possesso ed alla applicazione di quelle attitudini e cognizioni tecniche che, normalmente, nelle comuni prestazioni è irrilevante.”

⁶⁸ v. M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, p. 73.

Di conseguenza, anche la giurisprudenza è concorde nel considerare l'obbligazione del professionista come obbligazione di mezzi, poiché il professionista "si impegna a prestare la propria opera intellettuale per il raggiungimento di un risultato ma non a conseguirlo". L'inadempimento in questo caso, quindi "è costituito dalla violazione dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale⁶⁹". Ferma restando l'ipotesi in cui il risultato della prestazione non sia condizionato dal verificarsi di fattori esterni all'attività del professionista; in questo caso si configura anche l'obbligazione di risultato.

L'obbligazione del medico viene considerata il tipico esempio dell'obbligazione di mezzi, pur con le peculiarità che la contraddistinguono. E in effetti, si osserva, anche se la guarigione è certamente un "risultato" non necessariamente dipende esclusivamente dalle prestazioni del medico, dunque non può essere oggetto del negozio.

Tutto quanto sopra detto è tanto più vero ove si consideri il mutevole stato delle conoscenze scientifiche, soprattutto nell'era a noi contemporanea,

⁶⁹ Cfr. in proposito Corte di Cassazione n.961 del 28.04.1961.

data l'estrema velocità con cui la ricerca scientifica si rinnova⁷⁰.

Tuttavia in letteratura si riportano casi contrastanti di obbligazioni del medico come obbligazioni di risultato. Ci si riferisce, ad esempio, ad alcune prestazioni del medico dentista, ad alcune applicazioni della medicina estetica, ed altro, insomma a tutti quei casi in cui il margine di aleatorietà sembra inconsistente, ed il risultato richiesto facilmente ottenibile.

In questi casi si ritiene siano applicabili l'art. 2226 c.c., relativo alla prestazione d'opera intellettuale, e l'art. 1668 c.c. relativo ai vizi dell'opera. Sul tema la giurisprudenza della Suprema Corte è intervenuta inizialmente negando l'applicabilità della disciplina ex art. 1668 c.c. all'opera intellettuale, mentre in tempi più recenti ha chiarito che la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato – ritenuta rilevante per l'accertamento della responsabilità del debitore – non sia decisiva ai fini dell'applicazione dell'art. 2226 c.c., potendo la prestazione intellettuale consistere anche in un risultato diverso da un *opus* di entità materiale⁷¹.

⁷⁰ In tal senso “*Le obbligazioni del medico come obbligazioni di mezzi*”, in *Giurisprudenza Italiana*, Torino, p. 1247-48.

⁷¹ Cfr. Corte di Cassazione, n.10741 del 23.07.2002. “la giurisprudenza più antica di questa corte ha dato al quesito risposta negativa. Successivamente si è andata affermando l'opinione che ritiene l'art. 2226 c.c. applicabile

Anche in materia di onere della prova il giudizio degli operatori del diritto si è evoluto con il passare del tempo, sia in dottrina che in giurisprudenza.

Inizialmente – partendo dalla distinzione tra intervento di facile o di difficile esecuzione - si era ritenuto che normalmente nel caso di intervento *routinario* incombesse sul paziente esclusivamente l'onere di dimostrare l'aggravamento della sua patologia, essendo tale elemento sufficiente a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione. Sul medico gravava, dunque, l'onere di dimostrare che la prestazione professionale era stata eseguita diligentemente e che gli esiti peggiorativi erano stati determinati da evento imprevisto ed imprevedibile. Si applica ora il principio della vicinanza della prova.

Ed in effetti, nell'obbligazione di mezzi il mancato o inesatto risultato della prestazione non consiste nell'inadempimento, ma costituisce il danno consequenziale alla non diligente esecuzione della prestazione. La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva dunque più quale criterio di distribuzione dell'onere

quando la prestazione intellettuale dia origine ad un opus di entità materiale, rispetto a cui siano configurabili da un lato vizi o difformità riconoscibili al momento dell'accettazione e, dall'altro, un'attività di consegna.

della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà⁷².

Successivamente, a seguito di una importante pronuncia intervenuta a Sezioni Unite, vale a dire la sentenza SS.UU. n.13533 del 30.10.2001, tale interpretazione è mutata.

I criteri con i quali l'eventuale condotta colposa del sanitario deve essere accertata, non sono uniformi, bensì mutano in ragione delle diverse prestazioni che vengono richieste; come è intuitivo la condotta colposa può variare, ad esempio, in funzione di una visita seguita da prescrizione farmacologica, o di un intervento chirurgico, potendo altresì assumere diverse connotazioni in presenza di identica prestazione fornita a pazienti diversi, con diversi precedenti clinici.

Sorge allora il problema di distinguere tra diligenza e discrezionalità. È noto che ad ogni professionista viene riconosciuta piena discrezionalità vale a dire il potere di eseguire la prestazione richiestagli in piena autonomia in ordine alle modalità ritenute maggiormente idonee al raggiungimento dello scopo; essa, tuttavia, non è illimitata essendo sempre assoggettata al consenso del

⁷² Cfr. Corte di Cassazione, sent. n.10297 del 28 maggio 2004.

beneficiario della prestazione che tale prestazione ha richiesto.

Tale caratteristica mantiene la sua validità anche per quanto attiene la professione medica, attività in cui il consenso del richiedente – il paziente in questo caso – assume particolare rilevanza, come sopra ampiamente descritto.

Un ulteriore limite è rappresentato dalle c.d. regole dell'arte.

Comunemente tale locuzione designa le conoscenze tecnico scientifiche che denotano la piena conoscenza di una disciplina. In particolare, con riferimento alla professione medica, la S.C. ha fornito la definizione di “necessario corredo culturale e sperimentale del professionista che si dedichi ad un particolare settore della medicina, il quale è costituito da quelle regole che, per comune consenso delle autorità scientifiche e per consolidata sperimentazione si possono reputare acquisite alla scienza e alla pratica, limite oltre il quale la libertà del professionista non può spingersi”⁷³.

Ciò premesso si ritiene che l'inadeguatezza professionale comporti in capo al professionista la sussistenza di colpa per imperizia, cui contrasta la

⁷³ Cfr. Corte di Cassazione, sent. n.3044 del 13.10.1972, nonché Corte di Cassazione sentenza n.1847 del 22.02.1988.

previsione dell'obbligo di costante aggiornamento professionale, ex art.16 Codice Deontologia Medica.

Secondo le regole generali – come individuate dall'art. 40 c.p. – il medico deve intervenire anche quando il caso sia grave e le probabilità di successo siano ridotte; in caso contrario si profila la responsabilità per omissione, poiché “non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo⁷⁴”.

L'obbligo giuridico nasce, dunque, da una norma giuridica, anche di grado secondario: caratteristica tecnica di esso è che la norma imponga al soggetto di impedire il verificarsi dell'evento. A proposito della professione medica si parla di obbligo di garanzia, inteso come impegno ad impedire eventi offensivi di beni altrui affidati alla loro tutela per incapacità dei titolari di proteggerli adeguatamente⁷⁵.

È evidente, allora, che il medico è titolare di una posizione di garanzia in relazione al paziente affidato alle sue cure. Attenta parte della dottrina estende tale obbligo di garanzia a tutto il personale medico, ivi compresi gli specializzandi.

⁷⁴ Cfr. art. 40 c.p.

⁷⁵ v. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2001, p. 169. L'obbligo di garanzia è l'obbligo giuridico gravante su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti di adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui affidati alla loro tutela per incapacità dei titolari di proteggerli adeguatamente.

CAPITOLO III – I danni risarcibili

Danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

Si è già illustrato come nel sistema giuridico italiano la risarcibilità del danno conseguente ad una condotta impropria, in senso lato, sia stata inizialmente improntata ad una concezione di “danno ingiusto” unicamente limitato alla lesione patrimoniale.

Il sistema delineato dal codice civile del 1942, in effetti, identifica il danno con la perdita economica, e la sua riparazione – integrale – con il risarcimento, sulla cui natura giuridica ancora si discute.

Si tratta di disputa in realtà improduttiva di effetti sostanziali; tuttavia, giova ricordare che l’istituto giuridico del risarcimento avrebbe, secondo alcuni autori, funzione meramente compensativa, secondo altri funzione sanzionatoria.

Il danno patrimoniale, allora, si configura quale aspetto primario e principale del risarcimento del danno ingiusto, quale effetto di una lesione alla persona⁷⁶,

⁷⁶ v. G. CASSANO, *Il danno alla persona*, Vol. I, Padova, 2006, p. 77. “il danno al patrimonio inteso quale lesione della propria patrimonialità, si configura quale aspetto primario e principale nel risarcimento del danno ingiusto quale effetto di una lesione alla persona, cosicché appare imprescindibile trattare dei profili ... che minano l’ambito economico, quello che incide sulla sua capacità lavorativa, sulla sua capacità contributiva, sulla integrità delle sue

poichè lesivo dell'ambito economico incidente sulla sua capacità lavorativa e contributiva, la quale può ripercuotersi sulle proprietà strettamente intese, assumendo, dunque, rilevanza non soltanto sotto il profilo strettamente monetario, ma anche per ciò che attiene al benessere globale di un individuo. Autorevole dottrina ha stigmatizzato tale caratteristica osservando come dalla lesione di un interesse patrimoniale possono quindi discendere conseguenze patrimoniali e non patrimoniali entrambe negative per la vittima⁷⁷.

Orbene se è vero che in materia di risarcimento del danno appaiono esponenzialmente in crescita le situazioni giuridiche riconducibili al danno non patrimoniale è pur vero che il nucleo del danno patrimoniale alla persona non può essere tralasciato, sia perché storicamente antecedente, sia perché ogni successivo sviluppo è ad esso riconducibile⁷⁸.

proprietà, e su quant'altro rappresenti e rilevi sotto il profilo della valutazione economica, in termini prettamente monetari.

⁷⁷ v. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 274, nt. 1. Dalla lesione di un interesse patrimoniale possono quindi discendere conseguenze patrimoniali e non patrimoniali entrambe negative per la vittima. Dalla lesione di un interesse non patrimoniale possono discendere conseguenze in termini di danno alla salute (in re ipsa nella lesione), di danno morale, e di danno patrimoniale da diminuita attività economica del soggetto leso.

⁷⁸ v. C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005. Per danno patrimoniale deve intendersi la generale equivalenza economica che il mercato consente di realizzare tra i diversi beni, assegnando a ciascuno un valore di scambio

Pur in assenza di una vera e propria definizione di danno, può certamente concludersi che nel nostro codice civile l'istituto del danno è collegato, definendolo implicitamente, alla perdita o diminuzione patrimoniale subita, nonché al "bisogno" di stabilire il prezzo per ricomporre il pregiudizio arrecato.

Nella prassi, molto spesso, identificando l'ingiustizia del danno nella lesione di un diritto assoluto, in realtà si intende fare riferimento alla proprietà, ovvero ad un altro diritto reale di godimento.

A tal proposito sono numerosi i casi giurisprudenziali attinenti quali, ad esempio, lesioni derivanti da danni a beni di impresa, immissioni intollerabili ed altro.

Il concetto di danno svolge, allora, la duplice funzione di indice della lesione e al tempo stesso di una necessaria compensazione pecuniaria, cioè il risarcimento, da effettuarsi nei confronti di chi ha subito il torto o l'inadempimento di un contratto⁷⁹.

esprimibile monetariamente. La lesione del bene è danno se determina una diminuzione di quel valore, da calcolare ai fini della determinazione dell'ammontare del risarcimento.

⁷⁹ v. G. CASSANO, *Il danno alla persona*, vol I, Padova, 2006, p.80. Come si è avuto modo di osservare, il nostro codice civile non definisce il danno ma lo individua attraverso criteri che siano quanto più conducenti ai fini della sua rilevanza giuridica e dall'obbligo formato dal risarcimento. Orbene, al concetto di danno va certamente ricongiunto quello di perdita o di diminuzione patrimoniale subita, nonché il bisogno di stabilire il prezzo per ricomporre il pregiudizio arrecato.

Il danno patrimoniale comunque è rilevante anche per ciò che attiene alla materia che qui ci occupa del danno alla persona, innanzitutto sotto il profilo della capacità lavorativa, generalmente inquadrata nella figura giuridica dell'invalidità permanente – totale o parziale – e dell'invalidità permanente assoluta o parziale generica, ovvero, specifica.

Non v'è di certo bisogno della dimostrazione della circostanza secondo la quale la menomazione biologica subita possa riflettersi più o meno significativamente sulla capacità di produrre reddito. Tuttavia enucleare nel caso concreto quanto e come la lesione fisica influisca patrimonialmente nella vita della vittima non è sempre agevole; i suoi effetti, dunque, devono essere attentamente valutati caso per caso.

L'indagine del caso dovrà essere rigorosa, se pur necessariamente affidata a presunzioni.

La Suprema Corte nel merito ha osservato che un determinato coefficiente di riduzione della capacità lavorativa non importa automaticamente la proporzionale aritmetica riduzione del reddito⁸⁰.

⁸⁰ Cfr. Corte di Cassazione sent. n. 6403 del 28.11.88. "L'incidenza dell'invalidità sul reddito deve essere valutata in relazione alle circostanze del caso concreto, talché un determinato coefficiente di riduzione della capacità lavorativa non importa senz'altro una proporzionale riduzione aritmetica del reddito".

D'altro canto è altrettanto vero che nel danneggiato, pur se lavoratore dipendente, dunque percettore continuativamente di reddito, la diminuzione dell'integrità psicofisica non esclude il verificarsi di una perdita economica, ove, solo per fare qualche esempio, si verifichi "il carattere maggiormente usurante della prestazione svolta, nonché l'influenza negativa della invalidità sulla possibilità di percepire speciali compensi per prestazioni di lavoro più intense delle normali e sull'ulteriore sviluppo della carriera, su una possibile anticipata collocazione a riposo, sulla possibilità di lavoro alternativo"⁸¹.

Si è ritenuto, onde ovviare nel modo più obiettivo possibile a tali problematiche, di fare ricorso al metodo c.d. tabellare, come auspicato e regolamentato anche dalle convenzioni europee - la cui genesi sarà meglio esposta nel capitolo successivo - attraverso il quale in caso di danno patrimoniale alla persona, con il ricorso alle c.d. "tabelle", viene risarcita innanzitutto l'alterazione anatomico funzionale del soggetto peggiorativa della personalità psicosomatica, che ha riguardo sia alla entità reale del danno, la durata della malattia, e le conseguenze irreversibili.

⁸¹ v. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, p. 326. Lo stesso orientamento in Cassazione Civile sent. n.15641, del 07.11.2002, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 618.

Successivamente, oltre alle spese effettivamente sostenute, viene valutata la c.d. incapacità temporanea, intesa quale incapacità lavorativa, e l'invalidità permanente, che può sostanziarsi in invalidità permanente assoluta e permanente parziale, secondo la terminologia adottata anche dalla legge sugli infortuni sul lavoro. Si tratta di valutazione medico legale, che presuppone la cessazione della malattia e lo stabilizzarsi dell'equilibrio dell'organismo⁸².

In dottrina si identifica l'invalidità permanente assoluta come la perdita, per tutta la vita, dell'attitudine al lavoro, l'invalidità permanente parziale come la diminuzione della medesima, in una parte essenziale e per tutta la vita⁸³.

Occorrerà, altresì, considerare la capacità lavorativa generica e la capacità lavorativa specifica. Nel primo caso si intende l'attitudine dell'uomo medio, nel

⁸² v. G. CASSANO, *op. cit.* p. 101. "In ambito di danno patrimoniale alla persona, appare imprescindibile e di fondamentale importanza l'accertamento della lesione intesa quale intervenuta alterazione anatomico funzionale peggiorativa della personalità psico somatica dell'individuo, nonché una attenta ed accurata verifica della gravità del processo morboso originato dalla lesione, la durata della malattia, e le conseguenze irreversibili sullo stato psico somatico di soggetto, cosicché tali elementi devono essere frutto della valutazione medico legale."

⁸³ v. M. FRANZONI, *op. cit.* p. 345. "È totale o assoluta quella invalidità temporanea che impedisca totalmente e di fatto all'infortunato di attendere al lavoro, per conseguenza e parziale quella invalidità temporanea che limiti o impedisca solo o in parte di attendere al lavoro."

secondo si fa riferimento agli esiti peggiorativi della lesione sulle particolari esigenze di lavoro dell'arte o del mestiere esercitato dalla vittima.

Danno non patrimoniale o danno morale soggettivo.

La nozione di danno non patrimoniale è rinvenibile nell'art.2059 del c.c., il quale ne limita la risarcibilità ai casi determinati dalla legge.

Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla materia, tuttavia, stante l'insufficienza dei casi contemplati e le palesi violazioni dei precetti costituzionali cui interpretazioni troppo rigide hanno dato luogo, è stato lungo e laborioso.

Per comprendere a pieno il significato occorre tenere presente che la nozione di danno non patrimoniale non è parallela a quella di danno patrimoniale⁸⁴, essendo piuttosto identificata con quello di danno morale "inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona, e non più solo come danno morale soggettivo"⁸⁵.

Di conseguenza, l'evoluzione della materia ha condotto al riconoscimento, quali voci distinte e cumulativamente liquidate, di diverse categorie di danno, ulteriori rispetto al danno economico, tutte

⁸⁴ v. C. SALVI, *op. cit.* p. 51.

⁸⁵ Cfr. Corte di Cassazione sent. n.8828 del 31.05.2003.

riconducibili nella categoria del danno non patrimoniale, quali il danno biologico, danno morale, danno psichico, danno esistenziale.

Lo schema generale entro il quale gli operatori del diritto si muovono prevede un sistema sostanzialmente bipartito: a) ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso, vale a dire nel caso di illecito configurante reato; b) ipotesi in cui, in assenza di una legge ad hoc, il ristoro si ammette sulla base di una interpretazione estensiva dei principi costituzionali applicati alle norme vigenti, in particolare agli articoli 2043, 2056, 2059 c.c.⁸⁶

Per quanto concerne la prima ipotesi deve essere richiamato innanzitutto l'art. 185 c.p. a mente del quale "ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui". Tradizionalmente il danno non patrimoniale è stato inteso come pregiudizio morale, sofferenza fisica e morale, *ingiusto turbamento dello stato d'animo del danneggiato in conseguenza dell'illecito*⁸⁷, ritenendo che l'offesa, la lesione, o messa in pericolo conseguente al

⁸⁶ Art. 2059 cod. civ.: "il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge".

⁸⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sent. n.1646 del 1979.

reato rientrassero tutte le lesioni non rigorosamente identificabili come patrimoniali in senso stretto, ogni compromissione dei valori personali, come, ad esempio, il ristoro economico accordato ai congiunti della vittima dell'omicidio. Sotto questa nozione estremamente generica, si riconduceva la citata categoria del *danno morale soggettivo*.

Partendo da tale nozione, si è via via teorizzata e praticamente codificata la figura giuridica del *danno biologico*, diverso dal citato danno morale soggettivo, inteso come “quella formula con la quale si designa l'ipotesi della lesione dell'interesse costituzionalmente garantito (ex art. 32 cost.) alla integrità psico-fisica della persona”⁸⁸, ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica, cui è stato accordato il ristoro economico indipendentemente dalla configurabilità di una ipotesi di reato.

Di conseguenza si è ritenuto di dover accordare piena tutela a tutte le “nuove” forme di danno attraverso il collegamento tra art. 2043 c.c., in materia di responsabilità extracontrattuale, e l'art. 32 cost., abbandonando i limiti appena descritti del diverso legame tra art. 2059 c.civ, e 185 c.p.

⁸⁸ Cfr. Corte di Cassazione sent. n.3675 del 1981.

Il percorso interpretativo appena descritto è sfociato da ultimo in un primo, limitato, intervento legislativo, a lungo auspicato, per il momento circoscritto alla materia degli infortuni sul lavoro, nel quale per la prima volta si è tentata la definizione della categoria di danno biologico, definito come “*lesione della integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale della persona.*”⁸⁹

Il ristoro del danno biologico permanente, dunque, a mente del succitato articolo, deve essere determinato indipendentemente dalla capacità di produzione di reddito del danneggiato, poiché si è reso meritevole di indennizzo non la lesione, ma le sue conseguenze, cioè la menomazione.

L'azione risarcitoria che scaturisce dal verificarsi del danno, per il suo accoglimento, postula l'esistenza di due elementi, vale a dire, come esposto nei precedenti capitoli, il giudizio di responsabilità e la prova del danno⁹⁰.

Per ciò che concerne la materia che ci occupa, si ritiene ormai comunemente che l'esistenza stessa della lesione della salute sia di per sé prova dell'esistenza del danno, la cui sanzione è costituita dall'obbligo risarcitorio,

⁸⁹ Tale è la definizione fornita in tempi recenti dall'art. 13 del D.lgs. n. 38/2000, in materia di indennizzo INAIL dovuto a seguito di infortunio sul lavoro.

⁹⁰ v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto Privato*, Napoli, 2006, p. 677.

residuando l'unico incombente della sua quantificazione⁹¹.

Nozione di danno biologico.

Presupposto imprescindibile per il riconoscimento del danno biologico è la sussistenza di una lesione *in corpore*, l'accertata esistenza di una patologia, permanente o transitoria, della quale soffra o abbia sofferto il corpo o la psiche, in parole povere, il peggioramento della qualità della vita quale conseguenza della lesione.

Per l'individuazione ed elaborazione di tale categoria di danno, occorre richiamarsi alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale con due importanti pronunce del 1979, n.87 e 88, nel ribadire il più volte citato principio secondo cui il bene salute riceve tutela dall'art.32 cost. non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, rileva come la sua indennizzabilità non possa più essere limitata alle conseguenze strettamente inerenti alla capacità di produrre reddito, ma deve comprendere anche gli effetti della lesione del diritto.

Il problema della determinazione del danno, così configurato, in assenza di precetti legislativi, è stato

⁹¹ Cfr. Corte costituzionale sent. n. 372 del 1994.

inizialmente risolto dai giudici ordinari facendo ricorso al calcolo tabellare avente come base il triplo della pensione sociale, applicando il correttivo della capitalizzazione delle tariffe della Cassa Nazionale delle assicurazioni sociali⁹².

Successivamente si è fatto ricorso all'interpretazione estensiva della legge sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e natanti.

Di qui, come è noto, i singoli tribunali hanno quasi codificato il c.d. "sistema del calcolo a punto", elaborando delle tabelle nelle quali ogni punto percentuale viene fissato in un valore minimo ed uno massimo, tenendo conto dell'età del danneggiato e della gravità della lesione. Il sistema non è tuttavia soddisfacente, soprattutto perché introduce un fattore fortemente discriminante nella circostanza che il danno sia liquidato in modo differente in base alla dislocazione territoriale in cui la vittima agisce.

Il legislatore è intervenuto nella materia, come detto, limitatamente al settore degli infortuni sul lavoro, elaborando tabelle simili a quelle adoperate nella pratica giurisprudenziale, ed in tempi ancora più

⁹² Ar. 4 Legge n.39 del 1977 "nel caso di danno alle persone, il risarcimento per inabilità temporanea o invalidità permanente è determinato sulla base del reddito annuo lordo di lavoro, maggiorato dei redditi esenti risultante dall'ultima dichiarazione presentata ai fini IRPEF (*omissis*)".

recenti, per ciò che concerne i danni derivanti dalla circolazione stradale solo per le c.d. *micropermanenti*, vale a dire danni di lieve entità.

Solitamente gli operatori del diritto ravvisano nella categoria del danno biologico i seguenti caratteri: a) danno disfunzionale, perdita di funzionalità essenziali; b) danno omnicomprensivo, per la corretta liquidazione di tutte le ripercussioni con esclusione del danno patrimoniale e morale; c) danno areddituale, sussiste a prescindere dalle conseguenze patrimoniali sul reddito del danneggiato.

All'interno di esso si riconoscono poi il periodo di tempo necessario per la guarigione, cioè malattia e convalescenza solitamente denominata *invalidità temporanea*, e la presenza dei eventuali postumi permanenti, indicati con il termine di *invalidità permanente*, indicata in *percentuale*. Entrambe le categorie sono, evidentemente, danni alla salute, suscettibili di valutazione medico legale.

La figura del danno esistenziale.

L'espressione "danno esistenziale" quale voce differente dal danno morale genericamente inteso, è stata usata per la prima volta proprio in tema di responsabilità medica, più precisamente nella sentenza conclusiva di un giudizio in cui i genitori di un bambino nato con

gravi patologie in conseguenza di un errore medico chiesero il ristoro del danno patito.

Per danno esistenziale si intende ogni ripercussione negativa sulle singole attività non reddituali svolte dal danneggiato prima della lesione, attraverso le quali la vittima realizza la propria personalità.

Si tratta di una voce di danno frutto di successive elaborazioni di tutti quegli operatori secondo i quali, ai fini di un pieno ristoro della lesione subita, la semplice equiparazione del danno non patrimoniale al danno morale, risulta insufficiente e penalizzante⁹³.

Di conseguenza si è ritenuto che dando maggior rilievo al concetto di danno non patrimoniale “si potrebbe propendere per una configurazione di danno comprensiva di qualsiasi conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non prestandosi ad una valutazione monetaristica basata su criteri di mercato, non possa essere oggetto di risarcimento bensì di riparazione⁹⁴”.

L'intero sistema della responsabilità civile è stato modificato da questo indirizzo che vorrebbe codificare come voce autonoma quella del danno esistenziale; il

⁹³ La descritta evoluzione può trovarsi, tra gli altri, in due importanti pronunce della Corte di Cassazione, in particolare la n. 8827 ed 8828 del 31 maggio 2003, ed anche in una importante pronuncia della Corte Costituzionale intervenuta nello stesso anno, vale a dire la n.233 del 11.07.2003.

⁹⁴ Cfr. Corte di Cassazione sent. n.7624 del 1991.

suo riconoscimento però non è ancora del tutto pacifico, forse a causa della estrema genericità della sua formulazione, generando opinioni, e dunque risarcimenti, diversi.

Sulla materia sono intervenute, con una recente pronuncia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁹⁵; in essa pur risolvendo definitivamente, e positivamente, la questione a lungo dibattuta della configurabilità del danno esistenziale come voce separata da quella del danno biologico, accordandone il separato risarcimento, si finisce per ricomprendere in questa voce una pluralità di conseguenze lesive, finora considerate differenti: danno professionale, danno all'integrità psicofisica, danno biologico. Può facilmente comprendersi come, di conseguenza, anche tale statuizione non sia stata risolutiva.

Va ricordato che, nella citata decisione, viene operata una netta distinzione tra danno esistenziale, danno morale e danno biologico; il primo viene definito quale danno arrecato da qualsiasi illecito ai risvolti personali ed assistenziali della persona, considerato indipendente dalla lesione alla integrità psicofisica della vittima, danno che si ripercuote, piuttosto, sulla sfera esterna dell'individuo, avendo riguardo al “forzoso cambiamento delle abitudini di vita”.

⁹⁵ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. sent. n.6572 del 2006.

Il danno morale, al contrario, secondo la Suprema Corte, ha dirette conseguenze sulla sfera interna del soggetto, sulla sofferenza soggettiva, come sopra descritto.

Il danno biologico viene poi definito come afferente al godimento della vita nella sua pienezza, e sussiste ogni qual volta il danneggiato, in conseguenza della lesione, non possa più apparire, comportarsi e vivere come prima.

La Corte, date tali premesse, conclude comunque per la netta distinzione tra danno esistenziale e danno biologico, sostenendo che, pur concernendo entrambe lo stesso tipo di conseguenze dannose, “quando esse discendono da una lesione medicalmente accertabile si procede al risarcimento del danno biologico, parallelamente quando sia colpito un interesse diverso dalla salute dovrà procedersi alla liquidazione del danno esistenziale”.

Si tratta, come è evidente, di un coraggioso tentativo di imprimere nuovo vigore alla tutela della salute globalmente intesa. Purtroppo, abbracciando le medesime conseguenze dannose del danno biologico, tale configurazione del danno esistenziale è rimasto a tutt’oggi un caso isolato, sostanzialmente ignorato dalla

giurisprudenza successiva e spesso contestato in dottrina⁹⁶.

Ciò probabilmente si deve al fatto che, ricomprendo nel suo alveo anche il danno biologico, rimane difficile separare le due figure giuridiche; il danno biologico, in effetti è per sé stesso un danno esistenziale.

Perdita di chances.

Comunemente si definisce la chance come la “perdita di una probabilità favorevole”⁹⁷, concreta ed effettiva occasione di conseguire un risultato favorevole. Orbene, nell’ambito della responsabilità medica quando si parla di perdita di chance ci si riferisce alla diminuzione delle probabilità di sopravvivenza o di guarigione. A tal proposito è stata fondamentale la pronuncia n.4400 del 2006 della Corte di Cassazione, con la quale tale voce di danno è stata considerata diversa ed autonoma rispetto a quella inerente il mancato raggiungimento del risultato, distinta altresì dalla lesione dell’integrità psicofisica, considerata evento dannoso principale.

In particolare la Suprema Corte ha considerato la chance non una mera aspettativa ma un’entità

⁹⁶ v. M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Padova, 2009, pp. 237 e ss.

⁹⁷ In dottrina Rossetti M. definisce la perdita di chance come “la perdita di una utilità non solo futura, ma anche eventuale”.

patrimoniale a sé stante, dunque suscettibile di autonoma valutazione, ove ne risulti provata l'effettiva sussistenza.

Tale danno “non va commisurato alla perdita del risultato ma alla mera possibilità di conseguirlo⁹⁸”.

Caratteristica principale di tale particolare danno consiste nella possibilità, unica nel nostro ordinamento, di ottenere ristoro per un danno futuro ed incerto, contrariamente ai principi generali secondo i quali il danno per essere risarcibile deve essere certo. Da qui i diversi dubbi interpretativi inerenti sia alla sua effettiva risarcibilità, sia all'inquadramento di esso nell'ambito del danno emergente piuttosto che nell'ambito lucro cessante.

Proprio con riferimento alla responsabilità medica la giurisprudenza favorevole al riconoscimento ha addirittura escluso la necessità in tal caso dell'accertamento del nesso causale, ritenendo sufficiente verificare la colposità della prestazione. La citata sentenza, in effetti, fa ricorso alla teoria dell'aumento del rischio, che le SS.UU. penali avevano in precedenza rigettato. In una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta

⁹⁸ Cfr. Corte di Cassazione sent. n. 4400 del 2004.

carezza che integra l'inadempimento della prestazione sanitaria, aggrava la possibilità che l'esito negativo si produca: "il paziente ha perso per effetto dell'inadempimento, delle chances che statisticamente aveva".

Danno psichico.

Autorevole dottrina ha ipotizzato la configurabilità del danno psichico come voce a sé stante, pur se sempre ricompreso nell'ampio genus del danno alla salute⁹⁹, tipologia particolare di danno biologico.

La difficoltà di un corretto inquadramento di tale voce di danno nasce dalla confusione terminologica che può portare ad assimilare il danno psichico al danno morale. In realtà le due figure sono nettamente distinte poiché il termine *psichico* non afferisce a sofferenze *morali* dell'animo genericamente intese, bensì ad una lesione patologica vera e propria, un'alterazione delle facoltà mentali.

Correttamente inquadrato, allora, il danno psichico è a tutti gli effetti una ulteriore lesione dell'integrità fisica e psichica dell'individuo, risarcibile ex art. 2059 c.c. "senza limitazione alcuna perché anche la malattia mentale, causata da fatto illecito, costituisce violazione

⁹⁹ v. G. GIANNINI - M. POGLIANI, *Il danno da illecito civile*, Milano, 1997, p.175.

della salute dell'individuo, ex art. 32 cost., ed i fatti illeciti consistiti in lesione dei diritti inviolabili della persona sono sempre risarcibili¹⁰⁰”.

Secondo i criteri medico legali la lesione dell'equilibrio psichico del danneggiato non necessariamente coincide con una lesione organica del sistema nervoso genericamente inteso, e la menomazione conseguente non è, come detto, un semplice turbamento. Per essere riconoscibile il danno psichico deve comportare una perdita o diminuzione delle precedenti facoltà, esattamente come succede in caso di danno a diversi apparati fisici.

Sono evidenti le difficoltà interpretative. In considerazione di ciò l'orientamento prevalente della giurisprudenza della Suprema Corte ritiene che, in presenza di danno alla salute, liquidandosi il danno morale, tale voce di danno non sia quantificabile per posta separata, ma certamente costituisce un fattore da tener presente nella “personalizzazione” del risarcimento del danno biologico¹⁰¹.

¹⁰⁰ v. M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 682.

¹⁰¹ Cfr. per tutte Corte di Cassazione sentenza n.28423 del 2008, “la morte di un prossimo congiunto può causare nei superstiti sia una sofferenza morale per la perdita del rapporto parentale, sia un danno biologico vero e proprio. Quest'ultimo pregiudizio tuttavia sussiste solo in presenza di una effettiva compromissione dello stato di salute fisica o psichica di chi lo invoca”.

La ratio di tale orientamento risiede nella necessità di contemperare due opposte esigenze, da un lato il diritto del danneggiato al completo risarcimento di tutto quanto patito, dall'altro la necessità di evitare duplicazioni risarcitorie.

Danno estetico.

Il danno estetico, cioè il danno all'aspetto esteriore dell'individuo, al pari del danno psichico, costituisce un caso particolare di danno biologico.

Il significato giuridico non coincide con quello comune del termine, che vuole un parallelismo tra *estetica* e *bellezza*.

Tale espressione non indica semplicemente la presenza di cicatrici, bensì una lesione vera e propria sia essa di un organo, o di una funzione afferente l'aspetto esteriore, secondo i principi generali in tema di danno alla salute.

In quest'ottica si è ritenuto che sussista danno estetico “in tutti i casi in cui la percezione del sé da parte del danneggiato impedisce il comune senso di benessere¹⁰²”, riconducendo, ancora una volta, tale aspetto del danno alla salute nei confini della alterazione del “valore uomo”.

¹⁰² v. M. IORIO – M. NAVISSANO, *Cicatrice e danno estetico*, Torino, 1996, p.212.

Di conseguenza, l'espressione in oggetto, pur consistendo in una compromissione dell'integrità fisiognomica, quali ad esempio la zoppia, lo strabismo, la difficile articolazione del linguaggio, può comportare la perdita di capacità lavorativa, dunque un danno patrimoniale.

Devono ripetersi le considerazioni appena svolte in tema di danno biologico in genere e di danno psichico in particolare.

La valutazione del danno non è realisticamente possibile attraverso criteri assolutamente oggettivi, ma va eseguita caso per caso, rimanendo in gran parte affidata alla sensibilità del singolo, secondo i criteri generali cui ogni medico deve attenersi. Tali criteri prevedono che la valutazione del danno, anche nel caso di danno estetico, deve tener conto della effettiva consistenza ma anche delle sue implicazioni psicologiche.

Per quanto concerne l'orientamento giurisprudenziale occorre ancora una volta registrare disparità di vedute. In materia convivono, infatti, almeno due opposte tendenze; da un lato vi sono pronunce che statuiscono due diversi valori percentuali, uno per il danno biologico in sé e per sé considerato, l'altro per il danno estetico *puro*.

Secondo diverso indirizzo giurisprudenziale nella liquidazione del danno biologico si tiene conto anche del danno estetico, secondo il principio sopra descritto della “personalizzazione” del risarcimento del danno biologico.

Concludendo, le fattispecie inerenti la tutela del diritto alla salute sono innumerevoli; l’esame completo di esse risulta particolarmente complesso.

Si pensi, ad esempio, ai casi qui non trattati di danni alla sfera sessuale, alle problematiche inerenti le nascite non desiderate e/o procurato aborto. Tuttavia, come si evidenziato, vi sono linee guida uniformi cui gli operatori possono attenersi affinché i principi costituzionali trovino attuazione.

CAPITOLO IV – Ordinamento comunitario

Nell'ordinamento giuridico italiano – come più volte sottolineato - il fondamentale diritto alla salute discende, e dunque riceve tutela, non solo dalla Carta costituzionale e dalle altre norme di diritto interno, ma altresì da norme di diritto internazionale e sovranazionale, le quali in vario modo incidono sul diritto italiano¹⁰³.

In particolare ci si riferisce alle norme riconducibili ai diversi ordinamenti dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa, i cui organi giurisdizionali, rispettivamente la Corte di Giustizia delle Comunità europee e la Corte Europea per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, hanno nel corso degli anni inciso sulla configurazione della materia anche in Italia¹⁰⁴.

¹⁰³ v. A. MALATESTA, *Le fonti internazionali*, in *I diritti della persona, tutela penale, civile, amministrativa*, Torino, 2005, pp. 3 e ss. “la tutela dei diritti della persona opera ormai da tempo, oltre che nei sistemi giuridici nazionali, anche sul piano dell'ordinamento internazionale. Sono infatti lontani i tempi in cui in materia di trattamento delle persone, o almeno dei propri cittadini, gli Stati potevano invocare il principio di non interferenza negli affari interni o vantare una libertà da qualunque vincolo assunto verso gli altri Stati”.

¹⁰⁴ v. A. MALATESTA, *op. cit.*, pp. 9 e ss. “Per quanto riguarda l'Europa l'esigenza di realizzare forme di protezione più incisive, rispetto agli inevitabili limiti di un'azione universale (quale quella promossa dalle Nazioni Unite), fu avvertita subito, in particolare nell'ambito del Consiglio d'Europa. Sotto l'egida di quest'ultimo, infatti, solo due anni dopo la dichiarazione universale, nel 1950, fu conclusa la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti

Sono note le differenti modalità d'azione dei detti ordinamenti. L'Unione Europea, quale ordinamento sovranazionale, nonché soggetto di diritto internazionale, in specifiche materie non soltanto può emanare norme giuridiche obbligatorie per gli stati e per i singoli cittadini, ma altresì nelle medesime materie assorbe le competenze nazionali.

Il Consiglio d'Europa, al contrario, pur rivestendo egualmente la veste di soggetto di diritto internazionale, riunisce ma non assorbe le competenze nazionali; di conseguenza non può emanare norme immediatamente cogenti.

Entrambi gli ordinamenti contribuiscono alla formazione di un diritto comunitario uniforme per tutti gli stati aderenti.

Cronologicamente, si ricorda, il primo accordo internazionale con il quale gli stati europei, prevalentemente occidentali, hanno espresso la volontà di costruire un'*Europa Unita* non solo geograficamente ma anche politicamente e sostanzialmente, dunque anche in via di diritto, è il Trattato di Roma – istitutivo della Comunità Europea - del 25 marzo 1957, poi modificato dal Trattato di Maastricht del 07/10/1992,

dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che costituisce da un lato il sistema più avanzato di protezione dei diritti umani, dall'altro il modello che le aree del mondo presto si misero ad imitare”

e successivamente dal Trattato di Amsterdam, sottoscritto del 1998.

In ognuno di tali accordi la necessità di un'ampia tutela del diritto alla salute dei cittadini, ricompresa tra i diritti fondamentali oggetto dell'azione della Comunità Europea, è più volte sottolineata¹⁰⁵. E in effetti, già con il Trattato di Roma viene assunto dagli stati firmatari l'impegno al "*conseguimento di un elevato livello di protezione della salute*"¹⁰⁶.

Oltre a ciò i detti trattati istitutivi, come consolidati nel testo del Trattato di Maastricht, richiamano espressamente la Convenzione Europea per i diritti dell'uomo (CEDU), sottoscritta a Roma il 04/11/1950.

¹⁰⁵ v. A. MALATESTA, *op. cit.* pp. 4 e ss. Secondo l'autore esiste un nucleo di diritti fondamentali o, forse meglio, di diritti intangibili, rispetto ai quali gli accordi internazionali - a partire dai Trattati sottoscritti su iniziativa delle Nazioni Unite - tentano di diffondere un'idea comune dei popoli di tutto il mondo sulla loro affermazione ed inviolabilità. Tra di essi "si possono individuare i diritti economici e sociali, o di seconda generazione, i quali sono qualificabili come pretese che l'individuo vanta verso lo Stato affinché lo stesso gli garantisca un certo benessere materiale. Si tratta, ad esempio del diritto al lavoro all'istruzione, alla salute, eccetera."

¹⁰⁶ Cfr.. Trattato di Roma, art. 3 lettera (p), V. anche art. 152: "l'azione della Comunità che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute umana. Tal azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione, e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria.(omissis)

Tuttavia, non è possibile rinvenire un diritto europeo del danno alla persona, poiché le legislazioni nazionali risultano ancora largamente difformi, e l'intervento normativo dell'Unione è strutturalmente limitato dal c.d. *principio di sussidiarietà*, di cui all'art. 5 del Trattato di Roma¹⁰⁷.

Il Consiglio d'Europa, il cui Statuto è stato sottoscritto a Londra il 05/05/1949, nel cui interno il sistema generale di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo trova la sua regolamentazione con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo¹⁰⁸. Il Consiglio può adottare risoluzioni o raccomandazioni.

Contrariamente al Trattato istitutivo dell'Unione, la Convenzione non contiene statuizioni dirette sulla tutela del diritto alla salute; tuttavia risulta

¹⁰⁷ v. M. ROSSETTI, *op. cit.* p. 133; “ e ragioni di questo stato di cose risiedono non soltanto nella mancanza di iniziativa e di coraggio delle istituzioni comunitarie e degli uomini che le incarnano, ma anche nei limiti strutturali dell'Unione, il cui intervento normativo è retto dal principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del Trattato di Roma, secondo cui la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal Trattato, mentre nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”.

¹⁰⁸ Deve ricordarsi che la CEDU negli anni è stata integrata da quattordici protocolli i quali non soltanto ne hanno ampliato la portata, ma ne hanno anche migliorato il meccanismo procedurale.

significativa la previsione della legittima compressione di alcune libertà fondamentali se finalizzate alla tutela della salute pubblica, quali ad esempio la limitazione della libertà personale ove necessario per impedire il diffondersi di una malattia contagiosa, o la restrizione della libertà di pensiero, di religione per la protezione della salute.

Deve rimarcarsi, tuttavia, che nel corso degli anni si è a lungo dibattuto sull'effettiva efficacia della Convenzione all'interno dell'ordinamento italiano e sulla sua applicabilità nei rapporti tra soggetti privati¹⁰⁹.

Sull'argomento, infatti, si oppongono due concezioni; da un lato una concezione restrittiva, secondo la quale deve essere attribuita alla Convenzione, come per gli altri trattati internazionali, il rango della legge – ordinaria – che ne ha riconosciuto l'applicabilità all'interno dell'ordinamento italiano, dall'altro una concezione più progressista che vorrebbe fosse riconosciuto ad ogni trattato in materia di diritti umani un ruolo privilegiato, pari a quello attribuito alle norme costituzionali¹¹⁰.

¹⁰⁹ v. A. MALATESTA, *op. cit.* pp. 12 e ss. “Collocare queste disposizioni nel quadro delle fonti di diritto interno è infatti fondamentale per stabilire se ed in che misura esse possono produrre effetti e prevalere anche in presenza di norme interne di contenuto contrastante.”

¹¹⁰ v. A. MALATESTA, *op. cit.* pp.14 e ss. “Le argomentazioni sostenute a favore di una garanzia costituzionale sono varie e molto articolate.”

A supporto di quest'ultima tesi si è invocato l'art. 2 della Carta italiana, il quale, è noto, ricordato riconosce i diritti inviolabili dell'individuo, considerato come "clausola aperta", dunque richiamante tutte le norme convenzionali sottoscritte in materia.

Sul tema è più volte intervenuta la Corte Costituzionale, la quale in tempi recenti ha definitivamente sciolto ogni dubbio statuendo che la norma interna che dovesse disciplinare il risarcimento del danno alla salute in modo ritenuto difforme dai principi desumibili dalla CEDU così come interpretata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, potrà essere sottoposta all'esame della Corte costituzionale, in quanto contrastante con l'art. 117, comma 1, cost.

In ogni caso l'interpretazione della CEDU operata dalla Corte europea è vincolante per il giudice nazionale¹¹¹.

Importante per il ruolo che ha avuto nell'ordinamento e per il criterio su cui si basa, è una pronuncia della Corte Costituzionale del 1993 (sentenza n.10 del 19.01.1993) per quanto non consolidata successivamente e incerta nelle basi teoriche. I giudici in questa sede affermarono che le norme della CEDU hanno particolare forza di resistenza, poiché sono derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica, e come tali insuscettibile di abrogazione o modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria"

¹¹¹ v. M. ROSSETTI, *op. cit.* p.139. "La norma interna che dovesse disciplinare il risarcimento del danno alla salute in modo ritenuto difforme dai principi desumibili dalla CEDU, così come interpretata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, potrà essere sottoposta all'esame della Corte Costituzionale, in quanto contrastante con l'art. 117, comma 1, cost., ma non potrà essere immediatamente disapplicata dal giudice nazionale."

Ulteriore documento rilevante ai fini della presente indagine è la Carta sociale europea adottata dal Consiglio d'Europa il 18/10/1961¹¹², avente ad oggetto prevalentemente la tutela e la salvaguardia dei diritti dei lavoratori. Inoltre molte risoluzioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa hanno deliberato in modo più o meno diretto sulla tutela di diritto alla salute.

In particolare, ci si riferisce alla Risoluzione 78-29 sull'espianto ed il trapianto di organi, la Raccomandazione 88-4 in tema di trasfusioni sanguigne, la Raccomandazione 91-11 sanzionatoria dello sfruttamento sessuale dei fanciulli e di ragazzi, la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina adottata il 19/11/1996, integrata dal Protocollo aggiuntivo del 24/01/2002, relativo al trapianto di organi e tessuti di origine umana, la Convenzione sottoscritta a Strasburgo il 24.11.1983 inerente al risarcimento alle vittime di reati violenti, nonché in tempi più recenti la Conferenza di Strasburgo del 03/06/2008 in materia di risarcimento

¹¹² Al punto 11 del Preambolo di tale carta è possibile leggere "ogni persona ha il diritto di usufruire di tutte le misure che consentano di godere il miglior stato di salute ottenibile". Anche la Carta Sociale prevede una tutela giurisdizionale in caso di violazione, vale a dire un sistema di reclami collettivi, opponibili ogni qualvolta si lamenti una insoddisfacente arcuazione della Carta.

del danno in favore delle vittime di errori medici e sanitari.

Tutti gli atti sopra citati invitano gli Stati membri a disciplinare il diritto al risarcimento del danno in caso di lesioni alla salute, con l'intento di uniformare le diverse prospettive esistenti nei singoli stati, nate da sistemi giuridici differenti, ma soprattutto da realtà sociali non uniformi.

E in effetti, è la visione stessa del c.d. "valore uomo" ad avere connotazioni varie, a seconda del contesto sociale i cui si opera; da ciò discende spesso una sostanziale differenziazione nei criteri cui gli operatori dei vari paesi si attengono per la quantificazione della misura della lesione e la liquidazione dei danni da essa conseguenti.

In tale ottica il primo incisivo "atto" unificatore, attraverso il quale si è tentato di affrontare il problema è stata la *Resolution n.75 relative a la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès* approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 14 marzo 1975¹¹³.

¹¹³ Secondo il Comitato di Bioetica italiano, "Va infatti posto in evidenza che le Convenzioni promosse dal Consiglio d'Europa in tema di salvaguardia dei diritti dell'uomo pongono, sul piano internazionale, problemi di grande rilevanza che riflettono valori comuni ai vari Stati europei, ma la stessa sfera di applicazione così vasta ne determina il limite in quanto i problemi presi in esame sono soltanto quelli di principio, che possono trovare soluzione in tutti

Il testo, formalmente scaturito dalla necessità di uniformare le diverse legislazioni nazionali in tema di risarcimento da incidente stradale, rappresenta la necessità di armonizzare i concetti di danno materiale e danno morale in tema di lesioni personali, come disciplinati negli stati membri¹¹⁴.

Numerosi sono i principi in essa contenuti¹¹⁵; tra questi risultano significativi il principio sul diritto al risarcimento integrale del danno, principio peraltro già contemplato nell'art.1223 c.c., l'attualizzazione del valore del risarcimento e l'obbligo per il giudice di valutare analiticamente le voci di danno liquidate. Particolarmente significativo, ancora, risulta il Principio XI, il quale detta un'ampia definizione di "sofferenze

i sistemi giuridici quale che sia la loro tradizione giuridica, culturale, etica e storica.

¹¹⁴ La risoluzione 75(7) è strutturata in tre parti. La prima sotto la rubrica "Principes concernano la réparation des dommages en cas del lésion corporelles e de décès" enuncia i principi idonei cui gli operatori devono attenersi per la ristorazione del danni.

Nella seconda, "Exposé des motifs", sono spiegate motivazioni e fini nonché l'impostazione della risoluzione stessa.

Infine la terza, "Commentaires", contiene il commento ai principi di cui alla prima sezione.

¹¹⁵ Principio quarto sul rimborso integrale delle spese sostenute; principio V sul diritto al risarcimento anche per coloro che svolgono attività domestica; principi dal VI al IX sul risarcimento per danno emergente lucro cessante e guadagni futuri; principio X sulla importanza della valutazione del deterioramento della capacità lavorativa, anche in assenza del deterioramento dei guadagni; principio XIV sulle spese funerarie ecc.

psichiche”, intese cioè non soltanto quali patologie mediche, ma anche quali “diminuzione della gioia di vivere”.

In base a ciò, principi fondamentali ai fini della determinazione del risarcimento sono: a) valutazione di intensità e durata del pregiudizio sofferto; b) influenza della situazione patrimoniale della vittima; c) tempo trascorso tra evento dannoso e risarcimento, elemento indispensabile al fine della valutazione della variazione nel potere d’acquisto della moneta.

Infine, deve segnalarsi il Principio XIII in base al quale, in presenza di gravi sofferenze, viene riconosciuto il diritto al risarcimento anche a genitori e congiunti, ma ad essi soltanto, con esclusioni di tutti gli altri soggetti legati in vario modo alla vittima. In tale ottica i Principi XVI, XVII e XVIII chiariscono come debba riconoscersi un diritto al risarcimento del danno iure proprio a tutti coloro i quali la vittima era legato da obbligazioni di doveri alimentari e mantenimento, compreso il convivente *more uxorio*.

Nonostante la detta Risoluzione tratti una materia *primaria*, a lungo ha rivestito un ruolo meramente simbolico, mancando di qualsiasi riconoscimento, anche in ambito comunitario; si è così dovuto attendere i c.d. Colloqui di Parigi, svoltisi nell’anno 1988, per una

nuova e più dettagliata analisi della materia che desse nuova vitalità alla Risoluzione 75.

Tuttavia, occorre rimarcare che, la giurisprudenza italiana si è spesso richiamata ad essa con l'intento di colmare le lacune legislative esistenti nel nostro ordinamento. Si ricordi, per tutte, la pronuncia della Corte di Cassazione n.9626 del 1997, con la quale, richiamando proprio la Risoluzione n.75(7) del Consiglio d'Europa si afferma il principio della necessità di determinare il risarcimento riconosciuto alla vittima per poste separate, nelle varie voci di danno alla persona.

Nel documento conclusivo di detti Colloqui di Parigi, si ribadisce che i danni patrimoniali debbano essere nettamente separati da quelli meramente umani in senso lato, e viene proposta la creazione di tabelle per la determinazione del risarcimento al fine di uniformarne la congruità nei singoli stati, evitando per quanto possibile il diverso trattamento dei cittadini a seconda dello stato di appartenenza.

I principi sopra descritti sono utilizzati quali linee guida anche dalla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, firmata ad Oviedo il 04 aprile 1997, cui è seguito il Protocollo addizionale del 12

gennaio 1998, contenenti principi di bioetica e il divieto di clonazione di esseri umani.

L'art.2 di essa, infatti sancisce che "l'interesse ed il bene umano devono prevalere sul solo interesse della società e della scienza". La Convenzione stabilisce il principio dell'accesso compatibile e ragionevole alle cure sanitarie ed impegna gli Stati, nella sfera della propria giurisdizione, ad assicurare un accesso alle cure della salute qualificate ed appropriate nei limiti delle "risorse disponibili" (art.3) Tutti gli interventi nel settore della sanità, comprese le ricerche, devono essere effettuati nel rispetto delle norme e degli obblighi professionali nonché delle norme di condotta applicabili al caso specifico (art.4). Sull'argomento è stato chiamato a pronunciarsi il Comitato Italiano per la Bioetica, il quale chiarisce che il termine "intervento", usato nel testo, è utilizzato in senso generale, così da far rientrare in esso non solo la diagnostica ma anche la prevenzione, la terapia, la rieducazione, la ricerca, insomma ogni attività inerente l'attività che influisce sulla salute dell'uomo¹¹⁶.

¹¹⁶ Dalla relazione del Comitato per la Bioetica: "Poiché l'intervento è un atto pratico su di un essere umano, esso dovrà rispondere alla duplice esigenza di qualità tecnica ed umana e ai criteri di proporzionalità fra lo scopo da perseguire e i mezzi utilizzati. Le norme professionali e le regole di condotta dovranno comprendere non solo il contenuto dell'atto ma il modo in cui è praticato dovendo essere questo di "qualità appropriata".

Successivamente, in attuazione di detti principi, l'intero capitolo II di essa è dedicato al *consenso informato dei soggetti coinvolti in interventi medici*, i quali devono ricevere idonee e chiare delucidazioni in merito a scopo, natura, conseguenze e rischi dell'intervento stesso, riaffermando il diritto assoluto al ritiro del consenso in qualsiasi momento.

Di seguito l'art. 11 non passibile di restrizione da parte degli stati aderenti, interdice qualsiasi discriminazione legata al patrimonio genetico della persona¹¹⁷, ciò all'evidente scopo di impedire lo sfruttamento improprio delle informazioni genetiche, quali, ad esempio, la selezione di individui aventi caratteristiche specifiche.

Nel testo soprastante è stato citato il Comitato Nazionale per la Bioetica, orbene, si tratta di un organo istituito con Decreto del Presidente del Consiglio in data 28 marzo 1990¹¹⁸, con funzioni di consulenza ed

¹¹⁷ v. G. CASSANO, *op. cit.*, p. 638. Si tratta di un tema estremamente delicato, vista la non remota eventualità che enti pubblici o privati possano ricorrere alle informazioni genetiche per selezionare dati utili alle proprie attività, commerciali e non. La Convenzione rappresenta quindi un importante strumento di tutela della riservatezza dei cittadini per prevenire politiche discriminatorie impostate sulla indebita conoscenza di dati personali.

¹¹⁸ Il Comitato, i cui membri hanno attivamente partecipato alla redazione della sopra detta convenzione di Oviedo, convenzione che, si ricorda, contiene numerosi principi in materia di tutela della salute, svolge sia funzioni di consulenza presso il Governo, il Parlamento e le altre istituzioni, sia funzioni di informazione nei confronti dell'opinione pubblica sui problemi etici

informazione soprattutto sui problemi etici emergenti con il progredire delle conoscenze scientifiche¹¹⁹.

In ambito europeo il problema della tutela della salute è affrontato in maniera variamente diretta in numerose altre convenzioni. Si pensi, ad esempio alla Convenzione di Strasburgo del 24 novembre 1983 (ancora non ratificata in Italia) in tema di diritto al risarcimento delle vittime di reati violenti, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)¹²⁰.

emergenti con il progredire delle ricerche e con le nuove applicazioni tecnologiche nell'ambito delle scienze della vita e della cura della salute. Il Comitato esprime le proprie indicazioni attraverso pareri e mozioni che vengono pubblicati, non appena approvati, sul proprio sito. L'azione del CNB si svolge anche in un ambito sovra nazionale con regolari incontri con i Comitati etici europei e contatti internazionali.

¹¹⁹ Il primato dell'uomo rispetto agli interessi della società e della scienza (art.2) il consenso all'atto medico che presuppone una corretta adeguata informazione (art.5), la protezione degli incapaci (art.7), il diritto di assistenza in situazioni di urgenza anche in difetto di consenso appropriato (art.8), la considerazione dei desideri precedentemente espressi (art.9), la tutela della privacy e del diritto all'informazione (art.10), la non discriminazione su base genetica e la tutela della persona nei test genetici (art.12), la tutela delle persone che si prestino alla ricerca siano esse capaci che incapaci (art.16-17), la tutela della persona capace ed incapace nei confronti del prelievo di organi da viventi (artt.19-20); il divieto di commercializzazione del corpo umano (art.21), la violazione di un diritto (art.23) .

¹²⁰ L'art. 2 di tale convenzione protegge espressamente il diritto alla vita, l'art. 5 ribadisce il divieto di attentati alla contro la libertà e la sicurezza delle persone, l'art.6 pone l'accento sulla necessità di rispettare il c.d. giusto processo, l'art.8 protegge il rispetto della riservatezza della vita familiare, l'art.9 la libertà di pensiero coscienza e religione, l'art 10 la libertà di

E in effetti l'art. 2 CEDU, nel ribadire come il diritto alla vita sia protetto dalla legge, ne delega la regolamentazione ai singoli stati, con ciò, stante la genericità della formula, creando numerosi contrasti interpretativi; tra questi hanno avuto grande risonanza le diverse problematiche connesse al settore della bioetica, dell'eutanasia, della politica ambientale ed altro.

È facilmente intuibile che in materia di danno alla persona la Corte europea dei diritti dell'uomo si sia pronunciata più spesso che non la Corte di Giustizia, essendo la sfera di intervento di quest'ultima molto più ampia.

Le pronunce della Corte di giustizia concernono sostanzialmente due filoni: a) la responsabilità dello Stato in comportamenti contrari all'ordinamento comunitario incidente sulla sfera personale; b) la responsabilità per inadempimento contrattuale che arrechi danni alla persona.

E in effetti per quanto attiene al primo punto occorre rilevare come l'art.177EC sulla cui applicazione la Corte di Giustizia si è spesso dovuta pronunciare riveste un ruolo importante al fine della costruzione di un diritto comunitario della responsabilità civile. In tal

espressione, l'art.11 difende la libertà di associazione, la libertà la libertà di matrimonio e formazione di una famiglia, ecc.

senso acquista particolare rilievo il principio secondo il quale il danno alla persona nasce anche dal mancato rispetto di normative comunitarie¹²¹.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha compiuto un ulteriore passo allorché, in una importante decisione, nel richiamare l'art. 41 CEDU, ha statuito che la lesione integrante il danno alla persona può derivare non solo dalla mancata attuazione di norme comunitarie, ma altresì da errata o mancata applicazione che ne facciano i giudici di uno Stato membro¹²².

Importantissima, poi, è risultata la giurisprudenza della Corte di Giustizia in ordine al riconoscimento del danno non patrimoniale, cioè psicologico e morale, voce di danno al quale è stata attribuita dignità pari se non superiore a quella riconosciuta al danno più strettamente biologico e patrimoniale. In tal senso, infatti, la Corte ha accordato il risarcimento per danno non patrimoniale, ricomprendendo in esso le diminuite possibilità “di godere dei piaceri della vita quotidiana” in campo professionale, sociale e familiare, non

¹²¹ Cfr. Corte di Giustizia delle Comun. Eur. 19.09.91.

¹²² Cfr. Corte di Giustizia delle Comun. Eur. 30.09.03, C-224/01 “la CEDU, e più in particolare il suo art.41, in materia di equa soddisfazione, consente alla Corte europea dei diritti dell'uomo di sostituirsi allo Stato inadempiente, in caso di violazione, anche parziale, della Convenzione o dei suoi Protocolli.

soltanto nei casi di sinistri stradali ma altresì nelle ipotesi di inadempimento contrattuale¹²³.

Con riferimento alla descritta attività inerente l'applicazione ed il riconoscimento giuridico di pratiche sanitarie innovative, discendenti dalla crescita esponenziale dei progressi tecnico/scientifici, si ricorda infine la sentenza del 1° aprile 2010 della Corte europea dei diritti dell'uomo, attraverso la quale si è stabilito che il divieto assoluto di eterologa in vitro non è compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). In essa la Corte ha statuito che l'impossibilità totale di ricorrere alla fecondazione eterologa infrange il diritto alla vita familiare e il divieto di discriminazione.

¹²³ Per quanto attiene i danni derivanti da sinistro stradale v. Corte di Giustizia delle comunità europee 08.10.86 C-169/83, 136/84; sul danno immateriale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione di un contratto v. Corte di Giust. delle com. eur. 12.03.2002, C-168/00.

CAPITOLO V – Il diritto alla salute e la relazione medico – paziente. Tra etica e diritto.

La medicina come capacità di ristabilire

All'origine della medicina vi è Asclepio, medico che apprese l'arte di guarire dal centauro Chirone che era portatore di una ferita inguaribile¹²⁴.

La medicina ha a che fare con la corruzione del corpo, con la fragilità delle creature, con il disagio della malattia.

La malattia è un nuovo modo di esistere, la medicina è sapere e tecnica, un'arte ripristinatoria della salute affidata al medico che ha di fronte un im-paziente. Si crea, dunque, una relazione che sorge per un bisogno di cura.

Per tal motivo una riflessione sulla medicina, la filosofia della medicina non può essere ridotta a filosofia della scienza, ma sarà sempre sintesi di una riflessione di carattere epistemologico, etico - antropologico e metafisico¹²⁵.

¹²⁴ v. RUSSO M.T. *La ferita di Chirone. Itinerari di antropologia ed etica in medicina. Vita e pensiero.* Milano, 2006 p. 6.

¹²⁵ v. SGRECCIA P. *Rapporti medico-paziente, consenso informato, dichiarazioni anticipate di trattamento. Corso di perfezionamento in bioetica.* UCSC Milano – 09 aprile 2008 in www.aist-pain.it.

Tale riflessione è inseparabile da un discorso sul dover essere.

Indagando cosa significhi malattia, chi sia il malato, quale sia il confine tra il normale ed il patologico, come si configuri la relazione tra medico e paziente, la filosofia della medicina tratterà un orizzonte ideale della prassi medica¹²⁶.

È un'esigenza dell'età della tecnica superare la frattura tra scienza della natura e scienza dello spirito.

Il continuo progredire della tecnica ha infatti comportato non pochi contrasti con la coscienza morale del singolo individuo¹²⁷.

La scienza si è trasformata, nel corso del tempo in uno strumento per stabilire il dominio dell'uomo sulla natura, "strumento di terrificante potere"¹²⁸ che può ridurre ad oggetto il suo detentore¹²⁹.

In altri termini la tecnica moderna ha determinato uno squilibrio esistenziale della natura con la conseguente ambivalenza, per un verso di un senso da parte dell'uomo di una quasi onnipotenza, per un altro verso

¹²⁶ v. RUSSO M. T., *op. cit.*, p.7.

¹²⁷ v. CALABRÒ G.P., *Ordine e libertà. Diritto e morale nello stato democratico*. Lungro (CS), 1996, pp. 119 e ss.

¹²⁸ v. BAUMAN Z., *Modernità ed olocausto*. Bologna, 1989, p.106

¹²⁹ v. ARENDT H. *Vita activa. La condizione umana*. Milano, 1989, p.170

di un'evidente limitatezza della conoscenza¹³⁰ ovvero dell'incapacità dell'uomo stesso di dominare cognitivamente il potere acquistato¹³¹.

Dinnanzi allo strapotere della tecnica, alla sua pervasiva pericolosità per l'essenza stessa della persona, della sua libertà e dignità sorge la necessità che l'uomo riacquisti la propria dimensione di essere nel mondo e si assuma, in una nuova etica di salvezza, la responsabilità di prendersi cura di sé, dei propri simili, della natura tutta.

Questa esigenza è ancora più pressante nel campo della medicina, nel quale la scienza, se da un lato ha permesso incontestabili benefici, dall'altro pone interrogativi inquietanti.

La medicina è un sapere pratico che può essere definito con la nozione di *technè*, o arte, cioè la capacità di fare, di produrre un'opera sulla base di un sapere¹³².

Ma in questo campo non si verifica la produzione un'opera, ottenuta per mezzo di un'arte e quindi artificiale. Non si può parlare di materiale presente in

¹³⁰ v. HELZEL P.B., *Il rapporto medico - paziente tra principi etici e norme giuridiche* in *Le Corti Calabresi* Anno VI, n.3 sett.-dic. 2007, p.612.

¹³¹ v. VIOLA F., *Le trasformazioni della responsabilità* in *Studi Cattolici* n. 388, 1983 p.341.

¹³² v. SGRECCIA P., *op.cit.*

natura, dal quale viene ricavato qualcosa di nuovo, attribuendo ad esso una forma ideata a regola d'arte.

L'essenza della medicina consiste invece nel fatto che la sua capacità di produrre è in realtà una capacità di ristabilire¹³³.

Ogni arte ha uno scopo. L'arte medica assume però una posizione particolare indicata nell'espressione "arte di guarire" poiché guarire non significa creare una cosa, ma ripristinare uno stato e questo stesso stato, per quanto ci si avvalga dell'arte per ottenerlo, non è artificiale ma è proprio quello naturale o il più vicino possibile a quello naturale¹³⁴.

L'arte medica non è la semplice applicazione pratica di un sapere univoco come nella meccanica. Un tratto essenziale dell'arte medica è che il medico ha ogni volta a che fare con un suo simile, tipicamente singolare. L'arte medica è volta al corpo, ma si tratta del corpo di una persona; il corpo è l'elemento oggettivo ma è il soggetto ad entrare in gioco¹³⁵.

Ciò che concretamente esiste è il malato, la persona malata e nel processo di cura entrano in gioco valori relazionali che non si esauriscono nella cura dell'organismo e della disfunzione.

¹³³ v. GADAMER H.G. *Dove si nasconde la salute*. Milano, 1994, p.40.

¹³⁴v. JONAS H. *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*. Torino, 1997, p.109.

¹³⁵ v. SGRECCIA P., *op. cit.*

Questi processi relazionali sono di complicata tessitura. Il rapporto tra il medico ed il paziente ha infatti una storia.

Evoluzione del rapporto medico-paziente, tra paternalismo ed autonomia. Problematiche

Nei secoli passati, l'influenza del giuramento di Ippocrate, aveva consolidato sempre più l'idea della figura del medico comparata a quella del sacerdote. Ciò in considerazione del fatto che come il medico cura le malattie del corpo, alla stessa stregua il sacerdote cura i mali dell'anima.

Questa immagine è persistita per lungo tempo soprattutto in quei luoghi in cui “dove giaceva un malato e dove allignava la miseria, madre delle malattie”¹³⁶.

Un medico, dunque, che svolge una funzione “parentale” nei confronti del malato, quasi fosse una madre o un padre, infatti, il medico per un verso si prende cura maternamente del malato e dall'altro paternamente ne assume le decisioni¹³⁷.

¹³⁶ v. G. COSMACINI, *Tecnologia, antropologia e vocazione etica del medico*, in A. DI MEO – C. MANCINA (a cura), *Bioetica*, Roma – Bari 1989, p.247.

¹³⁷ Sull'argomento s.v., quando osservato da SCALISE L. M., *Il rapporto medico-paziente nell'era delle biotecnologie*, in E. SGRECCIA – G.P. CALABRÒ (a cura), *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*, Lungro – Cosenza 2002, pp.413 e ss.

Un medico, dunque, convinto di essere l'unico in grado, grazie alla competenza professionale di conoscere e di interpretare quale sia il vero bene del malato, e di influenzare positivamente con le sue decisioni il corso degli eventi, lasciando al malato solo il ruolo di destinatario degli interventi per lo più decisi senza la sua partecipazione consapevole, che si traduce, in ultima analisi, in un mancato coinvolgimento del malato stesso nelle decisioni cliniche che lo riguardano¹³⁸.

Il paternalismo medico, così per come appena delineato, è andato in crisi con la modernità conseguentemente all'emergere e all'affermarsi del valore liberale dell'autonomia.

Il cogito cartesiano è il primo nucleo speculativo di quella concezione moderna dell'io inteso come un orizzonte intenzionalmente unico.

Si tratta di una conquista assolutamente preziosa perché da questa consapevolezza di infinità intenzionale e di irripetibile unicità derivano i diritti inalienabili dell'essere umano.

Da tale consapevolezza deriva, altresì, anche la tesi kantiana che un essere umano non è mai merce, non

¹³⁸ v. P.B. HELZEL, *op. cit.*, p.616.

può essere mai manipolato, non è mai semplicemente mezzo per qualcos'altro, ma è sempre un fine in sé¹³⁹.

Un altro motivo di crisi del moderno paternalismo è la complessità della medicina contemporanea.

La ricerca ha reso oggi possibili diverse strategie diagnostiche e terapeutiche, di diversa invasività, di diversa tollerabilità da parte del malato, di diversa onerosità, di diversa rischiosità e quindi di diversa probabilità di successo. Individuare in concreto a quali itinerari diagnostici sottoporsi e quale strategia terapeutica prediligere non solo diventa quindi più complesso, con il progresso della medicina, ma esige la ponderazione di una molteplicità di elementi valutativi che non sempre sono di stretta o di esclusiva competenza medica.

Il ruolo del paziente tende a divenire sempre più attivo, nella dinamica comunicativa col terapeuta, perché solo al paziente spetta formulare quelle indicazioni concrete (di carattere economico, familiare, più in generale esistenziale) che, integrandosi con quelle strettamente scientifiche elaborate dal medico, consentono di giungere, partendo da un astratto ventaglio di opzioni

¹³⁹ v. P. SGRECCIA, *op. cit.*

(tutte di principio plausibili e legittime), ad una scelta concreta di trattamento¹⁴⁰.

Sembrerebbe dunque che il superamento del modello paternalista e l'affermarsi del principio autonomistico abbiano composto i difficili rapporti tra il medico ed il malato, ma purtroppo non è così.

Quell'assolutezza intenzionale dell'io, ben a ragione considerata una conquista della modernità, troppo spesso rischia di tramutarsi in una infeconda absolutezza ontologica.

L'individualità moderna troppo spesso tende ad autodeterminarsi come cosa compiuta in sé riducendosi ad egoismo conflittuale.

Ciò che conta è la volontà ed il desiderio da soddisfare. Spesso i desideri sono indotti, ma si crede che siano scelte libere, opzioni di vita irrinunciabili. Nella sua solitudine l'uomo moderno è più fragile, più suggestionabile, la libertà diventa un simulacro.

Di fronte a tale realtà, bisognerà dunque ripensare alla figura dell'autonomia.

“L'autonomia non può essere, per dir così, schiacciata dalla pretesa absolutezza ontologica dell'individualità; deve essere invece pensata all'interno di una qualche circolarità tra il bisogno di libertà dei singoli e

¹⁴⁰ v. F. D'AGOSTINO – L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia, 2007, p.15.

dell'imprescindibilità dei legami tra noi [...]. Abbiamo bisogno di legarci, prima di tutto e soprattutto, in modo affettivo, cioè amicale [...] i legami affettivi, e solo questi, ci tengono in vita: possono attenuare il dolore, possono aiutare a guarire, possono anche accompagnare alla morte in una condizione di relativa serenità”¹⁴¹.

Un cattivo uso dell'autonomia può essere proprio questa rescissione dei legami.

L'autonomia è da coltivare, se è coltivata insieme ai buoni legami, perché i buoni legami producono autonomia.

Quello straordinario processo di sviluppo delle conoscenze e delle tecniche in campo medico cui si accennava e che era uno degli argomenti a favore di una scelta autonoma del malato rende ancora più precaria la svolta liberale.

Proprio la complessità della materia e le diverse possibilità che oggi si offrono presupporrebbero, perché la scelta fosse realmente espressione di autonomia, un “adulto competente”¹⁴².

¹⁴¹ v. C. VIGNA, *Il dibattito filosofico sul tema dell'autonomia del paziente*, in F. TUROLDO (a cura), *Le dichiarazioni anticipate di trattamento. Un testamento per la vita*. Padova – Roma, 2006, p.27.

¹⁴² L'espressione è di Marta Nussbaum che parlando dei teorici del contratto sociale afferma che tutti ricorrono ad una ipotesi immaginaria: l'adulto competente. Jonh Locke, ad esempio, afferma che gli attori del contratto

Purtroppo così non è; il malato poco o niente sa di medicina ed in sovrappiù è in una condizione di minorità psicologica, spesso in preda all'ansia, alla paura, agli effetti dei farmaci.

Le critiche al modello autonomista non segnano la volontà di un ritorno al paternalismo tradizionale ma vogliono essere lievito perché le scelte del malato siano effettivamente rispettose della sua umanità ferita.

È palese, dunque, che il modello autonomista si scontra con la pratica che quotidianamente dimostra il bisogno di dipendenza manifestato dal malato nei confronti del proprio medico.

Il tentativo di salvaguardare l'autonomia dell'individuo e la sua libertà di scelta sono, infatti, dei validi obiettivi che la prospettiva autonomista si propone di raggiungere senza però prendere atto del modo in cui la malattia modifichi non solo il corpo dell'individuo ma la sua stessa persona.

Gli effetti che il processo patologico esercita sul mondo del malato e sul suo comportamento cosciente disillude le attese nutrite dai proponenti del modello autonomista sulla possibilità di costruire un rapporto

sociale vengono considerati come se fossero "liberi, uguali e indipendenti". Cfr Nussbaum M.C. , Giustizia sociale e dignità umana. Da individui e persone. Il Mulino, Bologna, 2002.

egualitario tra medico e paziente, quali due esseri autonomi e razionali.

La malattia, da cui il paziente viene colpito e contro la quale lotta con tutte le sue forze, non è, infatti, uno stato neutro in cui possa permanere, mantenendo intatta la propria razionalità, ma si traduce in un'esperienza vissuta anche e soprattutto emotivamente.

In questa dimensione esperienziale il medico, che pure ha vissuto nell'arco della sua vita almeno una situazione analoga, in genere, si rifiuta di penetrare.

Catturato dall'ideale scienziato, a cui si è convertito negli anni del suo tirocinio universitario, si impone di mantenere una distanza tra sé ed il proprio paziente, in modo da assumere l'atteggiamento professionale corretto dell'obiettività scientifica.

Secondo Foucault è stata la nascita della clinica ad influire sullo statuto della medicina moderna, più che non l'uso del metodo matematico-sperimentale galileiano.

Il medico non si rivolge più ad un malato cercando la cura necessaria a ristabilire un equilibrio naturale perduto, ma ad un complesso di organi e tessuti affetti da lesioni o disfunzioni morbose, che grazie alla dissezione anatomica non hanno ormai più nessun segreto.

“Il metodo anatomico ha reso la scienza medica dominatrice di uno spazio che esso stesso ha creato: quello dell’organo o tessuto, i cui segni non vanno letti più entro una grammatica della malattia, dell’essenza patologica, ma considerati come semplici tracce visibili di lesioni e disfunzioni.

È una medicina che non pensa la malattia a partire della salute, ma a partire dalla morte”¹⁴³.

In realtà, l’esperienza clinica non consente l’adozione di un simile atteggiamento conoscitivo: entrambi i pesi della relazione sono calati in una dimensione emozionale.

Mentre ad un estremo il paziente perde la capacità di valutare razionalmente la propria condizione patologica, il medico vede progressivamente ridursi la distanza psicologica che aveva cercato di tracciare tra sé e il malato, non riuscendo a liberarsi dell’interferenza creata dal ricordo delle proprie esperienze.

L’ideale dell’obiettività non può realizzarsi nella realtà clinica concreta: è soltanto un mito creato per servire e perpetuare l’autorità del medico sul paziente.

¹⁴³ v. M. FOUCAULT, *Nascita della clinica. Il ruolo della medicina nella costituzione delle scienze umane*, Torino, 1969.

I due protagonisti della relazione clinica, inconsciamente e non consapevolmente, si trascinano dietro le proprie vite, non potendo in alcun modo prescindere dalla propria realtà storica.

La decisione sul corso di azione da adottare deve, quindi, scaturire da un dialogo tra medico e paziente, in quanto né l'uno né l'altro sono in grado di esprimere un giudizio razionale puro sulla situazione, in cui sono emotivamente coinvolti.

Il modello autonomista, così come quello paternalistico, rischiando di attribuire il potere decisionale ad un solo dei poli della relazione, mortifica considerevolmente il bisogno comunicativo di entrambi, che trova sempre maggiori difficoltà di espressione all'interno della relazione clinica¹⁴⁴.

Occorre, pertanto, dare senso e significato alla comunicazione relazionale.

La medicina è inevitabilmente *simpatia*, *pietas*, *gratitudine* e il malato non è l'oggetto delle tecniche e dell'arte medica, ma sempre soggetto di un rapporto.

Occorre, dunque, superare una forma di paternalismo forte e di autonomismo soggettivista in favore di un

¹⁴⁴ v. G.G. PASINELLI, *Il consenso informato. Una svolta nell'etica medica*, Fondazione Pfizer – Franco Angeli, Milano 2004, pp. 51-62.

rapporto più articolato e complesso caratterizzato dalla compresenza di beneficiabilità e libertà del volere¹⁴⁵.

Il principio di beneficenza, infatti, costituisce il fine primario della medicina ed è indirizzato a promuovere il bene nei confronti del paziente ed evitare il male¹⁴⁶.

Il principio di autonomia, per parte sua, valorizza un diritto inviolabile, il rispetto della libertà della persona.

Questi due valori, beneficiabilità e autonomia, devono necessariamente essere componibili.

Deve dunque instaurarsi un'alleanza terapeutica tra medico e paziente, un'alleanza intesa come "cooperazione all'impresa curativa"¹⁴⁷.

È necessario che si riscopra nel rapporto medico-paziente la com-passione, la capacità di mettersi nei panni dell'altro, che lega naturalmente gli esseri umani tra loro.

Una *philia*, quella che lega medico e paziente, non più fondata sulla disinvoltata capacità di maneggiare le tecniche mediche, quando piuttosto su un atteggiamento di profondo rispetto per l'altro

¹⁴⁵ v. D. GRACIA, *Fondamenti di bioetica, sviluppo storico e metodo*, Milano, 1993.

¹⁴⁶ v. A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996.

¹⁴⁷ v. M. BARNI, *Diritti, doveri, responsabilità del medico*, Milano, 1989, p.110.

nell'unicità della sua persona e della sua esperienza di sofferenza¹⁴⁸.

Il consenso informato come atto “etico”

L'importanza di questo incontro, di questa relazione è evidente soprattutto quando il paziente, necessitando di una prestazione medico-chirurgica, deve esprimere il consenso informato.

Storicamente già in tempo degli egizi prima, e dei greci e romani successivamente, è possibile rinvenire dei documenti da cui si evince come l'operato del medico doveva, in qualche modo, essere approvato dal malato.

Platone, ad esempio, aveva già individuato le problematiche, le procedure e le modalità che costituiscono la base dell'attuale consenso informato. Infatti nel libro IV de Le Leggi, scrive che: “il medico libero che ordinariamente esamina e cura le malattie delle persone libere, e che studiandole fin dall'origine ed in quella che è la loro natura, e comunicando le proprie impressioni allo stesso ammalato ed ai suoi cari, mentre da un lato egli stesso impara qualcosa da parte dei pazienti, dall'altro lato, entro le sue possibilità, si fa maestro dell'ammalato, cui nulla prescrive senza averlo in un certo qual modo convinto”.

¹⁴⁸ v. P.B. HELZEL, *op. cit.*, p.619.

Ma ancor prima di lui Ippocrate di Cos, il medico greco, sosteneva che per poter combattere meglio la malattia era necessario il pieno coinvolgimento del malato.

In epoche successive, come quella bizantina, i medici prima di intraprendere un'operazione difficile, chiedevano, nella maggior parte dei casi, l'assenso al paziente. In questo caso si trattava di un vero e proprio permesso ad agire allo stesso scopo di salvaguardare e tutelare non solo il paziente, quando piuttosto la loro vita¹⁴⁹.

Ma come facilmente può notarsi questo tipo di consenso resta tutto nell'ottica della beneficialità e del paternalismo medico.

Solo all'inizio dello scorso secolo si traduce in vero e proprio obbligo giuridico sulla scorta di un'evolutiva giurisprudenza di area nordamericana.

Nei confronti del consenso informato sono state date e si danno risposte diverse: in particolare nella realtà sanitaria di non pochi paesi, soprattutto di area cultural-geografica neolatina, ed in quella del nostro paese in particolare, si sono manifestate nel passato, e si manifestano tutt'ora, resistenze a porre in essere relazioni terapeutiche pienamente rispettose

¹⁴⁹ v. P.B. HELZEL, *op. cit.*, p.620. La citazione di Platone è riferita alle *Leggi*, *trad. it.*, in F. ADORNO (a cura), Torino 1992, IV, X, p.180 – La citazione di Ippocrate a *Epidemie*, Firenze 1982, I, 12,5.

dell'autonomia dei malati e del loro divieto di operare, in maniera libera e consapevole, le scelte concernenti la loro salute.

Il consenso informato ha stentato a divenire prassi normale sulla scorta di giustificazioni che per lo più ribadiscono la validità del modello paternalistico e dell'impenetrabilità dell'arte medica.

Si è affermato ad esempio che nella prassi clinica, ricorrono con frequenza situazioni di urgenza e necessità in cui è non solo legittimo, ma doveroso, porre in essere interventi a tutela della salute e della vita anche senza il consenso del malato, o addirittura nonostante il suo dissenso.

Con l'ulteriore argomento che, subordinando alla volontà del paziente, manifestata attraverso il consenso, qualunque intervento medico, si rischia di frapporre ostacoli alla buona decisione clinica e alla strategia terapeuticamente più adeguata.

Infine, ma forse prioritariamente, si è poi affermato che il paziente realmente informato, e quindi in possesso degli elementi necessari per compiere consapevolmente le scelte relative alla propria salute, sarebbe una sorta di chimera, a causa dell'operare di complessi e variegati fattori ostacolanti.

Ad esempio, a causa della mancanza di conoscenze mediche, che renderebbe difficoltosa, o addirittura

impossibile, la comprensione delle informazioni diagnostiche e terapeutiche, pur correttamente e completamente fornite; a causa del particolare stato emozionale connesso alla malattia, che farebbe del paziente un soggetto bisognoso, come lo è un bambino, di essere rassicurato, protetto ed assistito, più che di essere posto in grado di esprimere la propria volontà; e ancora, a causa dell'inadeguata preparazione della classe medica, nel cui iter formativo gli aspetti etici e relazionali connessi agli interventi sui pazienti non hanno a tutt'oggi uno spazio significativo¹⁵⁰.

Va comunque riconosciuto che, nonostante le resistenze opposte ad una prassi clinica incentrata sul principio di autonomia, e sul consenso informato che ne costituisce espressione, soprattutto nel corso degli anni Novanta è andato assumendo contorni sempre più decisi, sia sul piano pratico, sia sul piano teorico, quello che può essere definito un *trend* dal paternalismo all'autonomia, o, esprimendo in termini diversi lo stesso concetto, si è andata sempre più affermando l'idea che il paternalismo non possa essere più considerato il criterio "normale" a cui informare la relazione medico-paziente.

¹⁵⁰ v. P. BORSELLINO, *Bioetica. Tra autonomia e diritto*, Milano, 1999. Su questa posizione cfr. in particolare gli articoli della seconda sezione.

Questa linea di tendenza è chiaramente rintracciabile in significativi interventi e prese di posizione da parte di istanze istituzionali ai massimi livelli sia etici (Comitato Nazionale per la Bioetica), sia deontologici (codici deontologici), sia giuridici (interventi legislativi e sentenze).

Se si considera un documento quale quello dedicato dal Comitato Nazionale per la bioetica, nel giugno del 1992, a *Informazione e consenso all'atto medico*, oppure si legge l'attuale Codice di deontologia medica agli articoli del Capo IV del Titolo III dedicato a "Informazione e consenso" (ma anche gli artt. 29, 30 e 31 del Codice del '95), oppure ancora se si opera un'attenta analisi delle non numerose ma significative disposizioni legislative, e delle invece ormai numerose pronunce giudiziarie disponibili in materia, non si possono avere dubbi sul fatto che nel principio del consenso informato all'atto medico si è riconosciuto non solo un (o il) fondamentale criterio per l'eticità delle prassi sanitarie, ma anche un ineludibile vincolo giuridico-formale per il loro legittimo esercizio.

Sul piano giuridico — pur in assenza di una regolamentazione legislativa organica della relazione medico-paziente — un fondamento sufficientemente solido per il modello di relazione medico-paziente incentrata sul consenso informato si è andato

configurando sia grazie ad alcuni significativi, se pur sporadici, interventi legislativi nei quali ha ottenuto pieno riconoscimento la necessità del consenso informato per giustificare il legittimo esercizio degli interventi a tutela della salute; sia grazie al consolidarsi, nel corso degli anni novanta, di orientamenti dottrinali, e soprattutto giurisprudenziali, favorevoli ad un'interpretazione degli artt. 13 e 32 della Costituzione come disposizioni nelle quali il requisito del consenso al trattamento sanitario troverebbe un'inequivoca, per quanto implicita, formulazione.

Nel primo, l'art. 13, in quanto disposizione che nella libertà, di cui afferma l'inviolabilità, ricomprende la libertà di autodeterminarsi in ordine agli atti che coinvolgono il proprio corpo; nel secondo, l'art. 32, in quanto disposizione che, nell'affermare, nel secondo comma, che "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge", sancisce il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari, principio dal quale discende sia la necessità del consenso del soggetto interessato per giustificare la liceità di qualunque intervento medico sul suo corpo, sia, correlativamente, il diritto di esprimere anche un rifiuto, qualunque possano esserne le conseguenze, nei confronti degli

interventi diagnostici, terapeutici o sperimentali proposti dai sanitari¹⁵¹.

Gli interventi legislativi cui si è accennato riguardano la materia dell'assistenza psichiatrica (Legge 180/78) e l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (Legge 833/78).

In tali leggi il tema della volontà del paziente occupava un ruolo centrale ribadito da successivi interventi normativi che hanno riguardato gli specifici settori delle attività trasfusionali (Legge 107/90, "Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano e ai suoi componenti e per la produzione di emoderivati") e della prevenzione e lotta all'AIDS (Legge 135/90 "Programma di interventi urgenti per la prevenzione e lotta all'AIDS").

Ma non si può omettere la menzione dei due decreti ministeriali, rispettivamente del 27/4/92 e del 15/7/97, che nel recepire le norme europee di "Good clinical practice", individuano nel consenso informato e nella sua adeguata documentazione una condizione imprescindibile per l'esecuzione delle sperimentazioni cliniche dei farmaci sull'uomo.

¹⁵¹ v. P. BORSELLINO, *Informazione, consenso e riservatezza nella relazione medico-paziente. Dalla deontologia alla l. 675/96*, in *Persona e danno*, 2 aprile 2010.

Né, d'altra parte, si può dimenticare la "Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la biomedicina" (Strasburgo, 9/11/96, Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa), sottoscritta anche dall'Italia, in cui il principio del consenso all'atto medico e della preliminare corretta informazione viene solennemente sancito all'art. 5.

Se si svolge poi lo sguardo alla giurisprudenza la prima evidenza è la sentenza confermata nei tre gradi del giudizio sul cosiddetto caso Massimo, dal nome del chirurgo di Firenze condannato per omicidio preterintenzionale, per avere eseguito un intervento di amputazione totale addominoperineale del retto, senza il consenso della paziente (un'anziana signora), deceduta a seguito dell'intervento¹⁵².

Successive sentenze hanno individuato nell'informazione diagnostica e terapeutica uno specifico ed inderogabile obbligo, la cui violazione espone il medico al rischio di rispondere dei danni conseguenti alla sua attività, anche in assenza di errori nell'esecuzione della prestazione e per di più un obbligo

¹⁵² Si tratta della sentenza 13/90 della Corte di Assise di Firenze, confermata in secondo grado dalla Corte di Assise d'Appello di Firenze con la sentenza 5/91 e dalla Corte di Cassazione con la sentenza 699/92.

da assolvere reiteratamente in relazione alle eventuali diverse fasi di cui si articola un intervento¹⁵³.

Se dal piano giuridico si passa al piano deontologico, si trovano conferme non meno significative degli importanti passi compiuti, sul piano dei principi, per attribuire all'informazione e al consenso la valenza di elementi imprescindibili dell'operare quotidiano del medico.

Nel codice di autodisciplina dei medici e degli odontoiatri approvato nell'ottobre del 1998 ed attualmente in vigore, l'art. 32 afferma inequivocabilmente il principio che il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente, e, di un consenso inequivocabilmente manifestato, ricorrendo anche alla forma scritta, qualora gli accertamenti e i trattamenti possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona.

Lo stesso articolo sancisce anche il dovere del medico di desistere da atti diagnostici e/o curativi in presenza di un documentato rifiuto di persona capace di

¹⁵³ Particolarmente meritevoli di menzione appaiono le sentenze n. 1418 del 2/5/95 Corte di Appello di Milano; n. 364 del 15/1/97 Corte di Cassazione; n. 3046 del 8/4/97 Corte di Cassazione; n. 9374 del 24/9.97 Corte di Cassazione; n. 9705 del 10/10/97 Corte di Cassazione; n. 5510 del 18/5/98 Tribunale di Milano.

intendere e di volere; mentre il successivo articolo 34, nel ribadire che il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona, lascia intravedere, se pur in forma ancora sfumata, l'orientamento a ritenere meritevole di considerazione, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, anche la volontà da questi precedentemente manifestata.

Per quanto concerne, poi, l'informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate, se è vero che l'art.30 ne afferma, in conformità con l'etica medica tradizionale, la connessione con il fine di promuovere la massima adesione del paziente alle proposte diagnostico-terapeutiche, è altresì vero che quell'articolo ne fa l'oggetto di un dovere che deve essere inderogabilmente assolto dal medico nei confronti del paziente, eccezion fatta per i casi in cui vi sia "documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione". E questo vale anche nel caso di informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste, o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla

persona, informazioni riguardo alle quali, a differenza del codice del 1989, l'attuale codice di deontologia medica non riconosce affatto al medico il potere di decidere anche se informare, ma si limita a fornire indicazioni circa il come informare, prescrivendo che le informazioni siano “fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza¹⁵⁴”.

Una direzione, questa, del deciso riconoscimento dell'imprescindibilità dell'informazione e del consenso in qualunque relazione terapeutica, che tuttavia nella pratica assumono molte volte uno svuotamento di senso.

Troppo spesso infatti il consenso informato è usato come forma di tutela giuridica in un rapporto medico-paziente svilito a relazione contrattuale¹⁵⁵, in cui il malato diventa un semplice cliente che si serve delle capacità tecniche del medico¹⁵⁶.

Buona parte dei medici, infatti, è portata a considerare il consenso informato come dogmatica procedura informativa, piuttosto che come processo di discussione.

¹⁵⁴ v. P. BORSELLINO, *ult. op. cit.*

¹⁵⁵ v. P.B. HELZEL, *op. cit.*, p.618.

¹⁵⁶ v. L.M. SCALISE, *op.cit.*, p.415.

Il motivo per cui è nato, che consiste anzitutto nel fornire una corretta informazione al malato, è stato svuotato del suo significato morale.

Accettato come fastidioso obbligo di informare il paziente circa i trattamenti da attuare e divenuto “formulario” che protegge da possibili casi giudiziari, il consenso informato è vissuto come una impostazione esterna dalla quale difendersi.

*Il risultato è così tangibile e paradossale: aumenta la distanza tra medico e paziente*¹⁵⁷.

In altre parole il consenso informato in questi casi sconta l'equivoco semantico che l'espressione porta in sé.

L'espressione è una mera traslitterazione delle parole inglesi *informed consent* e si compone di due termini posti in associazione che formano una parola composta¹⁵⁸.

L'equivoco sta in ciò, che l'informazione sia assorbita dal consenso.

Ma non dovrebbe essere così: l'informazione non è uno strumento per ottenere un assenso, un benessere che metta al riparo da conseguenze legali; è invece una delle fonti di una relazione comunicativa, di un dialogo

¹⁵⁷ v. L.M. SCALISE, *op.cit.*, p.490.

¹⁵⁸ v. M. BARNI, *op.cit.*, p.125.

compassionevole, di compartecipazione simpatetica del curante con il malato.

L'odierno atto curativo non si esaurisce in una semplice beneficalità di stampo ippocratico.

Oggi il medico deve tener nel debito conto il nuovo ruolo dell'assistito, deve tendere a un approccio che coinvolga quest'ultimo in modo globale: l'antico "stare e restare accanto" (*adsistere*) deve modificare nel senso di comprendere anche una corretta ed esaustiva informazione data all'assistito circa il suo stato di salute, circa le offerte della scienza e della tecnica a suo vantaggio, circa il tasso d'incertezza e i rischi possibili, insiti nel trattamento o nella rinuncia al trattamento.

Il consenso da parte dell'assistito deve essere dato, e ottenuto dal medico, dopo l'assolvimento da parte di questi dell'impegno a un rapporto globale; non deve essere dato e ottenuto prima, in modo burocratico, tramite un'affrettata richiesta e un'altrettanta affrettata apposizione di una firma.

Il consenso informato è un atto etico finalizzato alla tutela dei bisogni e dei diritti dell'assistito, non all'auto-tutela di una medicina corporativa preoccupata dell'eventuale contenzioso giuridico¹⁵⁹.

¹⁵⁹ v. L.M. SCALISE, *op.cit.*

CONCLUSIONI

Concludendo, la tematica della tutela del diritto assoluto alla salute risulta particolarmente complessa e sempre foriera di nuovi temi etici. Tuttavia, limitando l'analisi al tema della responsabilità civile, deve rilevarsi che la responsabilità medica viene oggi prevalentemente inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale.

Si è assistito al passaggio da un sistema di regole delineatosi al di sopra della bipartizione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ad un sistema di regole che, pur sempre unitario, viene ricondotto allo schema della responsabilità contrattuale.

Più precisamente laddove la regola del cumulo ha favorito il sorgere di regole comuni di responsabilità applicabili indistintamente tanto alla struttura sanitaria legata contrattualmente al paziente, quanto al medico – non legato al paziente da alcun rapporto e dunque chiamato a rispondere in via extracontrattuale – oggi tali regole comuni sono ricondotte nell'ambito di una qualificazione formale della natura della responsabilità inquadrata in ambito contrattuale.

La salute del paziente, tutelata in logica contrattuale, è così risarcibile per tutti i danni derivanti dall'inesatto adempimento della prestazione medica di cura.

La risarcibilità della lesione dell'integrità psico-fisica, già in epoca antecedente alla Costituzione, se pure riconosciuta, era limitata all'ipotesi di danno patrimoniale, inteso quale diminuzione della capacità reddituale e/o ristoro delle spese sostenute, e di danno morale, quale sofferenza soggettiva.

Attualmente tale semplice bipartizione risulta desueta ed incompleta, non soltanto nel dibattito per gli addetti ai lavori, ma anche nella pratica tutela che ad essa viene accordata.

Si è visto come, facendo leva sulla norma generale ex art. 2043 del codice civile, si sia nel corso degli anni tentato di dare piena attuazione al principio assoluto, costituzionalmente affermato, del diritto alla salute.

La norma citata, sulla responsabilità civile, ha permesso, attraverso altresì l'estensione del concetto di colpa, di ricomprendere in essa numerosi casi di danno, quali danno biologico, danno alla professionalità, danno estetico, danno alla vita di relazione, danno esistenziale.

Se pure tutte queste denominazioni non sempre corrispondono a risarcimenti distinti e cumulabili, sono tuttavia rilevanti proprio perché indicano quanto sia

diventato centrale il diritto assoluto dell'individuo alla salute, globalmente intesa.

In effetti, è innanzitutto il concetto di salute che è mutato, poiché si tiene conto di una serie di *sofferenze* non strettamente riconducibili al contenuto degli articoli del codice, improntato, come è noto, ad una visione che riduce i rapporti tra i soggetti prevalentemente a rapporti contrattuali, dunque economici.

Così, per quanto concerne la violazione del contratto di cura che di fatto si stringe, spesso per fatti concludenti, tra medico e paziente nonché tra struttura sanitaria e paziente, si è ritenuto da un lato che in caso di inadempimento debba farsi riferimento alla nozione di fatto illecito (civile) disciplinato dall'art. 2043 c.c., dall'altro che pur applicando tale articolo - la cui genericità consente una tutela maggiore ad un numero più ampio di ipotesi dannose - in ogni caso la natura della responsabilità civile da esso scaturente sia sempre e comunque contrattuale.

Tale conclusione consente, attualmente, il riconoscimento della risarcibilità non solo al danno patrimoniale e morale strettamente intesi, ma altresì del danno biologico, la cui valutazione medico legale viene affidata a c.d. *Tabelle* la cui elaborazione è stata,

inizialmente, frutto del lavoro dei giudici di merito, ed oggi è ormai, parzialmente, codificata.

La materia, tuttavia, è in continua evoluzione; basti considerare come in tempi a noi vicini la Suprema Corte di Cassazione abbia ritenuto legittimo il riconoscimento definitivo della ulteriore voce di danno esistenziale, ritenuto risarcibile cumulativamente ai precedenti.

BIBLIOGRAFIA

ALPA G., *La responsabilità medica*, in R.C.P., 1999.

ARENDT H., *Vita activa. La condizione umana*. Milano, 1989.

AA.VV., *I diritti della persona, tutela civile, penale, amministrativa*, (a cura di) PAOLO CENDON, Torino, 2005.

BAGGIO S., *La responsabilità della struttura sanitaria*. Milano, 2008.

BARNI M., *Diritti, doveri, responsabilità del medico*. Milano, 1989.

BAUMAN Z., *Modernità ed olocausto*. Bologna, 1989.

BELLANTONI D., *Lesione di diritti della persona: tutela penale, civile e risarcimento del danno*. Padova, 2000.

BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*. Padova, 2000.

CALABRÒ G.P., *Ordine e libertà. Diritto e morale nello stato democratico*. Lungro (CS), 1996.

CALABRÒ G.P., *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*. Lungro (CS), 2002.

CASSANO G., *Il danno alla persona, Trattato teorico – pratico, Volume I, La Struttura*. Padova, 2006.

CASTRONOVO C., *Obbligo di protezione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma, 1990.

CENDON P., *Il risarcimento del danno non patrimoniale, parte speciale*. Torino, 2009.

CHERUBINI V., voce “*Diritto alla Salute*”, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*. Torino, 1977.

D’AGOSTINO F. – PALAZZANI L., *Bioetica. Nozioni fondamentali*. Brescia, 2007.

DE MATTEIS R., *Attività sanitaria*, in *La colpa nella responsabilità civile*, (a cura di) P. CENDON, Torino, 2006.

DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*. Torino, 1997.

DI MEO A. – C. MANCINA, *Bioetica*. Roma – Bari, 1989.

D'ORSI L., *Riflessioni intorno al concetto di colpa professionale* in AA.VV., *La responsabilità medica*. Milano, 1982.

FOUCAULT M., *Nascita della clinica. Il ruolo della medicina nella costituzione delle scienze umane*. Torino, 1969.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile, in Trattato della responsabilità civile*. Milano, 2004.

GADAMER H.G., *Dove si nasconde la salute*. Milano, 1994.

GIANNINI G. M. POGLIANI, *Il danno da illecito civile*. Milano, 1997.

GRACIA D., *Fondamenti di bioetica, sviluppo storico e metodo*. Milano, 1993.

IADECOLA G., *In tema di causalità e di “causalità medica”*, in R.I.M.L., 2001.

IORIO B. NAVISSANO M., *Cicatrice e danno estetico, Valutazione del danno biologico*. Torino, 1999.

IPPOCRATE, *Epidemie*. Firenze, 1982.

JONAS H. *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*. Torino, 1997.

LEGA C., *Le obbligazioni del medico come obbligazioni di mezzi*, in G.I., I, 1, 1247 ss.

MALATESTA A., *Le fonti internazionali*, in “I diritti della persona, tutela penale, civile, amministrativa”. Torino, 2005.

MANTOVANI F., *Diritto Penale*. Padova, 2001.

NUSSBAUM M.C., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui e persone*. Bologna, 2002.

PASINELLI G.G., *Il consenso informato. Una svolta nell’etica medica*. Fondazione Pfizer – Franco Angeli, Milano 2004.

PLATONE, *Le Leggi, trad. it.*, F Adorno (a cura). Torino 1992.

RODOTA S., *Riscrivere i diritti in Europa*, in *Rivista di Studi politici internazionali*. Bologna, 2001.

ROSSETTI M., *Il danno alla salute.–Biologico, Patrimoniale, Morale. Profili processuali. Tabelle per la liquidazione*. Padova, 2009.

RUSSO M.T., *La ferita di Chirone. Itinerari di antropologia ed etica in medicina. Vita e pensiero*. Milano, 2006.

SALVI C., *La responsabilità civile*. Milano, 1998.

SANTORO G., *L'inadempimento*, in *La responsabilità civile*, II, 1-224,, a cura di P. Cendon, Torino, 1998.

SANTOSUOSSO A., *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*. Milano, 1996.

TUROLDO F., *Le dichiarazioni anticipate di trattamento. Un testamento per la vita*. Padova – Roma, 2006.

ZANA M., *Responsabilità medica e tutela del paziente*.
Milano, 1993.