

ritenuto che l'obbligo di compenso professionale in favore dell'arch. F. era sorto soltanto relativamente alle prestazioni professionali oggetto di contratto scritto e in presenza di un unico disciplinare avente tale qualifica ha riconosciuto i soli compensi per l'attività dallo stesso accordo prevista e regolata, negando che provvedimenti amministrativi unilaterali come le determine invocate dal F. potessero vincolare l'ente locale, avendo esse rilievo solo interno, per cui doveva escludersi potessero essere fonte di obblighi per l'ente locale.

La questione di diritto proposta con il lodo era quella della qualificazione come contratto cd. 'quadro' o 'normativo' del disciplinare del 1999, dedotta dall'impugnato arch. F. e negata dall'impugnante per cui l'errore di diritto costituito da detta qualificazione e denunciato con la impugnazione di lodo, esattamente si è valutato come esistente ed ha quindi escluso la esistenza di un accordo scritto tra le parti a base delle prestazioni professionali per cui si nega il pagamento.

Il disciplinare del 5 marzo 1999 si è ritenuto contratto in forma scritta limitato negli effetti al solo incarico per le prestazioni dell'arch. F., per le quali la Corte di merito ha negato la nullità del lodo, dichiarato nullo solo nella parte in cui aveva esteso gli effetti del predetto accordo ad ogni prestazione professionale dell'arch. F., rigettando le domande di pagamento per le attività non espressamente previste e regolate dal disciplinare. Non s'è trattato quindi di un valutazione dei fatti dedotti dalle parti del giudizio arbitrale o di prove acquisite, preclusa con l'impugnazione per nullità del lodo (tra altre Cass. 24 giugno 2011 n. 13968, 3 novembre 2006 n. 23597 e 20 marzo 2003 n. 4078), ma solo di una decisione sull'errore di diritto circa la esistenza e gli effetti di un contratto per prestazioni professionali per le quali si nega il pagamento.

2. 2. Il secondo motivo del ricorso principale è anche esso infondato, perché la Corte d'Appello ha solo negato la esistenza di contratti scritti a base delle prestazioni professionali per le quali non ha riconosciuto il compenso. Nessuna nullità di contratto si è rilevata invece, per le attività dell'arch. F. per le quali non si è riconosciuto il diritto al compenso, avendo la Corte d'Appello solamente escluso l'esistenza di accordi tra le parti che le prevedessero e/o le regolassero, per cui neppure si pone la questione della forma, di cui al secondo motivo di ricorso principale anche esso da rigettare.

2. 3. Anche il ricorso incidentale è infondato, perché se è vero che la statuizione sulle spese del procedimento arbitrale è relativa ad un autonomo rapporto professionale e costituisce di regola una mera proposta di compenso per gli arbitri come tale non impugnabile con il lodo (così da Cass. 4 maggio 1981 n. 2702 a Cass. 23 giugno 2008 n. 1704), appare chiaro che la dichiarazione di nullità parziale del lodo, ha

comportato il venir meno della disciplina accessoria sulle spese del giudizio arbitrale e sui compensi agli arbitri, che quindi può essere rinnovata totalmente dalla Corte d'appello quale giudice dell'impugnazione (Cass. 4 giugno 2012 n. 8919 e 10 agosto 2007 n. 17631).

3. In conclusione, riuniti i ricorsi principale e incidentale, devono entrambi rigettarsi e, per la reciproca soccombenza, le spese del giudizio di cassazione possono interamente compensarsi tra le parti. (*Omissis*)

☆☆☆

(1) La pronuncia in esame è conforme all'orientamento costante della Corte regolatrice (vedasi tra tutte Cass. 24 giugno 2011 n. 13968, 3 novembre 2006 n. 23597 e 20 marzo 2007 n. 4078), la quale applica correttamente la disciplina in vigore. Tale correttezza formale non può tuttavia trascurare che proprio la mancata previsione di un riesame della decisione arbitrale da parte del Giudice dell'impugnazione costituisce una grave limitazione del diritto di difesa delle parti tollerata dal nostro sistema processuale.

Si conferma pertanto la grande perplessità espressa da alcuni autori, di fronte ad una sorte di immunità concessa dal legislatore a errori su una parte di grande rilievo del *thema decidendum*.

★★★

Corte di Cassazione - Sez. III - 22 marzo 2013 n. 7269
- BERRUTI *Presidente* - AMENDOLA *Estensore* - XX - YY.

Nascita indesiderata - Autodeterminazione - Consenso informato - Risarcimento danno - Onere della prova.

Nascita indesiderata - Diritto di autodeterminazione - Risarcibilità - Autonomia - Lesione del diritto alla salute.

Nel giudizio promosso dai genitori per il risarcimento del danno cosiddetto da nascita indesiderata (derivante da responsabilità del medico per la mancata tempestiva diagnosi delle malformazioni fetali, che ha privato la donna della possibilità di abortire), è a carico di parte attrice l'onere di dimostrare che, se fosse stata correttamente informata della malattia del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza; ed il rifiuto dell'attrice di sottoporsi ad esami specifici ed invasivi (nella specie 'amniocentesi') fatto valere dal sanitario a controprova, per i rischi connessi a tale tipo di esame, è indice privo dei caratteri di univocità e gravità, allorché espresso in un contesto diagnostico non allarmante, di tal che la percezione del pericolo di danneg-

giare inutilmente un feto sano è ragionevolmente più forte del timore di mettere al mondo un bambino gravemente malato (1).

La lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica (nel caso di specie perdita di esercitare la facoltà di interrompere la gravidanza) è risarcibile in via autonoma indipendentemente dalla lesione di un diritto alla salute (2).



(Omissis) – 1. I ricorsi *hinc et inde* proposti avverso la stessa sentenza, devono essere riuniti *ex art.* 335 c.p.c.

2. Nel primo e nel secondo motivo di ricorso gli impugnanti deducono violazione della L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b), art. 32 Cost., e art. 2697 c.c. Rilevano che, in base ai principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità: a) il grave pericolo per la salute della donna può anche riguardare soltanto la sfera psichica; b) non è rilevante accertare tanto se nella donna, dopo il parto, si siano effettivamente instaurati siffatti processi patologici, quanto piuttosto se la dovuta informazione avrebbe verosimilmente determinato l'insorgere degli stessi durante la gravidanza; c) appurato il dato oggettivo dell'inadempimento del medico, con conseguente perdita della possibilità di scelta, poteva farsi senz'altro ricorso al ragionamento presuntivo, assumendo come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante avrebbe interrotto la gravidanza, se informata di gravi menomazioni del feto, così riconducendo al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà (confr. Cass. civ. 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ. 10 maggio 2002, n. 6735).

Sostengono quindi che la Curia fiorentina, facendo malgoverno delle pronunce del Supremo Collegio da essa stessa richiamate, non solo aveva affermato che spettava all'attrice dimostrare, anche in via indiziaria, la sussistenza di tutti gli elementi previsti dalla legge per l'esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza, ma aveva rigettato la domanda, benché, alla stregua del motivato parere del consulente tecnico, dovesse ritenersi provato, quanto meno in termini di probabilità scientifica, che la patologia richiesta dalla L. n. 194, art. 6, per ricorrere all'interruzione della gravidanza si sarebbe manifestata e che, in tale contesto, la gestante si sarebbe determinata a praticare l'aborto. Segnatamente non aveva il decidente considerato che all'insussistenza di patologie psichiche prima e dopo la gravidanza, non poteva attribuirsi rilevanza indiziaria negativa ai fini della dimostrazione della possibile, anzi probabile insorgenza di gravi disturbi nella donna, ove la stessa avesse conosciuto durante la gestazione le anomalie del feto, stante l'eccezionalità dell'ipotesi che, in condizioni siffatte,

la madre decida di portare ugualmente a termine la gravidanza, ipotesi che, proprio per questo, avrebbe dovuto essere sorretta da specifici elementi di prova. Né aveva la Corte valutato che dati indicativi della volontà di esercitare, in concreto, il diritto di interrompere la gravidanza potevano trarsi da fattori ambientali, culturali, personali, e dallo stesso fatto che la gestante si era rivolta al professionista per esami finalizzati a conoscere le condizioni del feto: in particolare, un indizio decisivo andava individuato proprio nella particolare gravità dell'*handicap* del figlio, atteso che la conoscenza di un fatto così drammatico e gravido di implicazioni personali e familiari avrebbe presumibilmente originato nella madre uno sconvolgimento psichico.

Assumono infine gli esponenti, quanto alla prova che la G. avrebbe, in concreto, esercitato il diritto di interrompere la gravidanza, che il decidente non aveva adeguatamente valorizzato la portata indiziante delle numerose ecografie chieste dalla gestante, le quali dimostravano inequivocabilmente l'orientamento della stessa di rifiutare di portare a termine la gravidanza qualora fossero emerse anomalie del feto.

4. Con il terzo mezzo i ricorrenti denunciano violazione della L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b), art. 32 Cost., e art. 2697 c.c., con riferimento alla mancata ammissione della prova per testi volta a dimostrare che la G. aveva consigliato alla cugina incinta di interrompere la gravidanza, essendo emerso che il bambino era malformato, trattandosi di fatto successivo e non indicativo delle determinazioni che ella stessa avrebbe assunto ove informata, durante la gestazione, delle anomalie del bambino che portava in grembo.

Sostengono per contro gli impugnanti che il giudizio *ex ante* ben poteva essere confortato dalla prova di un comportamento successivo della parte, di talché doveva essere data alla ricorrente l'opportunità di dimostrare che non sussistevano per lei convincimenti di ordine morale e religioso contrari alla pratica dell'aborto.

5. Con il quarto motivo si prospetta violazione degli artt. 29 e 30 Cost., artt. 143, 147, 261 e 279 c.c., nonché della L. n. 194 del 1978, *ex art.* 360 c.p.c., nn. 3 e 5.

Deducono gli impugnanti che il Giudice di merito aveva negato ogni diritto al risarcimento del danno, ma nei confronti della sola madre del piccolo Marco, ignorando del tutto la domanda del padre, laddove anche a questi spettava il ristoro dei pregiudizi patiti (confr. Cass. civ. 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ. 20 ottobre 2005, n. 20320).

6. Con il quinto mezzo lamentano violazione degli artt. 32 e 2 Cost., artt. 1176, 2043, 2059 e 2057 c.c., per non avere la Corte territoriale considerato che

l'affermazione della insussistenza di danni rapportabili al mancato esercizio del diritto di interrompere la gravidanza comportava la necessità di considerare e valutare una serie di autonome e diverse voci di danno (che pure erano state liquidate dal Tribunale), sostanzialmente rapportabili alla mancanza di una adeguata e tempestiva informazione in ordine alla esistenza delle gravissime malformazioni del figlio. E invero per effetto della condotta del medico non solo essi non si erano preparati in alcun modo, sia psicologicamente che materialmente all'evento, ma quell'inadempimento aveva precluso, a danno loro e del figlio, il ricorso a tempestivi e adeguati interventi atti a migliorare (o contenere) il gravissimo *handicap* del bimbo, a partire dalla necessità di procedere al taglio cesareo in modo da non traumatizzare il sacco ernario e da evitare, come accertato dal c.t.u., ulteriori compromissioni anatomico-funzionali alle strutture nervose ivi contenute.

7. Nell'unico motivo del ricorso incidentale condizionato, il C. lamenta violazione dell'art. 41 c.p., artt. 1225 e 2043 c.c. deduce che la Corte d'Appello, ritenendo assorbita la questione, non aveva analizzato il profilo della responsabilità dei sanitari della Azienda U.S.L. (OMISSIS) che effettuarono gli esami ecografici di routine nel corso della gestazione, laddove l'erronea diagnosi ad opera degli stessi costituiva elemento da solo idoneo a determinare l'evento, interrompendo il nesso eziologico tra la pretesa condotta omissiva del C. e l'evento dannoso.

8. Il ricorso principale è fondato nei termini che qui di seguito si vanno a precisare.

I primi due motivi, congiuntamente formulati, ripropongono alla Corte la questione della distribuzione dell'onere della prova e, anzi, a monte, della esatta enucleazione dei fatti da provare, nei giudizi risarcitori da nascita indesiderata: questione che, esaminata all'infuori degli schematismi e degli stereotipi di soluzioni fortemente condizionate da implicazioni emotive e da opzioni ideologiche, è particolarmente delicata e complessa.

Occorre muovere dalla considerazione che la L. n. 194 del 1978, dispone che, dopo i primi novanta giorni, l'interruzione volontaria della gestazione può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna (art. 6 lett. a), con la precisazione che in questo caso, e solo in questo, l'interruzione può essere attuata anche se sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, tanto vero che il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardarla (art. 7, comma 3); b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del feto, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

9. A fronte di tale dettato normativo, uno dei primi

arresti di questa Corte in materia, affrontando *funditus* il problema dell'area delle valutazioni demandate al Giudice in caso di diagnosi prenatale sbagliata, ebbe a subordinare la verifica dell'inadempimento del sanitario a un duplice meccanismo prognostico, proiettato al momento della commissione dell'errore: l'impossibilità di vita autonoma del feto e la potenzialità dell'informazione omessa, trattandosi di stabilire se essa avrebbe provocato un processo patologico tale da determinare un grave pericolo per la salute della donna, e se, una volta appresa la notizia della malformazione, la donna avrebbe effettivamente optato per l'interruzione della gravidanza (confr. Cass. civ. 1° dicembre 1998). Peraltro, sulla scia dell'abbrivio della pronuncia delle sezioni unite 30 ottobre 2001, n. 13533, la successiva sentenza della terza sezione 10 maggio 2002, n. 6735, statui che, nella causa tra la donna che chiede il risarcimento dei danni derivatile dal non aver potuto esercitare il suo diritto ed il medico che sostiene non essere stato il danno effetto del proprio inadempimento perché la donna non avrebbe comunque potuto o voluto interrompere la gravidanza, alla donna spetta dimostrare i fatti costitutivi della pretesa azionata, al medico i fatti idonei ad escluderla, in questi ultimi inscrivendo anche la prova che, all'epoca in cui ebbe a maturare l'inadempimento, il feto era già pervenuto alla condizione della possibilità di vita autonoma.

Senonché, dalla constatazione che, nel ricorso di dati presupposti, tra i quali sono, appunto, le anomalie e le malformazioni del nascituro, la legge consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al suo stato di salute, la Corte, nel medesimo arresto, desunse altresì la legittimità, per il Giudice, di assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e conseguentemente di ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà (confr. Cass. civ. n. 6735/2002 cit.).

10. In continuità con tali enunciati, la successiva giurisprudenza di legittimità, pur nella riaffermazione, a questo punto quasi tralaticia, della spettanza alla donna dell'onere di dimostrare che l'accertamento dell'esistenza di rilevanti anomalie o malformazioni del feto avrebbe generato uno stato patologico tale da mettere in pericolo la sua salute fisica o psichica (confr. Cass. civ. 10 novembre 2010, n. 22837; Cass. civ. 2 febbraio 2010, n. 2354; Cass. civ. 4 gennaio 2010, n. 13; Cass. civ. 21 giugno 2004, n. 11488), ha, da un lato, ritenuto che il fatto stesso che una donna sostenga che si sarebbe avvalsa della facoltà di interrompere volontariamente la gravidanza se fosse stata informata della grave malformazione del bambino, presuppone l'implicita affermazione della sussistenza

ipotetica delle condizioni di legge per farvi ricorso; dall'altro, ha considerato, come dato imprescindibile desunto dall'osservazione dei fenomeni sociali, che è bassissima la frequenza di esito negativo dell'accertamento sul pericolo per la salute della donna in casi di gravissime malformazioni del feto e reciprocamente altissima quella delle interruzioni cd. terapeutiche della gravidanza che per tale ragioni siano domandate (confr. Cass. civ. 22837/2010 cit.), così di fatto pesantemente condizionando l'apprezzamento, alla stregua dell'ormai consolidato criterio del più probabile che non, della sussistenza del nesso causale tra omessa informazione e nascita indesiderata.

11. Le implicazioni di siffatto orientamento sono di intuitiva evidenza: a dispetto delle affermazioni di principio in ordine ai criteri di riparto dell'onere della prova, esso, a colpi di pretesi indici enucleabili dalla fenomenologia sociologica connessa all'accertamento della malformazione del feto, per la verità ben più variegata e complessa, finisce per far scattare, a fronte della sola allegazione della donna che, se informata, si sarebbe avvalsa del diritto di interrompere la gravidanza, una presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle condizioni che quella interruzione avrebbero legittimato. Non altra sembra invero la concreta valenza, sul piano processuale, della predicata spettanza alla donna dell'onere di dimostrare che l'accertamento dell'esistenza di rilevanti anomalie o malformazioni del feto avrebbe generato uno stato patologico tale da mettere in pericolo la sua salute fisica o psichica, e della contestuale affermazione di un criterio di regolarità causale in base al quale la gestante, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione importante, preferisca non portare a termine la gravidanza. Né può sfuggire come un approccio siffatto, eludendo le implicazioni del criterio della vicinanza della prova, che più di ogni altro consente applicazioni conformi a comune buon senso della regola di cui all'art. 2697 cod. civ., finisca per rovesciare sul medico l'onere, sotto certi profili per vero diabolico, di provare che, per l'una o per l'altra ragione, la donna, benché informata, non avrebbe potuto o voluto abortire, con conseguente tracimazione del giudizio risarcitorio in una vicenda para-assicurativa collegata al solo verificarsi dell'evento di danno e dell'inadempimento del sanitario.

12. Sulla questione questa Corte è di recente tornata con la sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754 nella quale sembra rinvenibile l'eco del dibattito dottrinale indotto da tali impostazioni.

Dopo aver qualificato la richiesta di accertamento diagnostico, ove sia mancata una espressa manifestazione di volontà di interrompere la gravidanza in caso di risultato infausto dello stesso, elemento indiziante di una volontà che si presume orientata verso

un determinato esito finale, e aver chiamato il Giudice di merito a desumere caso per caso, senza il ricorso a generalizzazioni di tipo statistico (...), le conseguenti inferenze probatorie e il successivo riparto dei relativi oneri, la Corte è approdata all'affermazione che spetti alla parte attrice integrare il contenuto di quella presunzione con elementi ulteriori (di qualsiasi genere) da sottoporre all'esame del decidente per una salvezza finale circa la corrispondenza della presunzione stessa all'asserto illustrato in citazione (confr. Cass. civ. 16754/2012 cit.).

13. In sostanziale continuità con siffatta linea ermeneutica, ritiene il collegio di dovere anzitutto ricordare che ovvio corollario dell'assunto secondo cui spetta alla donna che chiede di essere risarcita la prova dei fatti costitutivi della pretesa azionata – *id est*, che l'informazione omessa avrebbe provocato un processo patologico tale da determinare un grave pericolo per la sua salute, e, in stretta connessione, che, nella situazione ipotetica data, ella avrebbe effettivamente optato per l'interruzione della gravidanza – è che il rischio della mancanza o della insufficienza del quadro probatorio acquisito andrà a suo carico.

In tale contesto, e pur nella consapevolezza che nella prova per presunzioni, ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c., non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, essendo per contro sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile, secondo un criterio di normalità e di probabilità (confr. Cass. civ. 31 ottobre 2011, n. 22656), appare opportuno precisare che la stessa richiesta di accertamento diagnostico e anche di più accertamenti diagnostici, ove non espressamente funzionalizzati alla verifica di eventuali anomalie del feto, è, al postutto, un indice niente affatto univoco della volontà di avvalersi della facoltà di sopprimerlo, ove anomalie dovessero emergere, innumerevoli essendo le ragioni che possono spingere la donna ad esigerli, e il medico a prescriberli, a partire dalla elementare volontà di gestire al meglio la gravidanza, pilotandola verso un parto che, per le condizioni, i tempi e il tipo, sia il più consono alla nascita di quel figlio, quand'anche malformato.

Resta peraltro fermo che la verifica dell'esistenza o meno, all'epoca dell'assunto diritto all'interruzione della gravidanza, del grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, va condotto con giudizio *ex ante*, di talché ciò che si è effettivamente verificato successivamente può avere solo valore indiziario o corroborativo, ma non decisivo (confr. Cass. civ. 29 luglio 2004, n. 14488).

14. Venendo al caso di specie, ritiene la Corte che degli esposti principi, pur astrattamente ribaditi nella sentenza impugnata, il Giudice di merito ha poi fatto, in concreto, malgoverno.

La negativa valutazione in ordine all'impatto della notizia della malformazione del feto sulle condizioni psichiche della G., nel senso della insussistenza di elementi che consentissero di ipotizzare, seppure in termini di mera probabilità, l'insorgere di un processo patologico consistente in un grave pericolo per la sua salute mentale, è stata infatti espressa sulla base dell'asciutta considerazione dello stato della madre prima e dopo la gravidanza, senza alcuna considerazione di altri elementi decisivi, a partire dalla gravità delle patologie del nascituro, che interagendo con la propensione a una procreazione fortemente desiderata, ma cosciente e responsabile, bene avrebbero potuto scatenare conflitti e scompensi psicocomportamentali severi. E del pari del tutto apodittica è la rilevata assenza di elementi indicativi della concreta volontà di abortire della donna, considerato che anche il rifiuto di sottoporsi ad amniocentesi, per i rischi ad essa connessi, è indice estremamente ambiguo, allorché venga espresso in un contesto diagnostico non allarmante, di talché la percezione del pericolo di danneggiare inutilmente un feto sano è ragionevolmente più forte del timore di mettere al mondo un bimbo gravemente malato.

15. Quanto sin qui detto agevola l'esposizioni delle ragioni della ritenuta fondatezza anche delle critiche svolte nel terzo motivo di ricorso. A fronte di un onere probatorio oggettivamente difficile – in quanto volto a dimostrare non già quel che si è nei fatti verificato, ma quel che si sarebbe presumibilmente verificato, ove il medico avesse adempiuto alla sua obbligazione – il rifiuto di generalizzazioni di tipo statistico non può non accompagnarsi all'acquisizione, nel singolo processo, di ogni elemento probatorio che, a prescindere dal saggio apprezzamento che dei relativi esiti farà poi il decidente, consenta di valutare la sussistenza o meno di convincimenti etici aprioristicamente contrari a un intervento abortivo. Ne deriva che la secca valorizzazione della posteriorità dell'episodio sul quale i testi avrebbero dovuto riferire, rispetto all'epoca della gestazione della G., è criterio inappagante e indicativo di una conduzione dell'istruttoria censurabilmente indisponibile all'acquisizione di tutti gli indizi idonei alla ricostruzione dell'ipotetico evolversi della vicenda dedotta in giudizio.

16. Parzialmente fondato è anche il quinto motivo di ricorso, che conviene qui esaminare in precedenza, rispetto al quarto. Non vi è dubbio che il primo bersaglio dell'inadempimento del medico è il diritto dei genitori di essere informati, al fine, indipendentemente dall'eventuale maturazione delle condizioni che abilitano la donna a chiedere l'interruzione della gravidanza, di prepararsi psicologicamente e, se del caso, anche materialmente, all'arrivo di un figlio me-

nomato. E la richiesta dei corrispondenti pregiudizi deve ritenersi consustanzialmente insita nella domanda di risarcimento dei danni derivati dalla nascita, quali il danno biologico in tutte le sue forme e il danno economico, che di quell'inadempimento sia conseguenza immediata e diretta in termini di causalità adeguata (confr. Cass. civ. 1° dicembre 1998, n. 12195).

17. Altrettanto non può dirsi, invece, in ordine ai pregiudizi asseritamente subiti dal figlio e dai suoi genitori, per non avere beneficiato di adeguati e tempestivi interventi atti a migliorare, o quanto meno a non aggravare il gravissimo *handicap* dal quale è risultato affetto il bambino.

Trattasi invero di questione assolutamente nuova, in quanto completamente ignorata nella sentenza impugnata. Ne deriva che i ricorrenti avrebbero dovuto dedurre e dimostrare, con la precisione richiesta dall'osservanza del criterio dell'autosufficienza del ricorso per cassazione, che essa era già compresa nel *thema decidendum* del giudizio di appello. Nell'assenza di qualsivoglia allegazione al riguardo, ogni considerazione in ordine alla correttezza, *in parte qua*, della valutazione del giudice di merito è irrimediabilmente preclusa.

18. La cassazione della sentenza impugnata che si va ad operare, per le ragioni e nei limiti sin qui indicati, consente di ritenere assorbito il quarto motivo di ricorso, con il quale gli impugnanti hanno lamentato la totale pretermissione – evidentemente dovuta a un errore materiale – della domanda risarcitoria svolta dal padre, essendosi il giudice di merito occupato, sia pure per rigettarla, soltanto di quella avanzata dalla madre.

19. Assorbito è infine anche il ricorso incidentale condizionato proposto dal C. nel giudizio di cassazione non trova invero applicazione il disposto dell'art. 346 c.p.c., relativo alla rinuncia alle domande ed eccezioni non accolte in primo grado, di talché sulle questioni esplicitamente o implicitamente dichiarate assorbite dal giudice di merito, come, nella fattispecie, le asserite responsabilità dei sanitari della Azienda u.s.l. (*OMISSIS*), non si forma il giudicato implicito, ben potendo le suddette questioni, in caso di accoglimento del ricorso, essere riproposte e decise nell'eventuale giudizio di rinvio. Ne deriva che il resistente non aveva alcuna necessità di farle valere in sede di legittimità (confr. Cass. civ. 12 settembre 2011, n. 18677; Cass. civ. 24 gennaio 2011, n. 1566).

20. In definitiva, accolto, per quanto di ragione, il ricorso principale, dichiarato assorbito il ricorso incidentale, la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'Appello di Firenze in diversa composizione. (*Omissis*)



(1-2) IL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE
TERAPEUTICA: LA VIOLAZIONE DEL CONSENSO
INFORMATO È DAVVERO RISARCIBILE IN ASSENZA
DI UN DIRITTO ALLA SALUTE?
IL CASO DELLA NASCITA INDESIDERATA

SOMMARIO: 1. Il caso: la Cassazione ritorna sul tema della nascita indesiderata. – 2. I soggetti legittimati al risarcimento per la violazione del diritto all'autodeterminazione. – 3. Una breve disamina dei consolidati principi sul tema del 'consenso informato' – 4. Un'occasione per un'attuale riflessione sul diritto al 'consenso informato' nell'ambito della responsabilità medica: la sua violazione è davvero risarcibile in via autonoma?

1. Il caso: la Cassazione ritorna sul tema
della nascita indesiderata

Con la sentenza in esame la Corte torna ad esprimersi sulla delicata questione del risarcimento da cd. nascita indesiderata (1).

Nel caso di specie, i genitori di un bambino nato con una gravissima malformazione (la patologia della spina bifida) convenivano in giudizio avanti al Tribunale di Lucca il medico ginecologo che aveva seguito la donna durante la gravidanza, invocandone la responsabilità per la mancata tempestiva diagnosi delle malformazioni fetali, che aveva così impedito alla gestante la possibilità di optare per l'interruzione volontaria della gravidanza, secondo le prescrizioni di cui all'art. 6 della Legge n. 194 del 1978 (2).

Costituitosi in giudizio per contestare le pretese avversarie, il sanitario veniva condannato dal Giudice di primo grado al risarcimento del danno nei confronti dei genitori, mentre veniva rigettata la domanda da quest'ultimi avanzata in nome e per conto del figlio minore.

Impugnata in secondo grado la predetta decisione,

(1) In dottrina, tra gli autori che più di recente si sono interrogati sul tema della nascita indesiderata, cfr. CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant prèjudice*, *Danno e resp.* 2013, 2, 155; MONATERI, *Il danno del nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, *Corr. giur.* 2013, 59; OLIVA, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: la legittimazione attiva spetta anche a chi nasce con malformazioni*, *Foro it.* 2013, 1, 204; BILÒ, *Responsabilità medica per nascita indesiderata*, *Famiglia e Dir.* 2012, 274; IANNI, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare, la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto ed il c.d. «danno da nascita indesiderata» - La c.d. riforma Balduzzi*, in www.ilcaso.it, 2012; ROSSETTI, *Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata*, *Ragiusan* 2012, fasc. 338, 169.

(2) Recita la norma: «l'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

la Corte di Appello di Firenze respingeva la richiesta risarcitoria dei genitori, sostanzialmente ritenendo che, pur essendo stato provato l'inadempimento del sanitario, il quale alla luce dei referti ecografici avrebbe quanto meno dovuto suggerire ulteriori e più specifiche indagini sul feto, non era stata invece in concreto dimostrata né la volontà della gestante di esercitare il diritto di interruzione della gravidanza, né la sussistenza dei presupposti richiesti dalla vigente normativa per poterlo legittimamente esercitare.

Ricorrevano quindi in Cassazione i genitori del bimbo malformato, chiamando la Corte a pronunciarsi sulla delicata problematica, con un iniziale ampio riferimento ai principi in tema di distribuzione dell'onere probatorio e dei fatti che devono essere necessariamente provati nei giudizi risarcitori da nascita indesiderata (3).

La Suprema Corte sul punto ritiene di discostarsi in parte dall'orientamento tradizionale che pur addossando sulla donna, in caso di errata diagnosi prenatale, l'onere di provare la sussistenza nel caso concreto di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il legittimo esercizio del diritto di aborto, e dunque, che la tempestiva conoscibilità delle malformazioni esistenti sul concepito avrebbe causato uno stato patologico tale da mettere in serio pericolo la salute della madre, così da acconsentire l'interruzione della gravidanza prima che il feto potesse raggiungere la possibilità di vita autonoma (4), tuttavia, di fatto,

(3) Si ricorda che, secondo l'interpretazione tradizionale affermata a partire da Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008 n. 577, pubblicata in tutte le principali riviste giuridiche (tra cui *Foro it.* 2008, 1, 455, con nota di PALMIERI; *Nuova giur. civ. comm.* 2008, 1, 612, con nota di DE MATTEIS; *Resp. civ. prev.* 2008, 849, annotata da GORGONI; *Danno e resp.* 2008, 788, con nota di VINCIGUERRA; *Giur. it.* 2008, 1653, con nota di CIATTI), la responsabilità professionale nei confronti del paziente viene qualificata come di tipo contrattuale, o più recentemente da 'contatto sociale', con tutto ciò che ne consegue in tema di ripartizione del regime probatorio.

Per completezza si segnala la recente normativa in materia di responsabilità professionale medico, che sembra invece qualificare la responsabilità da inadempimento del medico come di tipo extracontrattuale, con ciò contravvenendo al consolidato contrario orientamento giurisprudenziale: si tratta dell'art. 3, Legge 8 novembre 2012 n. 189, pubblicata sulla *G.U.* del 10 novembre 2012 n. 263, entrata in vigore in data 11 novembre, che ha convertito con significative modifiche il cd. 'Decreto Balduzzi' avente ad oggetto *Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute* ed oggi al vaglio di legittimità costituzionale a seguito ordinanza del Trib. Milano del 21 marzo 2013.

(4) Principio espresso a partire da Cass. Civ. 1° dicembre 1998 n. 12195, *Foro it.* 1999, 1, 77, e ripreso dalle successive pronunce conformi: Cass., S.U., 30 ottobre 2001 n. 13533, *Foro it.* 2002, 1, 769, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, e *Nuova giur. civ. comm.* 2002, 1, 349, con nota di MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*; e Cass. civ. 21 giugno 2004 n. 11488, *Foro it.* 2004, 1, 3328, con nota di BITETTO, *Il diritto a "nascere sani"*.

Secondo Cass. 4 gennaio 2010 n. 13 deve ritenersi rispondente ad un criterio di regolarità causale la circostanza che la gestante, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presen-

finiva per rovesciare sul medico «l'onere, sotto certi profili per vero diabolico, di provare che, per l'una o l'altra ragione, la donna, benché informata, non avrebbe potuto o voluto abortire» (5).

Tanto premesso, nel caso di specie, la Corte afferma che i Giudici di secondo grado abbiano erroneamente applicati i suddetti principi, in quanto la mancata sussistenza di elementi tali da far ipotizzare, seppure in termini di mera probabilità, l'insorgenza di un processo patologico tale da determinare un serio pericolo per la salute della madre, è stata valutata senza considerare ulteriori elementi decisivi, primo tra tutti la gravità della patologia del nascituro, che interagendo con la propensione ad una procreazione fortemente voluta, ma cosciente e responsabile, ben avrebbe potuto scatenare «conflitti e scompensi psico-comportamentali severi» (6).

za di una malformazione del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza. Quest'ultima pronuncia è stata annotata da numerosi autori, tra cui DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*, *Contratti* 2010, 662; FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*, *Danno e resp.* 2010, FORTINO, *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*, *Resp. civ.* 2010, 1037; ZECCHIN, *Diagnosi tardiva e risarcimento del danno*, *Dir. famiglia* 2011, 1131; ROSSETTI, *Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata*, *Giust. civ.* 2011, 1, 2457.

Orientamento seguito e specificato dalla più recente giurisprudenza, che ha precisato come la predetta verifica debba effettuarsi secondo la regola causale «del più probabile che non»: *Cass. civ.* 10 novembre 2010 n. 22837 e *Cass. civ.* 2 febbraio 2010 n. 2354, entrambe in *Danno e resp.* 2011, 382 e ss., con nota di SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*; *Cass. civ.* 4 gennaio 2010 n. 13, cit.

Da ultimo si veda *Cass. civ.* 2 ottobre 2012 n. 16754, *Foro it.* 2013, 1, 181, con nota di OLIVA, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata*, cit., e *Danno e resp.* 2013, 2, 139, con nota di CACACE, *Il giudice "rottamatore"*, cit., in cui si attribuisce precipuo rilievo alla prova per presunzioni semplici.

(5) È stata invece ritenuta sufficiente la prova che, al momento della diagnosi, fossero presenti le condizioni dell'aborto terapeutico, non dovendo richiedere alla donna di dimostrare altresì che, qualora fosse stata esattamente informata dal medico, avrebbe effettivamente esercitato il diritto di interrompere la gravidanza in *Cass.* 10 maggio 2002 n. 6735 (sentenza annotata nelle principali riviste giuridiche, tra cui PALMIERI, *Nascita indesiderata: il diritto alla scelta preso sul serio*, *Foro it.* 2002, 1, 3115; DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, *Nuova giur. civ.* 2003, 1, 630; GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, *Resp. civ. prev.* 2003, 134; CINGOLANI, PECORA, *Omessa diagnosi di malformazioni fetali e categorie di danno: il punto di vista della Corte di cassazione*, *Dir. famiglia* 2004, 676; D'ANDRIA, *Responsabilità del medico per errata diagnosi prenatale e risarcimento del "danno da nascita indesiderata"*, *Rass. dir. civ.* 2005, 1090), *Cass.* 29 luglio 2004 n. 14488 (nella motivazione *Foro it.* 2004, 1, 3327, con nota di BITETTO, *Il diritto a "nascere sani"*), *Cass.* 13 luglio 2011 n. 15386 (*Nuova giur. civ. comm.* 2011, 1, 1252, con nota di CARBONE, *Colpa per assunzione e obbligo di avviso della responsabilità medico-sanitaria*); queste ultime due pronunce sono state annotate anche da GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, *Giust. civ.* 2005, 1, 121.

(6) D'altro canto in altre occasioni la Cassazione aveva osservato che la donna non è tenuta a dimostrare il rischio concreto di patologie, immediatamente dipendenti dalla gravidanza indesiderata e che si sarebbero evitate attraverso pratiche interruttrive, in quanto «l'insorgere di tali patologie deve ritenersi implicito nella ma-

Nella pronuncia viene quindi criticata la decisione della Corte medica che a fronte di un onere probatorio oggettivamente difficile, in quanto volto a provare, non già ciò che nei fatti è concretamente avvenuto, ma ciò che si sarebbe verosimilmente verificato se il sanitario avesse correttamente informato la paziente delle malformazioni presenti nel feto, ha poi apoditticamente escluso la rilevanza di elementi probatori utili per verificare la volontà della donna di interrompere la gravidanza (7).

La Cassazione passa poi all'esame dei pregiudizi asseriti dagli attori, al fine di verificare la loro addebitabilità all'inadempimento del medico.

2. I soggetti legittimati al risarcimento per la violazione del diritto all'autodeterminazione

Difatti la vera problematica che emerge dall'esame del provvedimento è l'individuazione dei danni risarcibili ed i soggetti legittimati alla richiesta di risarcimento.

Il Supremo Collegio sottolinea ancora una volta come nei giudizi da nascita indesiderata l'inadempimento del sanitario è principalmente dato dalla lesione del diritto dei genitori – si noti, di entrambi i genitori – di essere informati, non solo per consentire alla donna di poter esercitare, qualora ne sussistano i presupposti legislativamente previsti (8), il proprio

nifestazione preventiva della volontà della paziente di abortire, nel caso di malattie del feto diagnosticate all'esito degli accertamenti richiesti»: così *Cass.* 10 novembre 2010 n. 22837, cit., con nota di PALMERINI, *Il «sottosistema» della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale*, *Nuova giur. civ. comm.* 2011, 1, 468; ed anche *Cass.* 10 maggio 2002 n. 6735, cit.

(7) Nella citata pronuncia del *Cass. civ.* 2 ottobre 2012 n. 16754 la Suprema Corte compie un ulteriore passo in avanti rispetto all'assetto giurisprudenziale di cui alla nota che precede, ipotizzando che, anche a prescindere da un'espressa manifestazione della volontà della donna di interrompere la gravidanza, la verosimile insorgenza di patologie nella donna può essere desunta dalla richiesta specifica della medesima di essere sottoposta ad esami diagnostici idonei a rilevare malformazioni nel feto.

Nel caso in esame la Corte ha considerato che finanche il rifiuto dell'attrice di sottoporsi ad amniocentesi, per i rischi connessi a tale tipo di esame, è indice estremamente ambiguo, allorché espresso in un contesto diagnostico non allarmante, «di tal che la percezione del pericolo di danneggiare inutilmente un feto sano è ragionevolmente più forte del timore di mettere al mondo un bambino gravemente malato».

(8) Secondo il combinato disposto degli artt. 4-7 della Legge 194/1978, bisogna operare una distinzione di ordine temporale: entro i primi novanta giorni: è possibile l'interruzione volontaria della gravidanza qualora la donna accusi circostanze per le quali «la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito» (cfr. artt. 4 e 5 Legge 194/78); nel secondo trimestre invece l'interruzione della gravidanza è subordinata alla presenza di un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna derivante dalla disvelata malformazione del nascituro (art. 6) nonché dall'impossibilità di configurare una vita autonoma del feto (art. 7).

diritto all'interruzione della gravidanza o comunque di prepararsi psicologicamente (ovvero, se del caso, materialmente) all'arrivo di un figlio malformato.

Ma il Supremo Collegio si esprime diversamente circa il pregiudizio subito dal figlio, e la sentenza in esame è stata accolta come un 'ripensamento' della Suprema Corte sul diritto del concepito a nascere sano.

Difatti, in una pronuncia di poco antecedente, la Corte di Cassazione sembrava aver segnato un cambiamento di rotta rispetto ai precedenti volti a negare il diritto del neonato di ottenere il risarcimento del danno per essere venuto al mondo malformato, ricollegabile ad un'omessa o errata diagnosi prenatale (9).

In questo noto precedente si osserva come nel caso in cui il medico ometta di segnalare alla gestante l'esistenza di più efficaci test diagnostici prenatali rispetto a quello in concreto prescelto, impedendole così di accertare l'esistenza di una malformazione congenita del concepito, «*quest'ultimo, ancorché privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita, una volta venuto ad esistenza ha diritto, fondato sugli art. 2,3,29,30 e 32 Cost., ad essere risarcito da parte del sanitario del danno consistente nell'essere nato non sano, rappresentato dall'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità*».

In sintesi, in questa pronuncia il Supremo Collegio ritiene che il danno sopportato dal bambino malformato sia meritevole di tutela. E tale danno ad avviso della Cassazione non si identifica con il pregiudizio conseguente alla lesione del preteso diritto a non nascere se non sano (10), non essendo comparabile la

vita malata con quella sana, la quale non ci sarebbe comunque stata, poiché la malformazione non è derivata dall'evento-omessa diagnosi ma, piuttosto, dall'evento-concepimento.

Il pregiudizio che si chiede di riparare è rappresentato, piuttosto, dalla costrizione di vivere un'esistenza difficile in ragione di gravi limitazioni fisiche; pregiudizio che inevitabilmente non si sarebbe concretizzato per effetto della scelta di abortire, resa impraticabile dall'errore del medico. Inoltre la Corte ritiene evidente e logica la contraddizione del riconoscere il risarcimento del danno ai genitori e non riconoscerlo al minore nato con la malattia (11). Contraddizione rafforzata nel momento in cui il risarcimento viene riconosciuto non solo alla gestante, poiché è stato leso il suo diritto ad interrompere la gravidanza, ma anche al marito della stessa (che non è portatore di tale diritto), solo perché è diventato padre di un bambino malformato.

Ma a ben vedere nel caso in esame, se è pur vero che la Corte respinge la richiesta risarcitoria formulata dai genitori in nome del bambino, in ordine ai danni derivanti a quest'ultimo per non avere beneficiato di adeguati e tempestivi interventi finalizzati a migliorare, o quanto meno a non aggravare, il grave *handicap* dal quale è risultato affetto, tuttavia leggendo attentamente le motivazioni si osserva che il Collegio non entra in realtà nel merito dell'annosa questione, limitandosi a censurare la domanda come assolutamente nuova, e difatti ignorata nella sentenza di appello.

La questione ci pare quindi ancora aperta sul punto e tutt'altro che risolta.

Ciò che invece appare consolidato è il diritto della madre, quale destinataria della prestazione della corretta diagnosi da parte del sanitario, al risarcimento dei danni, oltre che il diritto del padre del bambino al risarcimento del danno non patrimoniale (12).

(9) Si tratta di Cass. civ. 2 ottobre 2012 n. 16754, cit. In dottrina, cfr. le considerazioni di BUSCAGLIA, *Il minore nato con una malformazione congenita è legittimato ad agire iure proprio per il risarcimento del danno*, *Diritto giust.* 2012, 845. In senso contrario, una copiosa giurisprudenza: Cass. 29 luglio 2004 n. 14488, cit.; Cass. 14 luglio 2006 n. 16123, *Rep. Foro it.* 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 277, con commento di LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, *Corr. giur.* 2006, 1693, e *Giur. it.* 2007, 1824, con nota di LUBELLI, *Brevi note sul diritto a non nascere*; Cass. civ. 4 gennaio 2010 n. 13, cit. Tutte sostanzialmente volte ad escludere la configurabilità e l'ammissibilità nel nostro ordinamento del cd. aborto 'eugenetico' che prescinda dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre. Ciò in quanto l'interruzione della gravidanza al di fuori delle rammentate ipotesi di cui alla Legge 194/1978, oltre a risultare in ogni caso in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e di indisponibilità del proprio corpo ex art. 5 c.c., costituisce reato anche a carico della stessa gestante (vedasi art. 19 Legge 194/78), essendo per converso tutelato dal nostro ordinamento proprio il diritto del concepito a nascere.

(10) Il diritto al risarcimento dei pregiudizi sofferti dal nato era stato qui riconosciuto ma per un altro aspetto – in quanto in questo caso la malformazione, comunque non diagnosticata dai medici, era stata causalmente determinata dalla somministrazione di farmaci alla madre durante la gravidanza con la conseguenza che i sanitari sono stati condannati ad indennizzarlo per violazione

del consenso informato in ordine alla terapia prescritta alla madre sia per violazione del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso. Cfr. Cass. 11 maggio 2009 n. 10741, in, tra le altre, *Foro it.* 2010, I, 141, con note di BITETTO, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del bebé prejudice*, e di DI CIOMMO, *"Giurisprudenza-normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano; Danno e resp.* 2009, 144, con nota di CACACE, *Figli indesiderati nascono - Il medico in tribunale*.

(11) In senso contrario si segnalano Cass. 29 luglio 2004 n. 14488, cit.; Cass. 14 luglio 2006 n. 16123, cit.; Cass. civ. gennaio 2010 n. 13, cit., dove viene espressamente escluso che a carico del medico possa ravvisarsi una responsabilità nei confronti del concepito per non essere stata la madre posta in condizione di esercitare il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza.

(12) La legittimazione attiva del padre del nascituro è stata riconosciuta per la prima volta da Cass. 10 maggio 2002 n. 6735, cit. ed è stata più volte ribadita nel corso degli anni: cfr. Cass. 29 luglio 2004 n. 14488, cit.; Cass. 20 ottobre 2005 n. 20320, *Foro it.* 2006, I, 2097, con osservazioni di BITETTO (annotata da CACACE, *La scelta solo alla madre, il risarcimento anche al padre: cronache di una nascita indesiderata*, *Danno e resp.* 2006, 510; FACCI, *Il danno da nascita in-*

Infatti la Corte, recependo un orientamento che può dirsi consolidato, rileva come l'omessa diagnosi da parte del ginecologo delle malformazioni del feto, integri un inadempimento del contratto di prestazione d'opera professionale, che lo obbliga al risarcimento del danno nei confronti di entrambi i genitori (13).

Infatti, pur non essendo ipotizzabile un vero e proprio obbligo di prestazione direttamente nei confronti del padre, è tuttavia certamente ipotizzabile un obbligo di protezione che si estenda anche nei riguardi di quest'ultimo, rispetto al quale il contratto tra medico e gestante, finalizzato a riscontrare eventuali malformazioni del feto, esplica effetti protettivi.

Ne consegue che la prestazione medica mancata o inesatta è qualificabile anche nei suoi confronti del padre del nascituro come inadempimento, con il correlato diritto al risarcimento dei conseguenti danni, immediati e diretti (14).

Si segnala come recentemente la stessa Corte di Cassazione abbia esteso la legittimazione al risarcimento del danno cd. da nascita indesiderata anche ai fratelli del bambino nato malformato, individuando il pregiudizio da questi ultimi sofferto, nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale sereno e disteso con i genitori stessi, verosimilmente assorbiti dalle cure necessarie richieste dal figlio meno fortunato (15).

desiderata e la legittimazione al risarcimento del padre, Famiglia e Dir. 2006, 256; CAVALLO, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: il padre ha diritto al risarcimento del danno in via immediata e diretta*, *Riv. it. medicina legale* 2007, 1172; Cass. 14 luglio 2006 n. 16123, cit.; Cass. 10 novembre 2010 n. 22837, cit.; Cass. 2 febbraio 2010 n. 2354, cit.; Cass. 30 novembre 2011 n. 25559, *Ragiusan* 2012, fasc. 333, 194.

(13) Le evidenti ragioni di tutela sottese a tale fattispecie sono state soddisfatte con il ricorso alla figura del contratto con effetti protettivi a favore di terzi, contratto da cui discendono obblighi di protezione in favore di soggetti estranei al rapporto contrattuale ma che tuttavia, in ragione della loro 'prossimità qualificata' rispetto alla prestazione dedotta in contratto, possono venire pregiudicati alla stregua del diretto destinatario. Sul tema, si segnalano i contributi più recenti: FRATINI, SALERNO, *Gli obblighi di protezione tra contatto sociale e contratti con effetti protettivi verso terzi*, *Riv. nel diritto* 2012, 1238; e DI MAIO, ANNUNZIATA, GENOVESI, *Aspetti sostanziali e processuali degli obblighi di protezione ed informazione nella responsabilità professionale*, *Il civilista* 2012, fasc. 6, 35; DE MATTEIS, *La responsabilità del medico dipendente: dalla violazione di obblighi di protezione all'inadempimento di un obbligo di prestazione*, *Contr. e Impr.* 2010, 81.

In giurisprudenza si richiama sul punto Cass. civ. 22 novembre 1993 n. 11503, *Rep. Foro it.* 1993, voce *Contratto in genere*, n. 207, che ha espressamente qualificato il contratto di ricovero ospedaliero della gestante quale contratto con effetti protettivi nei confronti del nascituro.

(14) Così Cass. 4 gennaio 2010 n. 13, cit.; Cass. 30 novembre 2011 n. 25559, cit.

(15) Si tratta di Cass. civ. 2 ottobre 2012 n. 16754, cit., ove si osserva: «l'arrivo del bambino in una dimensione familiare "alterata" (come lascia presumere il fatto che la madre fosse già emotivamente predisposta, se correttamente informata della malformazione, ad interrompere la gravidanza, in previsione di una sua futura malattia fisica o psichica al cospetto di una nascita dichiaratamente indesiderata) impedisce o co-

A tale proposito è evidente ed apprezzabile la finalità in senso lato protettiva e riparatrice perseguita dai Giudici, ma anche a prescindere sui dubbi circa l'individuazione del nesso causale (ossia la prova che la donna avrebbe effettivamente abortito) e l'estensione dell'obbligo di prestazione (il bimbo è infatti nato malformato ma non per errore del medico), il rischio di allargare l'obbligo di protezione del medico ai fratelli è quello di una moltiplicazione dei soggetti legittimati al risarcimento: ad es., non si vede perché non accordare il risarcimento anche ai nonni destinati ad accudire il nipotino disabile nell'orario lavorativo dei genitori; senza pensare ad un'ipotesi di risarcimento in favore dei fratelli del bimbo malformato in caso di separazione dei genitori avvenuta di poco tempo dopo la nascita malaugurata e proprio a causa della medesima nascita. Contravvenendo così la regola in base alla quale la tutela contrattuale viene elargita solo a coloro i quali si trovino in una situazione di prossimità 'qualificata' rispetto alla prestazione sanitaria e al comportamento pregiudizievole.

Se ragioniamo in termini rigorosi difatti, il diritto leso è quello alla cd. autodeterminazione (16) che è concesso dalla legge, come abbiamo visto, alla sola madre e quindi, a parere di chi scrive, la finalità perseguita dai Giudici della Corte di Cassazione pare sia stata sotto il profilo in esame quella di ampliare la categoria dei soggetti legittimati, e ciò nell'ottica di perseguire una giustizia di tipo 'sostanziale', in una materia così delicata, dove le conseguenze della violazione di un tale diritto finiscono per sconvolgere l'esistenza di più soggetti legali da vincoli di familiarità.

Da punto di vista poi della risarcibilità di tale diritto all'autodeterminazione, è opportuno segnalare l'acceso dibattito sviluppatosi sia in letteratura che in giurisprudenza: il nodo di maggiore contrasto al riguardo, è rappresentato dallo stabilire se sia possibile risarcire in via autonoma – indipendentemente cioè dalla contestuale lesione di un diritto alla salute ovvero, secondo altra suggestiva tesi, indipendentemente dalla lesione di qualsivoglia altro diritto – la violazione del diritto alla autodeterminazione.

Ed il caso della 'nascita indesiderata', fattispecie oggetto della sentenza in commento, rappresenta proprio una di quelle fattispecie in cui è possibile riconoscere tale autonoma risarcibilità, pur se con le precisazioni che andremo a formulare nel proseguo.

munque rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti e doveri dei genitori».

(16) Il diritto all'autodeterminazione, ovvero il diritto al compiere in modo consapevole le scelte riguardanti gli aspetti principali della propria persona, come avremo modo di precisare nel paragrafo che segue, per quanto riguarda i trattamenti terapeutici, trova la propria espressione nella manifestazione di volontà del paziente connessa alla pratica di un intervento sul proprio corpo.

Appare allora opportuna una più ampia riflessione sul punto, partendo da una breve disamina dei consolidati principi in tema di 'consenso informato' – la cui violazione determina, appunto, una lesione del medesimo diritto alla autodeterminazione (17) – al fine di verificare se le posizioni che si sono affermate possono ritenersi applicabili anche nel caso di specie.

3. Una breve disamina dei consolidati principi sul tema del 'consenso informato'

Il consenso informato costituisce un momento essenziale e necessario allo svolgimento dell'attività medica, poiché nessun paziente può essere sottoposto passivamente a qualsiasi trattamento sanitario (sia esso un intervento chirurgico invasivo, un accertamento diagnostico ovvero anche una mera terapia) senza che previamente abbia prestato il proprio consenso 'informato' (18).

L'attuazione di tale diritto, non va quindi intesa come un mero adempimento burocratico o come un momento di conflitto nella relazione medico-paziente, ma deve essere invece concepito come un momento di quella necessaria «alleanza terapeutica»

(19) tra medico e paziente, fondamentale per affrontare in modo corretto la malattia.

In generale, possiamo dire che il consenso informato è l'accettazione che il paziente esprime a un trattamento sanitario, in maniera libera e non mediata, ma soprattutto dopo essere stato informato sulle modalità di esecuzione, sui benefici, sugli effetti collaterali e sui rischi ragionevolmente prevedibili, ovvero sull'esistenza di valide alternative terapeutiche (20). Per raccogliere un valido consenso è quindi indispensabile che il medico abbia fornito una completa e corretta informativa (21).

Qualora l'informazione sia mancata in tutto o in parte, si avrà una responsabilità del sanitario colpevole dell'omissione di natura contrattuale (22).

Fino a qualche anno fa la giurisprudenza qualificava questo tipo di responsabilità come contrattuale o extracontrattuale (e precisamente precontrattuale), a seconda che si ritenesse che il difetto di informazione costituisca inadempimento di un contratto pienamente perfezionato (23) oppure incidesse soltanto sulla fase delle trattative (24).

(17) «Il consenso informato, pertanto, sia nella sua forma positiva di autorizzazione alle cure, sia nella sua forma negativa di rifiuto della terapia, costituisce espressione del diritto del soggetto a governare la propria vita ed il proprio corpo», e quindi espressione massima del cd. diritto all'autodeterminazione: così RODOTÀ, *Il nuovo saba corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, Milano, 2011, 210.

(18) Si veda la efficace definizione data da Corte Cost. 23 dicembre 2008 n. 438, *Foro it.* 2009, I, 1328: «Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli art. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Nel nostro ordinamento manca una disciplina unitaria del consenso ed essa è desumibile da più fonti normative: oltre a quelle costituzionali sopra richiamate nella pronuncia della Corte Cost., si può fare riferimento a fonti interne quali l'art. 5 del c.c., la Legge 13 maggio 1978 n. 180 (sulla riforma dei manicomi) e successivamente la Legge n. 833/1978 (istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale), dove si stabilisce che «gli accertamenti e trattamenti sanitari sono volontari», salvi i casi espressamente previsti, oltre alla più recente Legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, che si preoccupa di individuare in concreto il contenuto dell'informazione gravante sul medico.

A livello internazionale, la necessità del consenso è stata confermata anche dalla Convenzione di Oviedo adottata dal Consiglio d'Europa il 4 aprile 1997 e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, al cui art. 3 prevede che il consenso informato sia posto a tutela della dignità dell'uomo. Sul rapporto tra la Carta di Nizza e l'ordinamento interno si veda ANDALORO, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, *Famiglia e Dir.* 2011, 85; ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, *Nuova giur. civ. comm.* 2008, II, 403.

Si veda infine il Codice di deontologia medica, art. 33, capo IV, dedicato all'informazione e al consenso.

(19) Sul concetto di «alleanza terapeutica» si veda Cass. civ. 16 ottobre 2007 n. 21748, nella motivazione, *Foro it.* 2007, I, 3025, con nota di CASABURI; oltre alle conclusioni del Comitato nazionale bioetica 24 ottobre 2008, *Rep. Foro it.* 2009, voce *Merito extra*, n. 2009.262.7.

(20) L'informazione deve riguardare ogni possibile aspetto dell'intervento medico-chirurgico e, in particolare, deve essere relativa «alla natura dell'intervento medico-chirurgico, alla sua portata ed estensione, ai rischi, ai risultati conseguibili, alle possibili conseguenze negative, alla possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi e ai rischi di questi ultimi» (cfr., *ex multis*, Cass. 15 gennaio 1997 n. 364, *Foro it.* 1997, I, 771, con nota di PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso «globale» e responsabilità del professionista*; Cass. 2 luglio 2010 n. 15698, *Mass. Foro it.* 2010; Cass. civ. 28 luglio 2011 n. 16543, *Danno e resp.* 2012, 621, con nota di MONTANI, *Responsabilità precontrattuale e abbandono ingiustificato delle trattative: un rapporto da genus a species*; Cass. civ. 27 novembre 2012 n. 20984, *Rep. Foro it.* 2012, voce *Professioni intellettuali*, n. 193, e *Danno resp.* 2013, 7, 743, con nota di CLINCA, *Ragionamento presuntivo e consenso informato: il no della Cassazione al «consenso presunto» nel caso del paziente-medico*).

(21) In particolare si ritiene che sia doveroso che al paziente debba essere esplicitato: la situazione clinica obiettiva riscontrata; la descrizione dell'intervento medico ritenuto necessario, compreso le sue modalità di esecuzione, e dei rischi derivanti dalla mancata effettuazione della prestazione; le eventuali alternative diagnostiche e/o terapeutiche; le tecniche e i materiali impiegati; i benefici attesi; i rischi presunti; le eventuali complicanze; i comportamenti che il paziente deve eseguire per evitare complicazioni successive all'atto medico.

(22) Sulla responsabilità contrattuale del medico per la violazione del generale dovere di informazione nei confronti del paziente si veda in particolare Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008 n. 577, cit.

(23) Parte della giurisprudenza (cfr. Cass. 16 maggio 2000 n. 6318, *Guida al diritto* 2000, fasc. 20, 18, e *Danno e resp.* 2001, 154; Cass. 23 maggio 2001 n. 7027, *Foro it.* 2001, I, 2504, con nota di PARDOLESI, e *Danno e resp.* 2001, 1165, con nota di ROSSETTI, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*; Cass. 29 settembre 2009 n. 20806, *Mass. Foro it.* 2009, 1226) optava per la natura contrattuale della responsabilità, rifacendosi ai principi di cui alla nota pronuncia di Cass. 29 marzo 1978 n. 1132.

(24) Altra parte della giurisprudenza, meno recente, partendo

Oggi ci pare che tale disputa abbia perso di utilità pratica, alla luce del nuovo orientamento che qualifica in ogni caso, e quindi a prescindere dalla differenziazione di ordine temporale sopra accennata, la natura contrattuale della responsabilità medica (25), anche in questo particolare ambito (violazione dell'obbligo di acquisire un consenso consapevole ed informato).

Ciò in considerazione della più recente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sul tema in generale della natura della responsabilità precontrattuale, che in questi ultimi anni sembra aver 'sovertito' l'impostazione tradizionale che riconduceva la responsabilità di cui all'art. 1337 c.c. nell'ambito della responsabilità aquiliana, per inquadrarla invece nell'ambito di quella contrattuale; tramite tale disposizione normativa verrebbero così estesi i reciproci obblighi di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. alla fase delle trattative volte alla formazione del contratto (26).

Con tutte le conseguenze circa la distribuzione dell'onere della prova. Se infatti la violazione dell'obbligo informativo determina sempre in questo ambito una responsabilità contrattuale, l'attore dovrà seguire la ripartizione probatoria stabilita dai Giudici di legittimità per la domanda di adempimento, risoluzione ovvero risarcimento: sarà cioè sufficiente così provare la fonte dell'obbligo e allegare l'inadempimento (27).

dal presupposto che il contratto d'opera professionale tra medico e paziente si perfeziona solo dopo che il paziente ha prestato il proprio consenso alla prestazione suggerita dal medico, riteneva di optare per la natura aquiliana e precisamente di tipo precontrattuale della responsabilità di omessa informazione, collegando l'obbligo di informazione al comportamento secondo buona fede cui le parti sono appunto tenute nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (così Cass. 15 gennaio 1997 n. 364, cit.).

(25) A partire da Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, *Danno e resp.* 1999, 294, con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, salvo le precisazioni di cui alla col. 384, nota 3.

(26) Ci si riferisce alla pronuncia di Cass. civ. 20 dicembre 2011 n. 27648, *Giur. it.* 2012, 2547, ivi annotata da FASOLI, *Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) «tedesca»* e da SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, *Resp. civ. prev.* 2012, 1949. Ma già significativi spunti critici in Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007 n. 6725 e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007 n. 6724, annotate, tra gli altri, da VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, *Contratto e mercato* 2008, 1.

In dottrina si vedano anche le recenti riflessioni di FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... «contrattuale»?*, *Contr. e impr.* 2013, 283, e di DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*, *Danno e resp.* 2013, 7, 757 e ss., in nota a Cass. civ. 10 gennaio 2013, 477, che da ultimo sembra rimettere in discussione la natura della responsabilità precontrattuale.

(27) Com'è noto, l'orientamento tradizionale affermava che, in materia di obbligazioni contrattuali, è il creditore che deve dimostrare l'inadempimento oltre al contenuto della non adempiuta obbligazione, mentre il debitore è tenuto, dopo tale prova, a

4. Un'occasione per un'attuale riflessione sul diritto al 'consenso informato' nell'ambito della responsabilità medica: la sua violazione è davvero risarcibile in via autonoma?

Tutto ciò precisato, affrontiamo ora il punto centrale e, tutt'oggi, problematico in tema di consenso informato nell'ambito della responsabilità professionale medica: se la sua violazione sia o meno risarcibile in via autonoma.

Possiamo sostanzialmente ricostruire due diversi orientamenti.

Secondo la teoria più tradizionalista, la violazione dell'obbligo di fornire al paziente un consenso libero e consapevole, non produce di per sé alcun danno risarcibile, in assenza di un contestuale danno alla salute (28).

giustificare ex art. 1218 c.c. l'inadempimento che il creditore gli attribuisce (cfr. Cass. 23 maggio 2001 n. 7027, cit.; Cass. 9 dicembre 2010 n. 24853, *Resp. civ. prev.* 2011, 829, con nota di MIOTTO, *La prova del «consenso informato» e il valore di confessione stragiudiziale delle dichiarazioni rese nel «modulo» di adesione al trattamento terapeutico*; Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847, *Foro it.* 2010, I, 2113, con nota di SIMONE).

In tempi recenti, si è fatto strada, fino a divenire prevalente, il diverso orientamento secondo cui, nell'azione di adempimento, di risoluzione e in quella risarcitoria, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo e non anche l'inadempimento dell'obligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto. Sarà dunque sufficiente la mera allegazione dell'inadempimento da parte del creditore-paziente, mentre graverà sul convenuto debitore-medico l'onere di fornire la prova dell'avvenuto assolvimento dell'obbligo contrattuale posto a suo carico, secondo i principi generali in materia di onere della prova nell'inadempimento delle obbligazioni recentemente ribaditi dalla Cassazione (su tutte, Cass., s.u., 30 ottobre 2001 n. 13533, cit.). Sul principio di vicinanza della prova vedasi, in part., Cass., s.u., 10 gennaio 2006 n. 141, *Foro it.* 2006, I, 704.

In dottrina vedasi PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, *Riv. dir. civ.* 2001, 343, ove l'autore sottolinea come «la fonte dell'obbligo di informazione è la stessa del rapporto medico-paziente, sia essa l'accordo contrattuale o l'obbligazione nascente ex lege».

(28) Cass. civ. 26 marzo 1981 n. 1773, *Arch. civ.* 1981, 544; Cass. civ. 22 settembre 1997 n. 9347, *Riv. it. medicina legale* 1998, 821; Cass. civ. 6 ottobre 1997 n. 9705, *Rep. Foro it.* 1997, voce *Professioni intellettuali*, n. 120; Cass. civ. 30 luglio 2004 n. 14638, *Giur. it.* 2005, 1395, con nota di D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*; Cass. civ. 14 marzo 2006 n. 5444, *Giust. civ.* 2006, I, 802; Trib. Roma 10 maggio 2005, *Giur. merito* 2005, 2621, secondo cui «la violazione del diritto primario del paziente ad essere adeguatamente informato dal medico delle proprie condizioni fisiche e dei suoi probabili sviluppi, anche negativi, e quindi del suo diritto all'autodeterminazione in ordine alle scelte che attengono alla propria salute, non consegue automaticamente un danno risarcibile, essendo questo configurabile solo nei casi in cui sia stato leso il bene «salute», rispetto al quale l'obbligo di informazione è necessariamente strumentale, ai fini dell'adempimento del contratto di cura» (nel caso risolto dal Tribunale, sulla base di questo principio, veniva escluso il diritto al risarcimento, in quanto era stato accertato che non esistevano percorsi terapeutici diversi – rispetto al parto cesareo, comunque praticato, seppure d'urgenza, dal medico – che avrebbero potuto evitare alla paziente l'isterectomia).

Si veda anche Trib. Milano 29 marzo 2005, *Corr. merito* 2005, 787, con nota di D'AURIA, *Il consenso informato ad un bivio: tra lesione*

In sostanza la violazione del suddetto obbligo assume rilievo ai fini risarcitori solo qualora sia stata posta in concomitanza con un aggravamento della salute del paziente e quindi una lesione alla sua integrità psico-fisica, eziologicamente connessa alla predetta omessa o incompleta informativa (ad es. per complicanze non imprevedibili o per il decorso postoperatorio, ecc.). Qualora invece l'intervento non consentito abbia comunque prodotto un miglioramento delle condizioni di salute del paziente, ovvero se il peggioramento verificatosi non sia causalmente riconducibile al trattamento terapeutico (o all'omissione dello stesso) da parte del medico, non sorge nessun diritto al risarcimento per il paziente pur non correttamente informato.

In questi ultimi anni ha preso invece campo una corrente più radicale, che afferma come il diritto alla autodeterminazione, leso dalla mancata acquisizione del consenso informato, sia risarcibile di per sé e, quindi, indipendentemente dal prodursi di un danno cd. biologico (29).

Si ritiene in sostanza che qualunque attività che comporti una indebita violazione nella sfera di libertà dell'individuo, ovvero del più generale principio della «dignità dell'uomo» (30), debba considerarsi illegittima se posta in essere prescindendo dal consenso informato dell'interessato, anche se finalizza-

del diritto alla salute ed autodeterminazione del paziente; e Resp. civ. prev. 2005, 751, con nota di GENNARI, Consenso (dis)informato: quale il danno da risarcire?, ove si precisa che in tali ipotesi, in assenza di alcun pregiudizio alla salute, la lesione del diritto all'autodeterminazione produce sì un danno non patrimoniale, pur tuttavia trattasi di un «danno ontologicamente trascurabile o comunque di entità economica non apprezzabile».

(29) Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847, cit.; Cass. civ. 28 luglio 2011 n. 16543, cit.; Cass. civ. 16 maggio 2013 n. 11950 [inedita]; Trib. Milano 14 maggio 1998, *Resp. civ. prev.* 1998, 1623, con nota di MAGLIONA, *Libertà di autodeterminazione e consenso informato all'atto medico: un'importante sentenza del tribunale di Milano*, e ivi 1999, 487, con nota di GORGONI, *La «stagione» del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*; Trib. Venezia 4 ottobre 2004, *Corr. merito* 2005, 145, con nota di PETRI, *Il consenso informato all'atto medico*; e *Resp. civ. prev.* 2005, 519, con nota di BORDON, *Chi non informa paga: danno esistenziale da inadempimento del contratto di assistenza sanitari*; Trib. Genova 10 gennaio 2006, *Danno e resp.* 2006, 537, con nota di LANOTTE, *L'obbligo d'informazione: adempimento di un «dovere burocratico»?*, e *Foro it.* 2006, 1, 894; Trib. Arezzo 16 ottobre 2009, in www.dejure.giuffre.it; Trib. Viterbo 27 novembre 2006, *Guida al diritto* 2007, fasc. 3, 39, con nota di MICALI; Trib. Paola 15 maggio 2007, *Resp. civ. prev.* 2007, 2130, con nota adesiva di GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*. Proprio con riferimento al caso della nascita indesiderata cfr. Trib. Busto Arsizio 17 luglio 2001, *Resp. civ. prev.* 2002, 441, con nota di BILOTTA, *La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale*; Trib. Cagliari 15 maggio 2010, *Riv. Giur. Sarda* 2012, 1, 29, con nota di CORONA, *Responsabilità dell'ente ospedaliero in caso di nascita di un figlio indesiderato non affetto da alcuna patologia: una singolare ipotesi di contratto con effetti protettivi verso il terzo*.

(30) PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, 178; RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 259 e ss.

ta, come quella medica in esame, al perseguimento di un risultato positivo (il miglioramento della salute del paziente).

Quest'ultima tesi sembra confermata, recentemente, dalla citata pronuncia della Corte di Cassazione (sent. n. 2847/2010), dove viene indicato, tra i casi in cui è possibile risarcire in via autonoma il diritto alla autodeterminazione, proprio quello oggetto della sentenza in commento, ossia il caso del diritto al risarcimento del danno per omessa diagnosi di malformazione del feto e, quindi, per il pregiudizio sofferto dalla madre per non aver potuto determinarsi a ricorrere all'interruzione della gravidanza (31).

In effetti la fattispecie oggetto della sentenza in commento si riferisce ad un caso in cui la madre non aveva subito alcun danno alla salute collegato alla non corretta consulenza prenatale; ma a ben vedere la madre si era vista comunque pregiudicata in un altro suo fondamentale diritto, ossia quello di poter liberamente esercitare le facoltà previste dalla Legge 194/1978, in materia di interruzione della gravidanza. Diritto, quello alla autodeterminazione, che è ormai pacificamente ritenuto essere 'diverso' dal diritto alla salute (32).

Dunque, a parere di chi scrive, è improprio affermare l'autonoma risarcibilità del diritto alla cd. autodeterminazione (ovvero al consenso informato che tutela il medesimo bene della vita), nel senso di una sua risarcibilità in assenza di un pregiudizio alla salute.

Trattasi, a nostro avviso, di una conclusione derivante da una lettura superficiale delle motivazioni delle sentenze che si sono pronunciate in materia.

Difatti, se esaminiamo i casi concreti presi in considerazione dalla richiamata giurisprudenza e dottrina al fine di affermare la autonoma risarcibilità della violazione del consenso informato, possiamo verificare come si tratti sempre di fattispecie in cui comunque è stata acclarata una lesione di un diritto di rango costituzionale (33), pur se diverso, in alcuni casi, dal diritto alla salute.

Tale autonoma risarcibilità ci pare quindi che debba essere valutata caso per caso, cercando di comprendere la finalità cui, nel singolo caso concreto, tende l'obbligo di informativa e soprattutto indivi-

(31) Si precisa che, nella sentenza in esame, non si è verificato un caso di violazione del consenso informato 'in senso tecnico', ma è stato comunque violato il diritto alla autodeterminazione (che è il bene tutelato dal consenso informato del paziente) a causa della negligenza medica nella prestazione della consulenza prenatale.

(32) Cfr. Cass. civ. 3 settembre 2007 n. 18513 [inedita], che ha qualificato come mutamento della *causa petendi* il porre a fondamento dell'azione di risarcimento per i danni conseguenti ad intervento chirurgico il difetto di consenso informato, dopo aver fondato tale azione sulla colpa professionale; nonché la citata Cass. 11 maggio 2009 n. 10741.

(33) Cfr. Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847, cit.

quando la natura e l'entità del pregiudizio sofferto dal paziente in conseguenza della violazione del suo diritto alla corretta ed adeguata informazione.

Difatti, se il consenso è 'strumentale' alla tutela del diritto alla salute del paziente (nel senso di tutelare la sua libertà di scelta in ordine ai trattamenti medici consigliati per poter quindi autodeterminarsi liberamente) sarà più difficile sostenere che, senza alcun pregiudizio alla salute, sia risarcibile, di per sé ed in via autonoma, la mancanza del consenso e quindi la violazione del diritto alla autodeterminazione.

Diversamente quando il consenso è finalizzato alla tutela di diritti diversi dalla salute e quindi a salvaguardia di altri aspetti della personalità (quale la libertà di fede religiosa, la tutela del diritto di interrompere la gravidanza, ecc.) e quando il paziente vede pregiudicati proprio quei suoi diritti costituzionalmente tutelati (ancorché diversi dal diritto alla salute), allora la sua autonoma risarcibilità appare soluzione più comprensibile.

Si pensi, ad es., al caso oggetto della sentenza qui annotata, dove la madre pur non avendo subito alcun danno alla salute, si è vista pregiudicata nel suo diritto di esercitare la facoltà prevista dalla Legge n. 194/1978 e quindi di interrompere la gravidanza per le malformazioni del feto non diagnosticate.

Si pensi ancora al caso del paziente testimone di Geova a cui è stata praticata una trasfusione di sangue in contrasto con la sua fede religiosa: in tale ipotesi, il bene della vita leso dalla mancata prestazione del consenso, non è il diritto alla salute (la trasfusione si è resa infatti necessaria per la salvaguardia della vita stessa del paziente, è stata praticata correttamente ed ha migliorato le condizioni di salute del paziente che non ha subito alcun pregiudizio alla propria salute collegato alla mancata corretta informazione), bensì il diritto di praticare una fede religiosa con conseguente lesione, nel caso di specie, del diritto di non vivere piuttosto che di vivere nello stato determinatosi dalla 'imposta' trasfusione (34).

Ed una valutazione caso per caso è essenziale anche perché condizione di risarcibilità di tale tipo di danno non patrimoniale è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa (35), secondo i canoni delineati dalla Sentenze delle Sezioni Unite della Corte

di Cassazione nn. 26972 a 26974 del 2008, secondo le quali il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi da parte del Giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza, secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

E tale pregiudizio potrà senz'altro considerarsi risarcibile nel caso oggetto della sentenza in esame, vista la compromissione di diritti, quale quello alla interruzione della gravidanza nonché, nel diverso richiamato caso, quello alla libertà di praticare una fede religiosa, che incidono in modo rilevante nella sfera della personalità dell'individuo, con importanti riflessi anche nella sua vita quotidiana e familiare.

In altre fattispecie invece – come ad es. nel caso oggetto della sentenza del Tribunale di Genova del gennaio 2006 – il pregiudizio è stato ritenuto di scarsa gravità (36) tanto da determinare un risarcimento di minima entità.

In estrema sintesi, ed al fine di meglio rispondere al quesito postoci, appare utile distinguere le seguenti ipotesi di inadempimento dell'obbligo di informazione da parte del medico: i. accertata colpa medica da cui consegua un danno alla salute (non coincidente con le complicanze o con i rischi non segnalati); ii. mancanza di colpa medica (trattamento o intervento eseguito correttamente), ma presenza di un danno alla salute dovuto alle complicanze del trattamento sanitario o al decorso postoperatorio (in entrambi i casi non oggetto di specifica informativa); iii. assenza di colpa medica ed assenza di un danno alla salute (37).

Nei primi due casi sarà liquidabile un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente

(34) Al caso delle trasfusioni ai testimoni di Geova si sono riferite, con soluzioni diametralmente opposte, le note sentenze della Corte di Cassazione: Cass. civ. 23 febbraio 2007 n. 4211, *Resp. civ. prev.* 2007, 1881, annotata da FACCI, *Le trasfusioni dei testimoni di Geova arrivano in cassazione (ma la suprema corte non decide)*, e *Danno e resp.* 2008, 27, con nota di GUERRA, *Il dissenso alla trasfusione di sangue per motivi religiosi*; Cass. civ. 15 settembre 2008 n. 23676, tra le altre pubblicata in *Foro it.* 2009, I, 36, con nota di CASABURI, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari «salva-vita»*. In giurisprudenza di merito si segnala Trib. Torino 11 aprile 2011, *Dir. e giur.* 2011, 431, con nota di SALVATORE.

(35) Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847, cit.

(36) Si tratta della pronuncia del Trib. Genova 10 gennaio 2006, cit., di particolare interesse, in quanto nella fattispecie presa in esame dai Giudici, si ritiene risarcibile, pur in assenza di un pregiudizio alla salute, il danno non patrimoniale correlato alla privazione della possibilità di una scelta libera e consapevole, sul presupposto che, nella specie, ove fossero stati esplicitati i tempi di recupero della funzionalità dell'arto da operare, quest'ultimo avrebbe optato per differire l'intervento ed evitare di dover interrompere la sua attività lavorativa in un particolare momento storico. La somma (di soli 3.000 Euro) è stata quindi liquidata a fronte della compromissione di un'attività appagante nel periodo immediatamente successivo all'intervento.

(37) Si pensi al caso in cui al paziente non sono state date corrette e complete informazioni inerenti l'intervento chirurgico su di lui praticato ma, grazie a tale intervento privo di complicanze, la salute del paziente sia migliorata ed il paziente sia guarito dalla patologia che lo affliggeva: in tal caso l'obiettivo cui era finalizzato l'atto medico (tutela della salute) è stato pienamente raggiunto senza pregiudizio dei diritti del paziente. Ci pare poi che nella pratica professionale sia davvero difficile imbattersi in una fattispecie del genere: un paziente che, grazie all'atto medico, riesce a superare i suoi problemi di salute senza subire alcun ulteriore pregiudizio di qualsiasi altra natura, difficilmente agirà in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla sola mancata prestazione del consenso informato.

(38) nonché un danno 'biologico' e cd. morale o comunque, secondo le più recenti impostazioni giurisprudenziali, danno non patrimoniale in senso lato (39), derivante dalle lesioni permanente subite a causa dell'errore medico; danno che, nel secondo caso sarà liquidabile solo se si accerta il nesso di causalità, ossia che il paziente, correttamente informato, non avrebbe acconsentito al trattamento proposto.

Infatti in questo caso, qualora il paziente, ricevuta la corretta informazione, si sarebbe comunque sottoposto all'intervento, il danno non sarebbe stato evitato dall'adempimento dell'obbligo informativo, ed il sanitario non potrebbe dunque essere ritenuto responsabile per l'esito sfavorevole connesso all'intervento. Al contrario, sarà risarcibile il danno sofferto dal paziente che, qualora correttamente informato, non si sarebbe sottoposto al trattamento.

Tale onere della prova incombe sul paziente e potrà essere soddisfatto anche tramite presunzioni (40); diversamente mancherebbe il necessario nesso causale tra violazione dell'obbligo di informativa e bene salute che si assume leso.

Nel terzo ed ultimo caso sarà risarcibile il danno derivante dalla mera violazione del diritto all'autodeterminazione, qualora esso superi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2008: e nei casi come sopra citati, venendo in gioco il diritto della madre all'esercizio della interruzione della gravidanza nonché quello alla libertà di fede religiosa, come abbiamo detto, la gravità dell'offesa è stata tale da ritenere senz'altro risarcibile il danno da violazione del diritto alla autodeterminazione, incidendo il pregiudizio su diritti, pur se diversi da quello alla salute, ma comunque di rango costituzionale (artt. 2, 13, 29 e 30 Cost.) (41).

Dunque, anche con riferimento alla risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla violazione del consenso informato/diritto alla autodeterminazione, parrebbe più che attuale il principio affermato dalla Corte di Cassazione per il quale la lesione del diritto all'autodeterminazione non comporta automaticamente un danno risarcibile.

(38) Diritto che, essendo di rango costituzionale (trova infatti fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione), è suscettibile di autonoma fonte di risarcimento secondo i principi di cui alle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione del 2008 citate.

(39) Cfr. Cass. da n. 26972 a 26974 del 2008, cit.

(40) Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847, cit.

(41) Ulteriori fattispecie ritenute, nella prospettiva ipotizzata nel corpo del testo, risarcibili da parte della giurisprudenza, sono quelle in tema di violazione della *privacy*: cfr. Cass. civ. 30 gennaio 2009 n. 2468, *Giust. civ.* 2009, I, 885, in cui si condanna la struttura sanitaria a risarcire il danno sofferto dal paziente in conseguenza della diffusione di dati sensibili contenuti nella cartella clinica; Trib. Milano 3 settembre 2012, *Danno e resp.* 2013, I, 51, con nota di FOFFA, *Il caso Vieri: quanto vale la lesione della privacy*;

Non si può infatti ritenere che il danno lamentato dalla paziente sia *in re ipsa*, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse protetto (42), essendo invece necessaria l'allegazione e la prova dell'entità dello stesso che deve comunque essere apprezzabile per poter dar luogo a risarcimento (43).

FRANCESCO CECCONI · GAIA CIPRIANI
Avvocato in Firenze Avvocato in Firenze

★★★

Corte di Cassazione - 17 giugno 2013 n. 15108 - PETTI
Presidente - AMBROSIO Estensore - SIC SOCIETÀ ITALIANA CAUZIONI S.P.A. (Avv.ti Gregorio Leone, Ernesto Mocci) - AZ. OSPEDALIERA - OSPEDALE CIRCOLO DI MELEGNANO (Avv.ti Giovanni Lucente, Marco Emanuele Galanti).

Garanzia - Fideiussione - Contratto autonomo - Accessorietà - Polizza.

La Suprema Corte di Cassazione, in tema di garanzia, afferma che ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni «a semplice richiesta» o «a prima richiesta del creditore», ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. La caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c. (1).

☆☆☆

(Omissis)

(42) Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, nella motivazione, *Foro it.* 2003, I, 2273, con nota di NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

(43) «Non è l'inadempimento da mancato consenso informato che è di per sé oggetto di risarcimento, ma il danno consequenziale, secondo i principi di cui all'art. 1223 c.c.»: così Cass. 30 luglio 2004 n. 14638, cit. Ma già Corte Cost. 27 ottobre 1994 n. 372, pubblicata, tra le altre riviste, in *Foro it.* 1994, I, 3297, con nota di PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, imponeva al Giudice di ricercare la prova, oltre che della lesione *in re ipsa*, della «diminuzione o privazione di un valore personale»; «è sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale), alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato». La Cassazione, pronunciandosi a Sezioni Unite, è tornata sul punto, con la più volte citata pronuncia 11 novembre 2008 n. 26973.