

Archivio selezionato: Dottrina

(1-3) IL DOVERE DI INFORMAZIONE DEL MEDICO TRA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E PRECONTRATTUALE.

Giur. merito, fasc.5, 2005, pag. 1038

Flavio Rocchio -

Classificazioni: DANNI - Patrimoniali e non patrimoniali - - non patrimoniali (moralì)

1. Una breve premessa . - L'apprezzabile sentenza oggetto della presente nota si segnala per una motivazione che sconta due (apparentemente assai distanti) orientamenti della nostra giurisprudenza: quello che tende a contrattualizzare sotto ogni aspetto, con ogni mezzo e ad ogni fine la responsabilità medica, sul noto presupposto della maggiore agevolezza che le regole che sovrintendono alla responsabilità contrattuale presentano, rispetto alle regole proprie dell'ambito aquiliano, per il danneggiato che intenda agire in giudizio per chiedere il risarcimento del danno (1); e l'orientamento che costantemente qualifica come extracontrattuale la violazione delle regole poste dal legislatore a presidio della corretta formazione della volontà delle parti nella fase precontrattuale (2). L'obbligazione del cui inadempimento si è occupata la sentenza del tribunale di Venezia è quella che ha ad oggetto il dovere di informazione che grava sulla classe medica ai fini del conseguimento del consenso informato da parte del paziente sottoposto alle loro cure: la decisione del caso di specie è stata adottata avendo come - apparentemente - invincibile referente un orientamento in base al quale un obbligo (quale quello di informazione) elettivamente candidato ad assolvere un ruolo tipicamente precontrattuale, nell'ambito dello sfaccettato rapporto medico-paziente ha finito per essere inquadrato quale obbligazione integrativa del regolamento contrattuale ex art. 1374 c.c. (salvo poi compiere il passo successivo e verificare se si tratti di una obbligazione di protezione o non piuttosto semplicemente di una prestazione accessoria alla principale) (3).

Le ragioni di tale contrattualizzazione del dovere di informazione sono quelle sopra ricordate: poiché la giurisprudenza sottopone al regime della responsabilità aquiliana la violazione della buona fede in ambito precontrattuale, e poiché al contempo la stessa giurisprudenza preferisce sottrarre quanto più possibile la responsabilità medica al disposto degli art. 2043 ss. c.c., la soluzione che è apparsa preferibile ai nostri giudici è stata quella di ritenere che il dovere di informazione del medico attenga non già ad un momento anteriore alla stipulazione del contratto (il che - come detto - per la giurisprudenza assolutamente dominante avrebbe destinato la violazione di questo dovere al regime della responsabilità extracontrattuale), ma presupponga un contratto preesistente allo stesso sorgere dell'obbligazione informativa, di talché l'inadempimento al dovere di informazione, collocandosi tale dovere in un contesto già contrattuale, non possa che essere disciplinato dagli art. 1218 ss. c.c. soprattutto sotto il profilo dell'onere della prova.

Ma, se questo orientamento giurisprudenziale è perfettamente comprensibile alla luce delle esigenze di tutela del contraente debole cui la legislazione dell'ultimo decennio ci ha abituato, è però altrettanto evidente che, se solo la giurisprudenza raccogliesse gli autorevoli stimoli dottrinari (4) che suggeriscono di disciplinare uniformemente (e quindi ex art. 1218 ss. c.c.) le violazioni del dovere di buona fede, tanto che avvengano a contratto concluso quanto realizzate in vista del contratto stesso, il discorso sulla natura contrattuale o precontrattuale dell'obbligo di informazione sarebbe certamente più sereno, nel senso di scevro da preoccupazioni ultronee che non siano quelle di ricondurre ad unità il sistema; ciò dal momento che, se si qualificasse come contrattuale la responsabilità nascente dalla violazione dell'art. 1337 c.c., non vi sarebbero più ragioni per temere che, riconducendo alla fase precontrattuale l'obbligo di informazione del medico, il paziente resti sottoposto al più gravoso onere probatorio proprio della responsabilità aquiliana.

2. La vicenda . - Fatta questa necessaria premessa, le cui implicazioni saranno più avanti sviluppate, merita a questo punto di essere verificato come la fattispecie sottoposta all'attenzione del Tribunale di Venezia si iscriva nel generale capitolo dell'(in)adempimento degli obblighi di informazione da parte della classe medica.

Il caso è quello di una persona che, trascorso un anno dal ricovero per un doppio vizio valvolare con embolia cerebrale, si era sottoposta ad un intervento chirurgico di sostituzione valvolare micro-aortica, all'esito del quale erano insorte gravi complicazioni che nella sostanza avevano ridotto la paziente

all'incapacità di provvedere a se stessa. La paziente, nel convenire la Ulss, assumeva di non essere stata informata in ordine ai rischi e alle eventuali complicazioni correlabili all'intervento, anche alla luce dell'episodio di ischemia cerebrale dell'anno precedente, nonostante le fosse stato fatto comunque sottoscrivere prima dell'intervento il modulo di consenso informato; in particolare, l'attrice lamentava di essere stata indotta all'intervento dalle assicurazioni dei sanitari circa il carattere routinario dell'intervento che si andava ad espletare. Di segno del tutto opposto le difese della convenuta, la quale affermava invece di aver edotto quanto più possibile la paziente, sulla quale l'intervento avrebbe dovuto comunque essere intrapreso dal momento che la patologia della paziente era soggetta ad inevitabile evoluzione sfavorevole a breve.

Proprio quest'ultima precisazione serve a mettere in luce la particolarità della fattispecie in analisi: come peraltro correttamente accertato dal giudice, non sono mai venuti in considerazione i profili classici della responsabilità medica, e cioè l'inadempimento che si concreta nell'espletare un'attività illecita (in quanto non scriminata), o nell'espletarne una lecita ma senza la necessaria diligenza richiesta dalla particolare prestazione professionale. Infatti, e a prescindere da ulteriori considerazioni pure pregevolmente svolte dalla sentenza in commento circa il fatto che l'attività medico chirurgica si autogiustifica in funzione della sua utilità sociale, e non necessita pertanto di essere scriminata dal consenso dell'avente diritto, lo stato di salute della paziente e la particolare patologia da cui era affetta sembrerebbe abbiano determinato uno stato di necessità (art. 2045 c.c. e 54 c.p.) che in ogni caso avrebbe giustificato l'intervento terapeutico effettuato. Il medico, peraltro, non solo aveva effettuato una attività lecita, ma l'aveva svolta senza che gli si potesse muovere alcun rimprovero sotto il profilo della diligenza, essendosi trattato di una operazione eseguita perfettamente, tanto che nemmeno l'attrice aveva lamentato l'inesatto adempimento della prestazione che il medico era stato chiamato ad adempiere.

L'esito negativo dell'intervento non era pertanto in alcun modo imputabile alla imperizia del medico, ma unicamente ad uno stato avanzato della grave malattia che aveva colpito la paziente. Si trattava quindi di chiedersi se, visto l'adempimento del medico sotto ogni profilo alla prestazione terapeutica propriamente detta, a quegli fosse comunque possibile muovere un rimprovero unicamente sotto il profilo della violazione del dovere di informazione.

La sentenza in commento conclude per la sanzionabilità della condotta del sanitario che non abbia informato il paziente, chiarendo che a questa conclusione si è potuti pervenire solo dopo aver individuato come oggetto della tutela non già il diritto alla salute del paziente, ma il diritto del medesimo all'autodeterminazione e alla libertà ad essere sottoposto a trattamenti sanitari, diritti questi che trovano immediata protezione negli art. 13 e 32 Cost. (5).

Nello stesso tempo, il tribunale di Venezia precisa che il dovere di informazione gravante sul medico costituisce parte integrante del contratto di assistenza sanitaria, ricavandone la (inevitabile, stante le premesse) qualificazione negativa di un dovere che non può «più essere chiuso in un obbligo di natura precontrattuale attinente al piano dell'art. 1337 c.c.» (6).

Il punto di partenza della presente nota sarà dunque costituito dall'affermazione contenuta nella sentenza in esame in base alla quale il dovere di informazione, candidato elettivamente a svolgere un ruolo determinante nella fase delle trattative, e posto a tutela di un bene - quello alla libera formazione della volontà contrattuale (nella specie, della volontà a sottoporsi a trattamento sanitario) - tipicamente presidiato dal dovere di buona fede in contrahendo, possa essere sottoposto alla disciplina contrattuale solo per permettere al paziente danneggiato dall'intervento medico di lucrare più favorevoli onere probatorio e termine di prescrizione.

3. L'orientamento «dominante»: la natura contrattuale del dovere di informazione. - Viene dunque a proporsi l'interrogativo prospettato dal titolo di questo breve contributo: il dovere di informazione gravante sul medico attiene alla fase delle trattative o costituisce una delle prestazioni di un contratto (quello di assistenza sanitaria) già concluso?

Al fine di provare ad affrontare un'indagine che porti alla soluzione del quesito formulato, bisogna anzitutto dare atto di un orientamento giurisprudenziale al quale appartengono pronunce che, in maniera più o meno implicita, hanno sostenuto la natura contrattuale dell'obbligazione informativa del sanitario (7). La collocazione in ambito contrattuale del dovere di informazione viene in queste pronunce sostenuta sulla base di due ordini di argomentazioni, entrambe le quali partono da una constatazione comune: quella per cui l'obbligo di informazione attiene elettivamente alla fase precontrattuale; senonché:

i) quando però viene stipulato il contratto, allora la responsabilità da mancata informazione viene attratta nella disciplina contrattuale (8);

ii) nell'ambito della relazione medico-paziente, il dovere di informazione si inserisce all'interno di una relazione contrattuale già instauratasi con la prestazione dell'attività di diagnosi, e che successivamente si evolve nella prestazione terapeutica (9).

In realtà, le pronunce cui ordinariamente la giurisprudenza si riferisce per fondare, in forza delle su riportate argomentazioni, la natura contrattuale della responsabilità da mancata informazione, a ben vedere da un lato non presentano i caratteri di veri e propri precedenti; e, dall'altro, ad onta delle declamazioni di principio non pongono il dovere di informazione a tutela del diritto di autodeterminazione del paziente, ma strumentalizzano tale dovere al fine di superare le difficoltà insite nella tradizionale qualificazione di obbligazione di mezzi della prestazione cui è tenuta la classe medica. Quanto al primo profilo, relativo al valore di precedente delle sentenze usualmente richiamate a suffragio dell'affermazione della natura contrattuale della violazione del dovere di informazione, si tratta o di sentenze che si sono limitate ad enunciare i principi guida cui il giudice di rinvio doveva attenersi nel giudicare (10), oppure di sentenze che hanno affrontato il problema del fondamento (contrattuale o meno) del dovere di informazione solo a livello di obiter dictum (11): in entrambi i casi non è comunque legittima la sicurezza con cui alcune sentenze di merito (12) e una relativamente recente sentenza di legittimità (13) hanno fondato la responsabilità contrattuale del medico che aveva omesso le dovute informazioni, dando atto di un - supposto - costante orientamento in grado di suffragare le proprie decisioni.

Nella prima - in ordine di importanza e cronologico - delle sentenze che hanno ritenuto la natura contrattuale del dovere di informazione (14), ad esempio, l'accertamento della responsabilità del medico fu basato sulla imperizia del sanitario che, in un intervento di alcoolizzazione del ganglio di Gasser, «con ineluttabili e prevedibili conseguenze sul piano neurologico», non aveva effettuato un intervento di prova al fine di verificare la reattività psichica della paziente. La responsabilità del medico fu dunque fondata sulla circostanza del mancato esperimento dell'intervento di prova: omissione sanzionabile certamente a titolo di responsabilità contrattuale; tuttavia la mancata osservanza da parte del medico del «dovere professionale di rendere edotto il paziente sulle conseguenze ineluttabili e probabili dell'intervento», pur non rilevando in sé, ha concorso a «meglio lumeggiare e ribadire la gravità della colpa del chirurgo» (15). Ci si muove dunque in contesto ancora immaturo circa il ruolo del dovere di informazione del medico, in cui la relativa violazione stenta ad ottenere una collocazione autonoma, per venire in rilievo al più quale «circostanza aggravante» di una responsabilità contrattuale da imperizia già aliunde accertata e fondata sulla violazione di un dovere pacificamente contrattuale (16).

Quando invece la responsabilità del medico, piuttosto che sulla corretta esecuzione delle prestazioni terapeutiche, è stata fondata esclusivamente sul mancato adempimento dell'obbligo informativo, essendo detto obbligo tipicamente finalizzato alla tutela della corretta formazione della volontà delle parti a contrarre, il bene giuridico oggetto di tutela avrebbe dovuto essere individuato unicamente nel diritto del paziente ad autodeterminarsi alla prestazione terapeutica, piuttosto che nel diritto alla salute tout court (17), a presidio del quale è posta invece un'altra obbligazione: quella avente ad oggetto l'esatto adempimento da parte del medico alla prestazione terapeutica.

La sensazione che si ricava però dalla lettura delle sentenze espressione dell'orientamento in esame, è che ad onta di alcuni declamatori riconoscimenti dell'importanza dell'autodeterminazione del paziente, non sia tanto la libertà di scelta di questi che si è inteso tutelare; si percepisce insomma un atteggiamento dei giudici finalizzato all'erezione di un ipertrofico sistema di tutela del paziente, finalizzato quindi a riconoscere ad ogni costo la responsabilità del sanitario, anche nei casi in cui a questi non sia rimproverabile alcunché sotto il profilo della perizia impiegata nell'intervento. Sembra cioè che all'inadempimento del dovere di informazione non venga dato autonomo rilievo, se non quando consenta di pervenire ad una pronuncia di condanna nei confronti del medico anche nei casi in cui questi (essendo quella a cui è tenuto una obbligazione di mezzi) non possa altrimenti essere ritenuto inadempiente avendo impiegato nell'esecuzione della prestazione la massima perizia che era lecito attendersi (18).

Detto altrimenti, attraverso la riscontrata violazione del dovere informativo la giurisprudenza tende ad apprestare tutela anche a quelle lesioni al diritto alla salute che la natura di mezzi della obbligazione gravante sul medico non consentirebbe di risarcire nei casi in cui egli sia stato perito ex art. 1176

comma 2 c.c. (19). Il sostrato di tale orientamento è di tipo prettamente economico, avendo come obiettivo quello di rinvenire un criterio di bilanciamento del rischio delle conseguenze lesive dell'intervento; come a dire: a prescindere dalla perizia impiegata nell'intervento, è solo con il trasferimento dell'informazione che il rischio dell'esito infausto dell'intervento viene traslato sul paziente; se, al contrario, l'informazione non viene trasferita, quel rischio resta a carico del medico per quanto diligente egli sia stato.

Si badi: con questa riflessione non si vuole denunciare un eccesso di zelo, perché la maggiore tutela possibile dei pazienti danneggiati in occasione di interventi medici è solo auspicabile; si vuole però mettere in luce che, anche quelle sentenze che fondano la responsabilità del medico sulla omessa comunicazione delle informazioni, non fanno altro che (maggiormente) tutelare la salute del paziente e, cioè, l'interesse principale dedotto nella prestazione contrattuale: cosicché la violazione del dovere informativo, anziché incidere sul bene precontrattuale per eccellenza, ovvero la volontà delle parti, viene interpretata come se incidesse comunque su un interesse contrattuale (la salute), con l'inevitabile sottoposizione delle conseguenze di tale violazione al relativo regime (contrattuale).

4. Critiche. L'autonomia del diritto alla autodeterminazione . - Che la giurisprudenza persegua comunque - nei casi di condanna per violazione del dovere di informazione - la tutela del bene della salute anziché del bene costituito dalla autodeterminazione in campo medico, trova conferma in almeno un paio di rilievi.

E così, se fosse veramente in discussione la libertà di scelta del paziente, è indubbio che questi, qualora intenda agire lamentando di essere stato inconsapevolmente sottoposto ad intervento, debba essere tenuto a fornire la prova di quella che sarebbe stata la sua scelta in caso di esaustiva informazione (20).

Al contrario, la giurisprudenza in esame - se non altro, possiamo dirlo, coerentemente col fatto che l'oggetto di tutela non viene realmente identificato nella libertà contrattuale - svaluta completamente il dato della prova della volontà ipotetica del paziente; piuttosto che indagare sulla volontà del danneggiato, la giurisprudenza finisce poco condivisibilmente per forzare il nesso di causalità fino a ritenere che la mancata informazione abbia causato un danno (come detto non al diritto di autodeterminarsi, bensì) alla salute: applicando il giudizio controfattuale, si rileva una responsabilità da inadempimento della prestazione terapeutica sul pre-giudizio che, se l'informazione non fosse mancata, il paziente non si sarebbe sottoposto all'intervento e solo per questo il diritto alla salute del paziente non sarebbe stato compromesso (21).

Ma questa è una evidente forzatura delle regole che presidono il nesso di causalità.

L'altro rilievo che rivela quale sia il vero oggetto di tutela perseguito dalla giurisprudenza è il seguente: se effettivamente il bene giuridico tutelato dal dovere di informazione fosse il diritto ad autodeterminarsi al trattamento medico, una lesione di questo bene sarebbe ipotizzabile anche nel caso in cui mancasse una contestuale lesione della salute, per il solo fatto della mancata trasmissione delle informazioni dovute (22).

Eppure non si rinvengono nel nostro paese sentenze di condanna per violazione del dovere di informazione cui non sia seguita una contestuale lesione della salute (23).

La spiegazione dovrebbe risultare a questo punto agevole: a) la giurisprudenza prevalente ritiene che il dovere di informazione sia una obbligazione di un generico contratto che comprende tanto l'attività diagnostica quanto quella terapeutica (24); b) l'interesse dedotto in questo contratto è quello della salute del paziente; c) se la salute del paziente non subisce lesioni, il contratto è adempiuto; d) se il contratto è adempiuto, il fatto che il paziente sia stato sottoposto ad intervento senza il suo consenso diventa circostanza del tutto irrilevante.

Paradossalmente, portando alle estreme conseguenze l'orientamento giurisprudenziale dominante, si riscontra anziché una maggiore protezione degli interessi del paziente, una lacuna nell'ambito della tutela di tali interessi: se il dovere di informazione ha natura contrattuale perché rientra nel più generale contratto di «assistenza medica» (che, ricordiamolo, è posto a tutela solo della salute del paziente) nel caso in cui l'esito dell'intervento sia fausto, al paziente sarà preclusa ogni azione - appunto, contrattuale - per far valere l'inadempimento del medico ai doveri informativi, perché l'interesse dedotto in contratto - la salute, evidentemente - ha trovato pieno soddisfacimento. Solo collocando in ambito precontrattuale il dovere di informazione si attribuisce ad esso rilievo autonomo, e si riconosce così al creditore della prestazione medica un bene ulteriore (l'autodeterminazione al trattamento sanitario costituzionalmente prevista dall'art. 32 Cost.) a tutela del

quale agire per il solo fatto di non essere stato informato, a prescindere dalla ricorrenza di una lesione alla salute.

È peraltro a questo punto chiaro che una volta inquadrato tra i doveri precontrattuali l'obbligo di informazione, e riconosciuta come effettivo oggetto di tutela la libertà di scelta del paziente, alla luce di quanto sopra detto ci sarà un «prezzo» da pagare sotto il profilo dell'onere della prova. Al paziente che agisca in via risarcitoria spetterà infatti provare che egli non si sarebbe sottoposto all'intervento (o avrebbe prescelto un'altra cura) se adeguatamente informato: prova evidentemente non agevole, ma allo stesso tempo non dissimile da quella che il codice civile richiede ai fini dell'azionamento dei rimedi invalidanti del contratto basati sui vizi della volontà - pure fondati sulla violazione del dovere di buona fede in sede precontrattuale (basti pensare al requisito della essenzialità dell'errore ex art. 1429 c.c. o alla natura dei raggiri rilevanti ai fini del dolo ex art. 1439 e 1440 c.c.).

5. Le successive occasioni di danno cui i diritti del paziente sono sottoposti nel «contatto» con il medico. - Si è visto che le argomentazioni sulle quali l'orientamento maggioritario poggia la ritenuta natura contrattuale del dovere di informazione sono due.

La prima è quella per cui, pur attinendo tale dovere elettivamente alla fase precontrattuale, nondimeno, se nonostante l'omessa informazione il contratto viene comunque concluso, la responsabilità da mancata informazione viene attratta nella disciplina contrattuale.

senonché, a questa ricostruzione (25) si è già altrove da tempo ed autorevolmente replicato, nel senso che essa si risolve in un *υστερον προτερον*: infatti, l'avvenuta conclusione del contratto non risolve il superiore problema della natura di un obbligo che trova comunque fonte in un momento antecedente la conclusione del contratto stesso.

L'altra argomentazione cui la giurisprudenza ricorre per legittimare la ricostruzione in chiave contrattuale della violazione del dovere di informazione, è invece quella per cui tale dovere si inserirebbe nell'ambito di una relazione contrattuale il cui esito è l'intervento terapeutico, ma che già si è instaurata con la prestazione dell'attività diagnostica. La giurisprudenza fotografa cioè il normale evolversi della maggioranza dei rapporti medico-paziente, in cui l'attività terapeutica è normalmente preceduta da quella diagnostica (e prognostica): costruisce così un dubbio contratto atipico - potenzialmente onnicomprensivo di ogni prestazione medica - che potremmo chiamare di «assistenza sanitaria», che si articola nelle due fasi ormai a noi familiari: quella preliminare diagnostica e quella successiva terapeutica, entrambe volte comunque a tutelare il medesimo interesse contrattuale che non può che essere quello alla salute.

Ma la configurazione di questo contratto ha un valore meramente descrittivo, che non rende giustizia dei diversi diritti del paziente che vengono in rilievo non nelle diverse prestazioni che il medico è chiamato ad adempiere nel generico contratto di assistenza sanitaria, ma nei diversi contratti che possono astrattamente succedersi nell'ambito di un normale rapporto medico-paziente. E i diritti del paziente che possono venire in rilievo, in successione logica prima che cronologica, sono: i) il diritto a maturare delle possibilità di guarigione - ciò che sarà possibile solo in forza di un esatto adempimento dell'attività diagnostica - ii) il diritto ad autodeterminarsi alla sottoposizione all'intervento - ciò che sarà invece possibile solo in caso di adempimento al dovere informativo - iii) e il diritto alla salute - che potrà essere salvaguardato solo in caso di diligente prestazione dell'attività terapeutica. Ciascuno di questi diritti merita autonoma rilevanza e gradi differenti di tutela, i quali rischiano invece di essere superficialmente omogeneizzati nel caso in cui la giurisprudenza dovesse continuare a configurare un unico contratto di assistenza sanitaria posto a tutela unicamente del diritto alla salute.

Il primo «contatto» tra il medico e il paziente avviene dunque al momento dell'espletamento dell'attività diagnostica (26): in questa sede si colloca la prima potenziale occasione di danno di un diritto del paziente; ma una scorretta attività diagnostica non è di per sé in grado di ledere immediatamente la salute del paziente, potendo semmai pregiudicarne solo le possibilità di guarigione; possibilità che invece avrebbero potuto essere sommarie e elevate in caso di diagnosi esatta. Ma se, dunque, l'esatto adempimento può solo incidere sulle percentuali di probabilità di guarigione, vuol dire che un inadempimento del sanitario in questa fase sarà al più configurabile come perdita delle chances di guarigione (27), con conseguenze tutt'altro che trascurabili sotto il profilo probatorio. Infatti, mentre nel caso in cui si chiede il risarcimento del danno da lesione della salute e, quindi, da mancato raggiungimento del risultato sperato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danno attiene alla individuazione dell'an del risarcimento (nel senso che la mancata prova sotto questo profilo preclude qualsiasi risarcimento); nel caso in cui si chieda invece il risarcimento del danno da perdita di chances

di guarigione, la prova del medesimo nesso causale rileva solo ai fini del quantum del risarcimento, nel senso che più alte sarebbero state le probabilità di guarigione in caso di diagnosi corretta, maggiore sarà il danno risarcibile; viceversa, in caso di scarse probabilità di guarigione pur a fronte di una diagnosi corretta, il danno risarcibile sarà certamente minore, ma sarà comunque dovuto per il semplice fatto che le probabilità di guarigione sono state compromesse (28).

La seconda occasione di danno è quella che si verifica dopo l'espletamento dell'attività diagnostica (è in questo senso che si può apprezzare l'attività «descrittiva» della giurisprudenza di legittimità sopra ricordata), quando il medico è tenuto ad informare il paziente «sulla natura dell'intervento, sull'esistenza di alternative praticabili, anche di tipo non cruento, sui rischi correlati e sulle possibili complicazioni delle diverse tipologie di cura tale da compromettere il quadro complessivo del paziente» (Trib. Venezia 4 ottobre 2004 in commento); in questa fase non importa quel che sarebbe stato della salute del paziente se adeguatamente informato, perché anche nel caso in cui la salute di questi sia stata pienamente salvaguardata - al punto che non si possa sensatamente parlare di inadempimento del sanitario alla prestazione terapeutica - nondimeno il creditore della prestazione medica avrà diritto di essere risarcito, a titolo precontrattuale, per il solo fatto che il difetto di informazione avrà leso il suo diritto ad autodeterminarsi al trattamento sanitario.

La terza e ultima occasione di danno è quella che si verifica al momento della prestazione dell'attività terapeutica: in questa, e solo in questa fase, verrà in rilievo il diritto alla salute del paziente. Solo in questa fase, pertanto, il paziente sarà gravato dall'onere di provare che senza l'inadempimento del medico gli non avrebbe riportato il danno alla salute (salvo poi vedere se il giudizio di derivazione causale tra i due eventi debba essere condotto con i criteri della certezza o della semplice probabilità, per quanto dotata di un alto grado di credibilità razionale o probabilità logica) (29).

6. La natura della prestazione informativa . - L'orientamento dominante dunque, pur di sottoporre a regime contrattuale la violazione del dovere di informazione, fa ricorso alla figura del (l'unico) rapporto contrattuale frazionato nelle due fasi successive della diagnosi e della terapia, all'interno delle quali troverebbe sistemazione cronologica la prestazione informativa. Nello stesso tempo, l'elaborazione più matura di questo orientamento - di cui la sentenza in commento è chiaro esempio - riconosce (quantomeno, o meglio, esclusivamente, a livello di principio) che, pur trattandosi di un unico contratto, gli interessi creditori che vengono in rilievo sono di diversa natura: da un lato, infatti, le prestazioni diagnostica e terapeutica avrebbero come oggetto di tutela il bene salute del creditore; dall'altro, la prestazione informativa sarebbe invece volta a tutelare il diritto all'autodeterminazione del creditore stesso.

Abbiamo però visto che gli interessi creditori identificabili nell'unico contratto (di assistenza medica) di cui parla la giurisprudenza non si esauriscono semplicemente nell'autodeterminazione e nella salute del creditore, perché quest'ultimo bene viene in rilievo in gradi di tutela differenti la cui rilevanza rischia di essere sottovalutata nella semplificante omogeneizzazione degli interessi dedotti in contratto compiuta dalla giurisprudenza: infatti, mentre la prestazione terapeutica ha ad oggetto la tutela della salute intesa come tutela dell'integrità fisica, la prestazione diagnostica ha ad oggetto la tutela della salute intesa stavolta come possibilità di guarigione. E abbiamo anche visto che si tratta di interessi solo apparentemente omologabili, ma che in realtà sono assai diversi (soprattutto in tema di oggetto della prova e di diverso peso di essa) e addirittura incompatibili, se si pensa al rapporto tra la possibilità di salute - risarcibile già solo per la perdita di chances di guarigione - e la salute tout court - risarcibile solo sul presupposto di un effettivo pregiudizio della salute stessa. Una differenza, questa, rispetto alla quale pensare ad un unico contratto avente ad oggetto prestazioni poste a tutela di interessi così diversi rappresenta una evidente forzatura (30).

Più ragionevole è invece pensare a due diversi contratti (quello avente ad oggetto la prestazione diagnostica e quello che si concreta nella prestazione terapeutica) che si succedono con soluzione di continuità, e quindi a un dovere di informazione che costituisce il necessario preludio della espletanda terapia, e la cui fonte è la diagnosi espletata: le informazioni acquisite in questa fase andranno infatti comunicate al creditore (in un momento logicamente ancor prima che cronologicamente anteriore al secondo contratto) perché questi possa consapevolmente sottoporsi alle cure mediche (31).

Non, dunque, un unico contratto con due momenti completamente differenti, nei quali il dovere di informazione si confonde senza trovare una precisa collocazione; ma due contratti rispetto ai quali il dovere di informazione rappresenta esito naturale (del primo) e dovere precontrattuale (rispetto al secondo): così una informazione - quale quella del medico tenuto per legge ad acquisire il consenso

informato del paziente - naturalmente finalizzata a garantire una consapevole stipulazione del contratto quale esso sia, torna così a occupare il ruolo suo proprio di dovere ex fide bona nella fase delle trattative.

Della natura precontrattuale del dovere di informazione si può del resto ricavare a livello positivo una conferma.

Infatti, se il dovere di informazione del medico fosse un dovere contrattuale, esso sarebbe candidato a rientrare nella categoria degli obblighi di protezione, perché chiaramente volto a tutelare interessi diversi rispetto a quello principale dedotto in prestazione, e relativi alla complessa sfera patrimoniale (ex art. 1174 c.c.) del creditore che il contatto con il debitore espone ad occasioni di danno (32); ma, se andiamo a verificare i casi in cui il legislatore ha tipizzato obbligazioni di protezione a contenuto informativo, riscontriamo solo ipotesi di obblighi di comunicazione di natura diversa rispetto a quello cui è tenuto il medico ai fini dell'acquisizione del consenso del paziente (33): si tratta infatti di informazioni che hanno l'obiettivo di garantire al creditore la (migliore) fruizione dei vantaggi derivanti dalla esecuzione della prestazione, e non già di tutelare la corretta formazione della volontà contrattuale (34).

Quando, invece, il legislatore ha tipizzato doveri informativi destinati a presidiare la corretta formazione della volontà delle parti in vista della stipulazione del futuro contratto, ha fatto invece ricorso a norme della cui configurabilità quali doveri in contrahendo nessuno ormai più dubita: si tratta, ad esempio, dell'obbligo di comunicazione delle cause di invalidità (art. 1338 c.c.), o dell'obbligo di comunicazione dei vizi della cosa venduta (art. 1494 comma 2 c.c.) (35).

È quindi l'affinità con alcune espresse scelte legislative che induce a sottoporre al medesimo regime precontrattuale anche la responsabilità del medico che abbia sottoposto ad intervento il paziente senza avergli prima fornito tutte quelle informazioni (ricavate dall'esatto adempimento al preventivo contratto avente ad oggetto la diagnosi) che lo ponessero in condizione di esprimere un valido consenso ai fini della esecuzione dell'intervento stesso.

7. Conclusioni . - Come preannunciato in premessa, l'aver cercato di dimostrare che il dovere di informazione anche in campo medico è destinato ad essere regolato dalle - invero poche - norme dettate in materia di responsabilità precontrattuale, non significa necessariamente che, per ciò solo, il dovere di informazione vada soggetto alla disciplina dell'illecito aquiliano, come la giurisprudenza praticamente unanime ritiene.

Quello della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità in contrahendo è un dibattito che esula dal presente contributo; nondimeno, è evidente che se la giurisprudenza arrivasse finalmente a qualificare come contrattuale la responsabilità nascente dalla violazione della buona fede nella fase delle trattative, al riconoscimento della natura di obbligazione precontrattuale del dovere di informazione del medico non vi osterebbero più quelle (legittime) preoccupazioni della giurisprudenza evidenziate in premessa circa il fatto che la collocazione in ambito precontrattuale del dovere di informazione «condannerebbe» il paziente al più gravoso onere della prova di cui agli art. 2043 ss. c.c. Inoltre, è altrettanto evidente che il riconoscimento della natura precontrattuale del dovere di informazione - posto a tutela esclusivamente ed effettivamente del diritto alla autodeterminazione ai trattamenti sanitari - non è privo di conseguenze la cui rilevanza prescinde da una scelta di campo tra le alternative (contrattuale o aquilana) sopra richiamate.

Queste conseguenze si apprezzano - come si spera di aver messo nel dovuto risalto - sotto il profilo dell'onere della prova, il cui peso e contenuto sarà diverso a seconda del bene che il paziente assumerà lesa.

Fermo infatti il caso in cui il paziente allega un inesatto adempimento dell'intervento terapeutico da parte del medico - ipotesi in cui il paziente dovrà provare l'intervenuta lesione del diritto alla salute - quando il paziente lamenta una mancata informazione, non è detto che il diritto lesa sia necessariamente quello alla autodeterminazione: può darsi infatti il caso in cui l'inadempimento del medico si ponga «a monte», nel non essere stato sufficientemente perito nel procurarsi l'informazione da comunicare al paziente - in tal caso vi sarà inadempimento ad una obbligazione di mezzi costituita dalla attività di diagnosi e il paziente dovrà fornire la prova delle possibilità frustrate di guarigione solo ai fini del quantum del risarcimento (fermo restando l'an) - oppure l'inadempimento può essere «a valle», nel non avere il medico comunicato l'informazione (36) di cui era venuto a conoscenza in seguito alla corretta esecuzione della diagnosi - in tal caso vi sarà inadempimento di una obbligazione di risultato con lesione del bene precontrattuale del diritto ad autodeterminarsi al trattamento sanitario,

con onere del paziente di provare quale sarebbe stata la sua decisione nel caso in cui fosse stato informato, indipendentemente dalla eventuale ricorrenza di una lesione della salute.

1. Una breve premessa . - L'apprezzabile sentenza oggetto della presente nota si segnala per una motivazione che sconta due (apparentemente assai distanti) orientamenti della nostra giurisprudenza: quello che tende a contrattualizzare sotto ogni aspetto, con ogni mezzo e ad ogni fine la responsabilità medica, sul noto presupposto della maggiore agevolezza che le regole che sovrintendono alla responsabilità contrattuale presentano, rispetto alle regole proprie dell'ambito aquiliano, per il danneggiato che intenda agire in giudizio per chiedere il risarcimento del danno (1); e l'orientamento che costantemente qualifica come extracontrattuale la violazione delle regole poste dal legislatore a presidio della corretta formazione della volontà delle parti nella fase precontrattuale (2).

L'obbligazione del cui inadempimento si è occupata la sentenza del tribunale di Venezia è quella che ha ad oggetto il dovere di informazione che grava sulla classe medica ai fini del conseguimento del consenso informato da parte del paziente sottoposto alle loro cure: la decisione del caso di specie è stata adottata avendo come - apparentemente - invincibile referente un orientamento in base al quale un obbligo (quale quello di informazione) elettivamente candidato ad assolvere un ruolo tipicamente precontrattuale, nell'ambito dello sfaccettato rapporto medico-paziente ha finito per essere inquadrato quale obbligazione integrativa del regolamento contrattuale ex art. 1374 c.c. (salvo poi compiere il passo successivo e verificare se si tratti di una obbligazione di protezione o non piuttosto semplicemente di una prestazione accessoria alla principale) (3).

Le ragioni di tale contrattualizzazione del dovere di informazione sono quelle sopra ricordate: poiché la giurisprudenza sottopone al regime della responsabilità aquiliana la violazione della buona fede in ambito precontrattuale, e poiché al contempo la stessa giurisprudenza preferisce sottrarre quanto più possibile la responsabilità medica al disposto degli art. 2043 ss. c.c., la soluzione che è apparsa preferibile ai nostri giudici è stata quella di ritenere che il dovere di informazione del medico attenga non già ad un momento anteriore alla stipulazione del contratto (il che - come detto - per la giurisprudenza assolutamente dominante avrebbe destinato la violazione di questo dovere al regime della responsabilità extracontrattuale), ma presupponga un contratto preesistente allo stesso sorgere dell'obbligazione informativa, di talché l'inadempimento al dovere di informazione, collocandosi tale dovere in un contesto già contrattuale, non possa che essere disciplinato dagli art. 1218 ss. c.c. soprattutto sotto il profilo dell'onere della prova.

Ma, se questo orientamento giurisprudenziale è perfettamente comprensibile alla luce delle esigenze di tutela del contraente debole cui la legislazione dell'ultimo decennio ci ha abituato, è però altrettanto evidente che, se solo la giurisprudenza raccogliesse gli autorevoli stimoli dottrinari (4) che suggeriscono di disciplinare uniformemente (e quindi ex art. 1218 ss. c.c.) le violazioni del dovere di buona fede, tanto che avvengano a contratto concluso quanto realizzate in vista del contratto stesso, il discorso sulla natura contrattuale o precontrattuale dell'obbligo di informazione sarebbe certamente più sereno, nel senso di scevro da preoccupazioni ultronee che non siano quelle di ricondurre ad unità il sistema; ciò dal momento che, se si qualificasse come contrattuale la responsabilità nascente dalla violazione dell'art. 1337 c.c., non vi sarebbero più ragioni per temere che, riconducendo alla fase precontrattuale l'obbligo di informazione del medico, il paziente resti sottoposto al più gravoso onere probatorio proprio della responsabilità aquiliana.

2. La vicenda . - Fatta questa necessaria premessa, le cui implicazioni saranno più avanti sviluppate, merita a questo punto di essere verificato come la fattispecie sottoposta all'attenzione del Tribunale di Venezia si iscriva nel generale capitolo dell'(in)adempimento degli obblighi di informazione da parte della classe medica.

Il caso è quello di una persona che, trascorso un anno dal ricovero per un doppio vizio valvolare con embolia cerebrale, si era sottoposta ad un intervento chirurgico di sostituzione valvolare micro-aortica, all'esito del quale erano insorte gravi complicazioni che nella sostanza avevano ridotto la paziente all'incapacità di provvedere a se stessa. La paziente, nel convenire la Ulss, assumeva di non essere stata informata in ordine ai rischi e alle eventuali complicazioni correlabili all'intervento, anche alla luce dell'episodio di ischemia cerebrale dell'anno precedente, nonostante le fosse stato fatto comunque sottoscrivere prima dell'intervento il modulo di consenso informato; in particolare, l'attrice lamentava di essere stata indotta all'intervento dalle assicurazioni dei sanitari circa il carattere routinario dell'intervento che si andava ad espletare. Di segno del tutto opposto le difese della convenuta, la quale

afferitava invece di aver edotto quanto più possibile la paziente, sulla quale l'intervento avrebbe dovuto comunque essere intrapreso dal momento che la patologia della paziente era soggetta ad inevitabile evoluzione sfavorevole a breve.

Proprio quest'ultima precisazione serve a mettere in luce la particolarità della fattispecie in analisi: come peraltro correttamente accertato dal giudice, non sono mai venuti in considerazione i profili classici della responsabilità medica, e cioè l'inadempimento che si concreta nell'espletare un'attività illecita (in quanto non scriminata), o nell'espletarne una lecita ma senza la necessaria diligenza richiesta dalla particolare prestazione professionale. Infatti, e a prescindere da ulteriori considerazioni pure pregevolmente svolte dalla sentenza in commento circa il fatto che l'attività medico chirurgica si autogiustifica in funzione della sua utilità sociale, e non necessita pertanto di essere scriminata dal consenso dell'avente diritto, lo stato di salute della paziente e la particolare patologia da cui era affetta sembrerebbe abbiano determinato uno stato di necessità (art. 2045 c.c. e 54 c.p.) che in ogni caso avrebbe giustificato l'intervento terapeutico effettuato. Il medico, peraltro, non solo aveva effettuato una attività lecita, ma l'aveva svolta senza che gli si potesse muovere alcun rimprovero sotto il profilo della diligenza, essendosi trattato di una operazione eseguita perfettamente, tanto che nemmeno l'attrice aveva lamentato l'inesatto adempimento della prestazione che il medico era stato chiamato ad adempiere.

L'esito negativo dell'intervento non era pertanto in alcun modo imputabile alla imperizia del medico, ma unicamente ad uno stato avanzato della grave malattia che aveva colpito la paziente. Si trattava quindi di chiedersi se, visto l'adempimento del medico sotto ogni profilo alla prestazione terapeutica propriamente detta, a quegli fosse comunque possibile muovere un rimprovero unicamente sotto il profilo della violazione del dovere di informazione.

La sentenza in commento conclude per la sanzionabilità della condotta del sanitario che non abbia informato il paziente, chiarendo che a questa conclusione si è potuti pervenire solo dopo aver individuato come oggetto della tutela non già il diritto alla salute del paziente, ma il diritto del medesimo all'autodeterminazione e alla libertà ad essere sottoposto a trattamenti sanitari, diritti questi che trovano immediata protezione negli art. 13 e 32 Cost. (5).

Nello stesso tempo, il tribunale di Venezia precisa che il dovere di informazione gravante sul medico costituisce parte integrante del contratto di assistenza sanitaria, ricavandone la (inevitabile, stante le premesse) qualificazione negativa di un dovere che non può «più essere chiuso in un obbligo di natura precontrattuale attinente al piano dell'art. 1337 c.c.» (6).

Il punto di partenza della presente nota sarà dunque costituito dall'affermazione contenuta nella sentenza in esame in base alla quale il dovere di informazione, candidato elettivamente a svolgere un ruolo determinante nella fase delle trattative, e posto a tutela di un bene - quello alla libera formazione della volontà contrattuale (nella specie, della volontà a sottoporsi a trattamento sanitario) - tipicamente presidiato dal dovere di buona fede in contrahendo, possa essere sottoposto alla disciplina contrattuale solo per permettere al paziente danneggiato dall'intervento medico di lucrare più favorevoli onere probatorio e termine di prescrizione.

3. L'orientamento «dominante»: la natura contrattuale del dovere di informazione . - Viene dunque a proporsi l'interrogativo prospettato dal titolo di questo breve contributo: il dovere di informazione gravante sul medico attiene alla fase delle trattative o costituisce una delle prestazioni di un contratto (quello di assistenza sanitaria) già concluso?

Al fine di provare ad affrontare un'indagine che porti alla soluzione del quesito formulato, bisogna anzitutto dare atto di un orientamento giurisprudenziale al quale appartengono pronunce che, in maniera più o meno implicita, hanno sostenuto la natura contrattuale dell'obbligazione informativa del sanitario (7). La collocazione in ambito contrattuale del dovere di informazione viene in queste pronunce sostenuta sulla base di due ordini di argomentazioni, entrambe le quali partono da una constatazione comune: quella per cui l'obbligo di informazione attiene elettivamente alla fase precontrattuale; senonché:

- i) quando però viene stipulato il contratto, allora la responsabilità da mancata informazione viene attratta nella disciplina contrattuale (8);
- ii) nell'ambito della relazione medico-paziente, il dovere di informazione si inserisce all'interno di una relazione contrattuale già instauratasi con la prestazione dell'attività di diagnosi, e che successivamente si evolve nella prestazione terapeutica (9).

In realtà, le pronunce cui ordinariamente la giurisprudenza si riferisce per fondare, in forza delle su riportate argomentazioni, la natura contrattuale della responsabilità da mancata informazione, a ben vedere da un lato non presentano i caratteri di veri e propri precedenti; e, dall'altro, ad onta delle declamazioni di principio non pongono il dovere di informazione a tutela del diritto di autodeterminazione del paziente, ma strumentalizzano tale dovere al fine di superare le difficoltà insite nella tradizionale qualificazione di obbligazione di mezzi della prestazione cui è tenuta la classe medica. Quanto al primo profilo, relativo al valore di precedente delle sentenze usualmente richiamate a suffragio dell'affermazione della natura contrattuale della violazione del dovere di informazione, si tratta o di sentenze che si sono limitate ad enunciare i principi guida cui il giudice di rinvio doveva attenersi nel giudicare (10), oppure di sentenze che hanno affrontato il problema del fondamento (contrattuale o meno) del dovere di informazione solo a livello di obiter dictum (11): in entrambi i casi non è comunque legittima la sicurezza con cui alcune sentenze di merito (12) e una relativamente recente sentenza di legittimità (13) hanno fondato la responsabilità contrattuale del medico che aveva omesso le dovute informazioni, dando atto di un - supposto - costante orientamento in grado di suffragare le proprie decisioni.

Nella prima - in ordine di importanza e cronologico - delle sentenze che hanno ritenuto la natura contrattuale del dovere di informazione (14), ad esempio, l'accertamento della responsabilità del medico fu basato sulla imperizia del sanitario che, in un intervento di alcoolizzazione del ganglio di Gasser, «con ineluttabili e prevedibili conseguenze sul piano neurologico», non aveva effettuato un intervento di prova al fine di verificare la reattività psichica della paziente. La responsabilità del medico fu dunque fondata sulla circostanza del mancato esperimento dell'intervento di prova: omissione sanzionabile certamente a titolo di responsabilità contrattuale; tuttavia la mancata osservanza da parte del medico del «dovere professionale di rendere edotto il paziente sulle conseguenze ineluttabili e probabili dell'intervento», pur non rilevando in sé, ha concorso a «meglio lumeggiare e ribadire la gravità della colpa del chirurgo» (15). Ci si muove dunque in contesto ancora immaturo circa il ruolo del dovere di informazione del medico, in cui la relativa violazione stenta ad ottenere una collocazione autonoma, per venire in rilievo al più quale «circostanza aggravante» di una responsabilità contrattuale da imperizia già aliunde accertata e fondata sulla violazione di un dovere pacificamente contrattuale (16).

Quando invece la responsabilità del medico, piuttosto che sulla corretta esecuzione delle prestazione terapeutica, è stata fondata esclusivamente sul mancato adempimento dell'obbligo informativo, essendo detto obbligo tipicamente finalizzato alla tutela della corretta formazione della volontà delle parti a contrarre, il bene giuridico oggetto di tutela avrebbe dovuto essere individuato unicamente nel diritto del paziente ad autodeterminarsi alla prestazione terapeutica, piuttosto che nel diritto alla salute tout court (17), a presidio del quale è posta invece un'altra obbligazione: quella avente ad oggetto l'esatto adempimento da parte del medico alla prestazione terapeutica.

La sensazione che si ricava però dalla lettura delle sentenze espressione dell'orientamento in esame, è che ad onta di alcuni declamatori riconoscimenti dell'importanza dell'autodeterminazione del paziente, non sia tanto la libertà di scelta di questi che si è inteso tutelare; si percepisce insomma un atteggiamento dei giudici finalizzato all'erezione di un ipertrofico sistema di tutela del paziente, finalizzato quindi a riconoscere ad ogni costo la responsabilità del sanitario, anche nei casi in cui a questi non sia rimproverabile alcunché sotto il profilo della perizia impiegata nell'intervento. Sembra cioè che all'inadempimento del dovere di informazione non venga dato autonomo rilievo, se non quando consenta di pervenire ad una pronuncia di condanna nei confronti del medico anche nei casi in cui questi (essendo quella a cui è tenuto una obbligazione di mezzi) non possa altrimenti essere ritenuto inadempiente avendo impiegato nell'esecuzione della prestazione la massima perizia che era lecito attendersi (18).

Detto altrimenti, attraverso la riscontrata violazione del dovere informativo la giurisprudenza tende ad apprestare tutela anche a quelle lesioni al diritto alla salute che la natura di mezzi della obbligazione gravante sul medico non consentirebbe di risarcire nei casi in cui egli sia stato perito ex art. 1176 comma 2 c.c. (19). Il sostrato di tale orientamento è di tipo prettamente economico, avendo come obiettivo quello di rinvenire un criterio di bilanciamento del rischio delle conseguenze lesive dell'intervento; come a dire: a prescindere dalla perizia impiegata nell'intervento, è solo con il trasferimento dell'informazione che il rischio dell'esito infausto dell'intervento viene traslato sul

paziente; se, al contrario, l'informazione non viene trasferita, quel rischio resta a carico del medico per quanto diligente egli sia stato.

Si badi: con questa riflessione non si vuole denunciare un eccesso di zelo, perché la maggiore tutela possibile dei pazienti danneggiati in occasione di interventi medici è solo auspicabile; si vuole però mettere in luce che, anche quelle sentenze che fondano la responsabilità del medico sulla omessa comunicazione delle informazioni, non fanno altro che (maggiormente) tutelare la salute del paziente e, cioè, l'interesse principale dedotto nella prestazione contrattuale: cosicché la violazione del dovere informativo, anziché incidere sul bene precontrattuale per eccellenza, ovvero la volontà delle parti, viene interpretata come se incidesse comunque su un interesse contrattuale (la salute), con l'inevitabile sottoposizione delle conseguenze di tale violazione al relativo regime (contrattuale).

4. Critiche. L'autonomia del diritto alla autodeterminazione. - Che la giurisprudenza persegua comunque - nei casi di condanna per violazione del dovere di informazione - la tutela del bene della salute anziché del bene costituito dalla autodeterminazione in campo medico, trova conferma in almeno un paio di rilievi.

E così, se fosse veramente in discussione la libertà di scelta del paziente, è indubbio che questi, qualora intenda agire lamentando di essere stato inconsapevolmente sottoposto ad intervento, debba essere tenuto a fornire la prova di quella che sarebbe stata la sua scelta in caso di esaustiva informazione (20).

Al contrario, la giurisprudenza in esame - se non altro, possiamo dirlo, coerentemente col fatto che l'oggetto di tutela non viene realmente identificato nella libertà contrattuale - svaluta completamente il dato della prova della volontà ipotetica del paziente; piuttosto che indagare sulla volontà del danneggiato, la giurisprudenza finisce poco condivisibilmente per forzare il nesso di causalità fino a ritenere che la mancata informazione abbia causato un danno (come detto non al diritto di autodeterminarsi, bensì) alla salute: applicando il giudizio controfattuale, si rileva una responsabilità da inadempimento della prestazione terapeutica sul pre-giudizio che, se l'informazione non fosse mancata, il paziente non si sarebbe sottoposto all'intervento e solo per questo il diritto alla salute del paziente non sarebbe stato compromesso (21).

Ma questa è una evidente forzatura delle regole che presidono il nesso di causalità.

L'altro rilievo che rivela quale sia il vero oggetto di tutela perseguito dalla giurisprudenza è il seguente: se effettivamente il bene giuridico tutelato dal dovere di informazione fosse il diritto ad autodeterminarsi al trattamento medico, una lesione di questo bene sarebbe ipotizzabile anche nel caso in cui mancasse una contestuale lesione della salute, per il solo fatto della mancata trasmissione delle informazioni dovute (22).

Eppure non si rinvengono nel nostro paese sentenze di condanna per violazione del dovere di informazione cui non sia seguita una contestuale lesione della salute (23).

La spiegazione dovrebbe risultare a questo punto agevole: a) la giurisprudenza prevalente ritiene che il dovere di informazione sia una obbligazione di un generico contratto che comprende tanto l'attività diagnostica quanto quella terapeutica (24); b) l'interesse dedotto in questo contratto è quello della salute del paziente; c) se la salute del paziente non subisce lesioni, il contratto è adempiuto; d) se il contratto è adempiuto, il fatto che il paziente sia stato sottoposto ad intervento senza il suo consenso diventa circostanza del tutto irrilevante.

Paradossalmente, portando alle estreme conseguenze l'orientamento giurisprudenziale dominante, si riscontra anziché una maggiore protezione degli interessi del paziente, una lacuna nell'ambito della tutela di tali interessi: se il dovere di informazione ha natura contrattuale perché rientra nel più generale contratto di «assistenza medica» (che, ricordiamolo, è posto a tutela solo della salute del paziente) nel caso in cui l'esito dell'intervento sia fausto, al paziente sarà preclusa ogni azione - appunto, contrattuale - per far valere l'inadempimento del medico ai doveri informativi, perché l'interesse dedotto in contratto - la salute, evidentemente - ha trovato pieno soddisfacimento.

Solo collocando in ambito precontrattuale il dovere di informazione si attribuisce ad esso rilievo autonomo, e si riconosce così al creditore della prestazione medica un bene ulteriore (l'autodeterminazione al trattamento sanitario costituzionalmente prevista dall'art. 32 Cost.) a tutela del quale agire per il solo fatto di non essere stato informato, a prescindere dalla ricorrenza di una lesione alla salute.

È peraltro a questo punto chiaro che una volta inquadrato tra i doveri precontrattuali l'obbligo di informazione, e riconosciuta come effettivo oggetto di tutela la libertà di scelta del paziente, alla luce di

quanto sopra detto ci sarà un «prezzo» da pagare sotto il profilo dell'onere della prova. Al paziente che agisca in via risarcitoria spetterà infatti provare che egli non si sarebbe sottoposto all'intervento (o avrebbe prescelto un'altra cura) se adeguatamente informato: prova evidentemente non agevole, ma allo stesso tempo non dissimile da quella che il codice civile richiede ai fini dell'azionamento dei rimedi invalidanti del contratto basati sui vizi della volontà - pure fondati sulla violazione del dovere di buona fede in sede precontrattuale (basti pensare al requisito della essenzialità dell'errore ex art. 1429 c.c. o alla natura dei raggiri rilevanti ai fini del dolo ex art. 1439 e 1440 c.c.).

5. Le successive occasioni di danno cui i diritti del paziente sono sottoposti nel «contatto» con il medico . - Si è visto che le argomentazioni sulle quali l'orientamento maggioritario poggia la ritenuta natura contrattuale del dovere di informazione sono due.

La prima è quella per cui, pur attinendo tale dovere elettivamente alla fase precontrattuale, nondimeno, se nonostante l'omessa informazione il contratto viene comunque concluso, la responsabilità da mancata informazione viene attratta nella disciplina contrattuale.

senonché, a questa ricostruzione (25) si è già altrove da tempo ed autorevolmente replicato, nel senso che essa si risolve in un *υστερον προτερον*: infatti, l'avvenuta conclusione del contratto non risolve il superiore problema della natura di un obbligo che trova comunque fonte in un momento antecedente la conclusione del contratto stesso.

L'altra argomentazione cui la giurisprudenza ricorre per legittimare la ricostruzione in chiave contrattuale della violazione del dovere di informazione, è invece quella per cui tale dovere si inserirebbe nell'ambito di una relazione contrattuale il cui esito è l'intervento terapeutico, ma che già si è instaurata con la prestazione dell'attività diagnostica. La giurisprudenza fotografa cioè il normale evolversi della maggioranza dei rapporti medico-paziente, in cui l'attività terapeutica è normalmente preceduta da quella diagnostica (e prognostica): costruisce così un dubbio contratto atipico - potenzialmente onnicomprensivo di ogni prestazione medica - che potremmo chiamare di «assistenza sanitaria», che si articola nelle due fasi ormai a noi familiari: quella preliminare diagnostica e quella successiva terapeutica, entrambe volte comunque a tutelare il medesimo interesse contrattuale che non può che essere quello alla salute.

Ma la configurazione di questo contratto ha un valore meramente descrittivo, che non rende giustizia dei diversi diritti del paziente che vengono in rilievo non nelle diverse prestazioni che il medico è chiamato ad adempiere nel generico contratto di assistenza sanitaria, ma nei diversi contratti che possono astrattamente succedersi nell'ambito di un normale rapporto medico-paziente. E i diritti del paziente che possono venire in rilievo, in successione logica prima che cronologica, sono: i) il diritto a maturare delle possibilità di guarigione - ciò che sarà possibile solo in forza di un esatto adempimento dell'attività diagnostica - ii) il diritto ad autodeterminarsi alla sottoposizione all'intervento - ciò che sarà invece possibile solo in caso di adempimento al dovere informativo - iii) e il diritto alla salute - che potrà essere salvaguardato solo in caso di diligente prestazione dell'attività terapeutica. Ciascuno di questi diritti merita autonoma rilevanza e gradi differenti di tutela, i quali rischiano invece di essere superficialmente omogeneizzati nel caso in cui la giurisprudenza dovesse continuare a configurare un unico contratto di assistenza sanitaria posto a tutela unicamente del diritto alla salute.

Il primo «contatto» tra il medico e il paziente avviene dunque al momento dell'espletamento dell'attività diagnostica (26): in questa sede si colloca la prima potenziale occasione di danno di un diritto del paziente; ma una scorretta attività diagnostica non è di per sé in grado di ledere immediatamente la salute del paziente, potendo semmai pregiudicarne solo le possibilità di guarigione; possibilità che invece avrebbero potuto essere sommamente elevate in caso di diagnosi esatta. Ma se, dunque, l'esatto adempimento può solo incidere sulle percentuali di probabilità di guarigione, vuol dire che un inadempimento del sanitario in questa fase sarà al più configurabile come perdita delle chances di guarigione (27), con conseguenze tutt'altro che trascurabili sotto il profilo probatorio. Infatti, mentre nel caso in cui si chiede il risarcimento del danno da lesione della salute e, quindi, da mancato raggiungimento del risultato sperato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danno attiene alla individuazione dell'an del risarcimento (nel senso che la mancata prova sotto questo profilo preclude qualsiasi risarcimento); nel caso in cui si chieda invece il risarcimento del danno da perdita di chances di guarigione, la prova del medesimo nesso causale rileva solo ai fini del quantum del risarcimento, nel senso che più alte sarebbero state le probabilità di guarigione in caso di diagnosi corretta, maggiore sarà il danno risarcibile; viceversa, in caso di scarse probabilità di guarigione pur a fronte di una

diagnosi corretta, il danno risarcibile sarà certamente minore, ma sarà comunque dovuto per il semplice fatto che le probabilità di guarigione sono state compromesse (28).

La seconda occasione di danno è quella che si verifica dopo l'espletamento dell'attività diagnostica (è in questo senso che si può apprezzare l'attività «descrittiva» della giurisprudenza di legittimità sopra ricordata), quando il medico è tenuto ad informare il paziente «sulla natura dell'intervento, sull'esistenza di alternative praticabili, anche di tipo non cruento, sui rischi correlati e sulle possibili complicazioni delle diverse tipologie di cura tale da compromettere il quadro complessivo del paziente» (Trib. Venezia 4 ottobre 2004 in commento); in questa fase non importa quel che sarebbe stato della salute del paziente se adeguatamente informato, perché anche nel caso in cui la salute di questi sia stata pienamente salvaguardata - al punto che non si possa sensatamente parlare di inadempimento del sanitario alla prestazione terapeutica - nondimeno il creditore della prestazione medica avrà diritto di essere risarcito, a titolo precontrattuale, per il solo fatto che il difetto di informazione avrà leso il suo diritto ad autodeterminarsi al trattamento sanitario.

La terza e ultima occasione di danno è quella che si verifica al momento della prestazione dell'attività terapeutica: in questa, e solo in questa fase, verrà in rilievo il diritto alla salute del paziente. Solo in questa fase, pertanto, il paziente sarà gravato dall'onere di provare che senza l'inadempimento del medico gli non avrebbe riportato il danno alla salute (salvo poi vedere se il giudizio di derivazione causale tra i due eventi debba essere condotto con i criteri della certezza o della semplice probabilità, per quanto dotata di un alto grado di credibilità razionale o probabilità logica) (29).

6. La natura della prestazione informativa . - L'orientamento dominante dunque, pur di sottoporre a regime contrattuale la violazione del dovere di informazione, fa ricorso alla figura del (l'unico) rapporto contrattuale frazionato nelle due fasi successive della diagnosi e della terapia, all'interno delle quali troverebbe sistemazione cronologica la prestazione informativa. Nello stesso tempo, l'elaborazione più matura di questo orientamento - di cui la sentenza in commento è chiaro esempio - riconosce (quantomeno, o meglio, esclusivamente, a livello di principio) che, pur trattandosi di un unico contratto, gli interessi creditori che vengono in rilievo sono di diversa natura: da un lato, infatti, le prestazioni diagnostica e terapeutica avrebbero come oggetto di tutela il bene salute del creditore; dall'altro, la prestazione informativa sarebbe invece volta a tutelare il diritto all'autodeterminazione del creditore stesso.

Abbiamo però visto che gli interessi creditori identificabili nell'unico contratto (di assistenza medica) di cui parla la giurisprudenza non si esauriscono semplicemente nell'autodeterminazione e nella salute del creditore, perché quest'ultimo bene viene in rilievo in gradi di tutela differenti la cui rilevanza rischia di essere sottovalutata nella semplificante omogeneizzazione degli interessi dedotti in contratto compiuta dalla giurisprudenza: infatti, mentre la prestazione terapeutica ha ad oggetto la tutela della salute intesa come tutela dell'integrità fisica, la prestazione diagnostica ha ad oggetto la tutela della salute intesa stavolta come possibilità di guarigione. E abbiamo anche visto che si tratta di interessi solo apparentemente omologabili, ma che in realtà sono assai diversi (soprattutto in tema di oggetto della prova e di diverso peso di essa) e addirittura incompatibili, se si pensa al rapporto tra la possibilità di salute - risarcibile già solo per la perdita di chances di guarigione - e la salute tout court - risarcibile solo sul presupposto di un effettivo pregiudizio della salute stessa. Una differenza, questa, rispetto alla quale pensare ad un unico contratto avente ad oggetto prestazioni poste a tutela di interessi così diversi rappresenta una evidente forzatura (30).

Più ragionevole è invece pensare a due diversi contratti (quello avente ad oggetto la prestazione diagnostica e quello che si concreta nella prestazione terapeutica) che si succedono con soluzione di continuità, e quindi a un dovere di informazione che costituisce il necessario preludio della espletanda terapia, e la cui fonte è la diagnosi espletata: le informazioni acquisite in questa fase andranno infatti comunicate al creditore (in un momento logicamente ancor prima che cronologicamente anteriore al secondo contratto) perché questi possa consapevolmente sottoporsi alle cure mediche (31).

Non, dunque, un unico contratto con due momenti completamente differenti, nei quali il dovere di informazione si confonde senza trovare una precisa collocazione; ma due contratti rispetto ai quali il dovere di informazione rappresenta esito naturale (del primo) e dovere precontrattuale (rispetto al secondo): così una informazione - quale quella del medico tenuto per legge ad acquisire il consenso informato del paziente - naturalmente finalizzata a garantire una consapevole stipulazione del contratto quale esso sia, torna così a occupare il ruolo suo proprio di dovere ex fide bona nella fase delle trattative.

Della natura precontrattuale del dovere di informazione si può del resto ricavare a livello positivo una conferma.

Infatti, se il dovere di informazione del medico fosse un dovere contrattuale, esso sarebbe candidato a rientrare nella categoria degli obblighi di protezione, perché chiaramente volto a tutelare interessi diversi rispetto a quello principale dedotto in prestazione, e relativi alla complessa sfera patrimoniale (ex art. 1174 c.c.) del creditore che il contatto con il debitore espone ad occasioni di danno (32); ma, se andiamo a verificare i casi in cui il legislatore ha tipizzato obbligazioni di protezione a contenuto informativo, riscontriamo solo ipotesi di obblighi di comunicazione di natura diversa rispetto a quello cui è tenuto il medico ai fini dell'acquisizione del consenso del paziente (33): si tratta infatti di informazioni che hanno l'obiettivo di garantire al creditore la (migliore) fruizione dei vantaggi derivanti dalla esecuzione della prestazione, e non già di tutelare la corretta formazione della volontà contrattuale (34).

Quando, invece, il legislatore ha tipizzato doveri informativi destinati a presidiare la corretta formazione della volontà delle parti in vista della stipulazione del futuro contratto, ha fatto invece ricorso a norme della cui configurabilità quali doveri in contrahendo nessuno ormai più dubita: si tratta, ad esempio, dell'obbligo di comunicazione delle cause di invalidità (art. 1338 c.c.), o dell'obbligo di comunicazione dei vizi della cosa venduta (art. 1494 comma 2 c.c.) (35).

È quindi l'affinità con alcune espresse scelte legislative che induce a sottoporre al medesimo regime precontrattuale anche la responsabilità del medico che abbia sottoposto ad intervento il paziente senza avergli prima fornito tutte quelle informazioni (ricavate dall'esatto adempimento al preventivo contratto avente ad oggetto la diagnosi) che lo ponessero in condizione di esprimere un valido consenso ai fini della esecuzione dell'intervento stesso.

7. Conclusioni . - Come preannunciato in premessa, l'aver cercato di dimostrare che il dovere di informazione anche in campo medico è destinato ad essere regolato dalle - invero poche - norme dettate in materia di responsabilità precontrattuale, non significa necessariamente che, per ciò solo, il dovere di informazione vada soggetto alla disciplina dell'illecito aquilano, come la giurisprudenza praticamente unanime ritiene.

Quello della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità in contrahendo è un dibattito che esula dal presente contributo; nondimeno, è evidente che se la giurisprudenza arrivasse finalmente a qualificare come contrattuale la responsabilità nascente dalla violazione delle buona fede nella fase delle trattative, al riconoscimento della natura di obbligazione precontrattuale del dovere di informazione del medico non vi osterebbero più quelle (legittime) preoccupazioni della giurisprudenza evidenziate in premessa circa il fatto che la collocazione in ambito precontrattuale del dovere di informazione «condannerebbe» il paziente al più gravoso onere della prova di cui agli art. 2043 ss. c.c. Inoltre, è altrettanto evidente che il riconoscimento della natura precontrattuale del dovere di informazione - posto a tutela esclusivamente ed effettivamente del diritto alla autodeterminazione ai trattamenti sanitari - non è privo di conseguenze la cui rilevanza prescinde da una scelta di campo tra le alternative (contrattuale o aquilana) sopra richiamate.

Queste conseguenze si apprezzano - come si spera di aver messo nel dovuto risalto - sotto il profilo dell'onere della prova, il cui peso e contenuto sarà diverso a seconda del bene che il paziente assumerà leso.

Fermo infatti il caso in cui il paziente allega un inesatto adempimento dell'intervento terapeutico da parte del medico - ipotesi in cui il paziente dovrà provare l'intervenuta lesione del diritto alla salute - quando il paziente lamenta una mancata informazione, non è detto che il diritto leso sia necessariamente quello alla autodeterminazione: può darsi infatti il caso in cui l'inadempimento del medico si ponga «a monte», nel non essere stato sufficientemente perito nel procurarsi l'informazione da comunicare al paziente - in tal caso vi sarà inadempimento ad una obbligazione di mezzi costituita dalla attività di diagnosi e il paziente dovrà fornire la prova delle possibilità frustrate di guarigione solo ai fini del quantum del risarcimento (fermo restando l'an) - oppure l'inadempimento può essere «a valle», nel non avere il medico comunicato l'informazione (36) di cui era venuto a conoscenza in seguito alla corretta esecuzione della diagnosi - in tal caso vi sarà inadempimento di una obbligazione di risultato con lesione del bene precontrattuale del diritto ad autodeterminarsi al trattamento sanitario, con onere del paziente di provare quale sarebbe stata la sua decisione nel caso in cui fosse stato informato, indipendentemente dalla eventuale ricorrenza di una lesione della salute.

Note:

(1) L'obiettivo perseguito dalla giurisprudenza nella materia della responsabilità medica è evidentemente quello di attenuare quanto più possibile l'onus probandi che fa carico al cliente, come sottolinea anche Grisi , *L'obbligo precontrattuale di informazione* , Napoli, 1990, 455, secondo il quale questo atteggiamento giurisprudenziale «trae giustificazione dalla riconosciuta opportunità (se non di apertamente sconfessare) di reinterpretare e rendere più «elastico» un quadro di principi i quali, se rigidamente intesi ed applicati, rischierebbero di condurre ad esiti non soddisfacenti e scarsamente conformi alle ragioni di giustizia sostanziale». La migliore dimostrazione di questa pervicace tensione giurisprudenziale verso una generalizzata contrattualizzazione della responsabilità medica, si ottiene scorrendo quelle massime che ormai prospettano senza più dubbio alcuno la responsabilità contrattuale del medico dipendente da struttura sanitaria, sul presupposto del «contatto sociale» che con il ricovero si instaura tra il medico e il paziente (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con nota di Di Ciommo e Lanotte ; in *Danno e resp.*, 1999., 294, con nota di Carbone ; in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di Di Majo ; in *Giust. civ.*, 1999, I, 999, con nota di Giacalone). Con l'identico rilievo di una contrattualizzazione «ad ogni costo» della responsabilità medica, anche là dove le categorie tradizionali indurrebbero a ricorrere al modello della responsabilità aquiliana, si apre la dotta indagine che De Matteis ha condotto su questo particolare «sottosistema della responsabilità civile», in *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

(2) L'improbità dell'impresa di riportare tutte sentenze che nei decenni hanno contribuito alla formazione del citato orientamento giurisprudenziale, inducono a limitare la presente occasione di commento al richiamo delle sole pronunce più recenti che detto orientamento hanno contribuito a consolidare: Cass., 19 novembre 2002, n. 16319, in *Foro amm. Cds*, 2002, 282; Cass., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Foro it.*, 2002, I, 806; Cass., 29 aprile 1999, n. 4299, in *Giur. it.*, 2000, 932; Cass., 5 giugno 1998, n. 5570, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1228; Cass., 17 novembre 1997, n. 11394, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2194; Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1568; Cass., 1° febbraio 1995, n. 1163, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 254; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 12; Cass., 11 maggio 1990, n. 4051, in *Rass. avv. Stato*, 1990, I, 235; Cass., 19 aprile 1983, n. 2705, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 4; e, soprattutto, da ultimo, v. Corte giust. Ce , Plenum, 17 settembre 2002, che ha ricondotta la responsabilità precontrattuale nella categoria dei delitti o quasi delitti, ai fini di cui all'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles; Cass., sez. un., 10 luglio 2003, n. 10896 (ord.) e Cass., sez. un., 11 settembre 2003, n. 13390 (ord.) (che ripercorrono, nel primo caso anche richiamandola, l'iter argomentativo della sentenza dell'organo europeo), tutte pubblicate in *Resp. civ. prev.*, 2004, 399 ss., con nota di Vedovato , *Competenza giurisdizionale e natura aquiliana della responsabilità precontrattuale: il responso della Corte di Giustizia e gli oblii della Corte di Cassazione* . In dottrina, dopo le prime formulazioni in tal senso da parte di Polacco , *Le obbligazioni nel diritto civile italiano* , Padova, 1898, nn. 249 e 69; Pacifici Mazzoni , *Istituzioni di diritto civile italiano* , IV, Firenze, 1908, n. 54; Verga , *Errore e responsabilità nei contratti* , Padova, 1941, 33 ss., la tesi è stata successivamente e compiutamente elaborata da Calusi , *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale* , *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 474; Carresi , *In tema di responsabilità precontrattuale* , in *Temi*, 1965, 42; Id. , *Il contratto* , in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, XXI, 2, Milano, 1987, 734; Maiorca , *Il contratto. Profili della disciplina generale* , Torino, 1985, 202; Mirabelli , *Dei contratti in generale* , in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, 114; Osti , voce *Contratto* , in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, 513; Bessone , *Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno ingiusto* , in *Giur. merito*, 1978, I, 1165; Cecchini , *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza* , Milano, 1977, 288; Bianca , *Diritto civile, Il contratto* , III, Milano, 2000, 170; G. Patti e S. Patti , *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* , in *Il codice civile commentato diretto da Schlesinger*, Milano, 1993, 42; Roppo , *Il contratto* , in *Trattato di diritto privato Iudica Zatti*, Milano, 2001, 184.

(3) Favorevole alla collocazione del dovere di informazione tra gli obblighi di protezione è Castronovo , voce *Obblighi di protezione* , in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 6-7; contra, Cafaggi , voce *Responsabilità del professionista* , in *Dig. disc. priv.*, 172.

(4) Mengoni , *Sulla natura della responsabilità precontrattuale* , in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360; Id. , *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)* , in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 382; Benatti , *La responsabilità precontrattuale* , Milano, 1963, 115; Id. , *Culpa in contrahendo* , in *Contratto e impresa*, 1987, 303; Id. , voce *Responsabilità precontrattuale* , in *Enc. giur. Treccani*, XXXVII, Roma,

1991, 8; Betti , *Teoria generale delle obbligazioni* , I, Milano, 1953, 80; Cottino , *L'impossibilità sopravvenuta delle prestazioni* , Milano, 1955, 52; Messineo , *Dottrina generale del contratto* , Milano, 1952, 175; Id ., *Contratto in genere* , in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu Messineo, XXI, 1, Milano, 1968, 365; De Cupis , *Il danno* , Milano, 1946, 48; Distaso , *I contratti in generale*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* , fondata da Bigiavi, I, Torino, 1981, 341; Scognamiglio , *Dei contratti in generale (art. 1321-1252)* , in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, IV, Bologna-Roma, 1970, 213; Del Fante , *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà* , in *Rass. dir. civ.*, 1983, 135; Stolfi , *In tema di responsabilità precontrattuale* , in *Foro it.*, 1954, I, 1110; Id ., *Culpa in contrahendo e prescrizione* , in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 430; Id ., *Sulla culpa in contrahendo dell'amministrazione pubblica* , in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, 22; Tucci , *Il danno ingiusto* , Napoli, 1970, 134; Visintini , *La reticenza nella formazione dei contratti* , Padova, 1972, 100; Galoppini , *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale* , in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 1386; Puccini , *Studi sulla nullità relativa* , Milano, 1967, 255; Di Majo , *Delle obbligazioni in generale* , in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 206; Granata , *Natura contrattuale della responsabilità in contrahendo* , in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, IV, 216; Romano , voce *Buona fede* , in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 682; Turco , *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale* , Milano, 1990; Rovelli , *La responsabilità precontrattuale* , in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2000, XIII, 2, 347 ss.; Vedovato , *Competenza giurisdizionale e natura aquiliana della responsabilità precontrattuale: il responso della Corte di Giustizia e gli oblii della Corte di Cassazione* , cit. (nota 2).

(5) AA.VV., *La responsabilità professionale del medico*, a cura di *Ciro Riviezzo*, Lanciano, 2000; Santosuosso , *Il consenso informato* , Milano, 1996; Fucci , *Informazione e consenso informato nel rapporto medico-paziente. Profili giuridici e deontologici* , Milano, 1996; De Matteis , *Consenso informato e responsabilità del medico* , nota ad *App. Genova*, 5 aprile 1995, in *Danno e resp.*, 1996, 215; Nannini , *Il consenso al trattamento medico* , Milano, 1989; Gambaro , *La responsabilità medica nella prospettiva comparatista* , in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 67 ss.; Riz , *Il consenso dell'avente diritto* , Padova, 1975, 75 ss.; Paradiso , *Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona* , in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 142 ss.; Rodriguez , *Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 ottobre 1990 della Corte d'Assise di Firenze* , in *Riv. it. medicina legale*, 1991, 1117; Id ., *Intervento chirurgico praticato senza il consenso del paziente e radiazione dall'albo professionale* , *ivi*, 1994, 233; Romano , *Considerazioni in tema di responsabilità del medico per violazione del dovere di informazione* , in *Giur. it.*, 1987, I, 1140; Umani Ronchi , *Il consenso all'operazione deve essere esplicito e non filtrato dalla mediazione dei familiari* , in *Guida al diritto dell'8 febbraio 1997*, 67; Orsi , *Il consenso informato: il prezzo della libertà ed i possibili equivoci nella sua applicazione* , in *Bioetica*, 1995, 55 ss.; Viciani , *L'autodeterminazione «informata» del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell'informazione sul trattamento sanitario)* , in *Rass. dir. civ.*, 1996, 272; Engelhardt , *Manuale di bioetica* , Milano, 1991; Dworkin , *Autonomy ad informed consent*, in *Making health decisions* , Washington DC, 1982, 63 ss.; Criscuoli , *Ragionevolezza e consenso informato del paziente* , in *Rass. dir. civ.*, 1995, 480; Quadri , *Profili contrattuali e responsabilità civile nell'attività del chirurgo plastico* , in *Dir. e giur.*, 1987, 761; Nannini , *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia* , Milano, 1989; Fresia , *Luci ed ombre del consenso informato* , in *Riv. it. medicina legale*, 1994, 895; Comoglio , *Consenso informato e profili di responsabilità nelle donazioni di sangue* , in *Foro it.*, 1992, V, 363; Chiodi , *Il consenso del paziente nella teoria medico-legale* , in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982; Quadri , *Profili contrattuali e responsabilità civile nell'attività del chirurgo plastico* , in *Dir. e giur.*, 1987, 761.

(6) Peralto la motivazione della sentenza, dopo aver definito come obbligazione contrattuale il dovere di informazione, non va oltre nel tentativo definitorio, limitandosi a una ulteriore non appagante qualificazione nel momento in cui afferma che si tratta di una obbligazione contrattuale non meramente accessoria e strumentale rispetto alle prestazioni di diagnosi, di cura o di esecuzione dell'eventuale intervento chirurgico, «per essere assunto al livello di piena autonomia nell'ambito del diritto all'autodeterminazione in ordine all'esistenza dell'individuo».

(7) Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e resp.*, 2001, 1165 ss., con nota di Rossetti , *Il dovere di informazione del chirurgo estetico*; Cass., 8 agosto 1985, n. 4394 , in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1136, con nota di Romano , cit. (nota 5); in *Foro it.*, 1986, I, 121, con nota di Princigalli ; in *Resp. civ. prev.*,

1986, I, voce Responsabilità civile , con nota di Cesare , L'intervento di chirurgia estetica è obbligazione di risultato? ; in Giust. civ., 1986, I, 1432; Cass., 12 giugno 1982, n. 3604, in Giust. civ., 1983, I, 938, in Resp. civ. prev., 1984, 86; Cass. 26 marzo 1981, n. 1773, in Arch. civ., 1981, 544; Cass., 29 marzo 1976, n. 1132, in Giur. it., 1977, I, 2, 1980. Cass., 18 giugno 1975, n. 2439, in Giust. civ., 1975, I, 1389; meno recenti: Cass., 6 dicembre 1951, n. 2754, in Foro it., 1952, I, 190; Cass., 7 luglio 1933, n. 2934, in Giur. it., 1933, I, 1, 1307, con nota di Gaetano . Per la giurisprudenza di merito cfr. App. Milano, 2 maggio 1995, in Foro it., 1996, I, 1418, con nota di Fucci ; Trib. Roma, 10 ottobre 1992, in Giur. it., 1993, I, 2, 340; App. Milano, 30 aprile 1991, in Foro it., 1991, I, 2, 2855.

(8) Cass., 8 agosto 1985, n. 4394, cit. (nota 7), che espressamente richiama Cass. 1132/1976 - citata erroneamente come n. 1131/1976 - di cui sviluppa un obiter dictum.

(9) Così sempre Cass., 8 agosto 1985, n. 4394, cit. (nota 7).

(10) Cass. 26 marzo 1981, n. 1773, cit. (nota 7); Cass., 12 giugno 1982, n. 3604, cit. (nota 7).

(11) Non a caso De Matteis , op. cit. (nota 1), 60, ha parlato di «pronuncia forse trascurata per essere intervenuta con enunciazioni, di sicuro rilievo sui temi dell'informazione ma formulate obiter nel contesto di una motivazione più che altro volta ad affermare la responsabilità del neurologo per colpa grave ex art. 2236 c.c.»; magniloquente è peraltro il titolo del paragrafo che l'autrice dedica all'argomento: «Il dovere di informazione negli obiter della giurisprudenza». La sentenza cui si riferiva la menzionata autrice, infatti, prima di svolgere qualsiasi riflessione sulla natura del dovere di informazione, premetteva la seguente espressione: «Essendo irrilevante (...) la censura in ordine alla omessa informazione della paziente sulle conseguenze ineluttabili e probabili dell'intervento operatorio».

(12) App. Milano, 2 maggio 1995, cit. (nota 7); Trib. Roma, 10 ottobre 1992, cit. (nota 7); App. Milano, 30 aprile 1991, cit. (nota 7), che, sull'indubitabile presupposto della natura contrattuale della responsabilità del medico, ha solo prospettato l'alternativa tra un «inadempimento di un obbligo sempre connesso all'incarico professionale», o un inadempimento a «uno specifico patto convenzionale intercorso tra il chirurgo e la cliente».

(13) Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, cit. (nota 7).

(14) Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, cit. (nota 7), la cui importanza è segnalata da Bianca , Diritto civile, 3, Il contratto , Milano, 1984, 168, nota 23, per il quale quando un contratto è stipulato «il dovere di informare la controparte rientra nel suo contenuto, e dà luogo a responsabilità contrattuale»: di conseguenza, per questo autore, «la responsabilità del chirurgo, che ha praticato un intervento senza aver preventivamente informato il paziente sui rischi ed effetti, è di natura contrattuale in relazione all'impegno assunto dal professionista già col prendere in cura il paziente»; nello stesso ordine di idee si muove anche Grisi , op. cit. (nota 1), 461, che, citando proprio Cass., 1132/1976, afferma che è «evidente come il momento stricto sensu precontrattuale venga ad essere assorbito nell'orbita del contratto, con la conseguenza che una serie di obblighi - ancorché prima facie localizzabili nella fase che precede l'effettuazione dell'opus (e, tra essi, in primis, quello avente per oggetto l'informazione del cliente) - entra a far parte, a pieno titolo, della complessa prestazione che il medico è tenuto ad effettuare per effetto del contratto d'opera professionale». E qualche pagina precedente: «L'obbligo di informazione, quindi, sradicato dal suo naturale ambito di elezione (la fase delle trattative e quella di formazione del contratto), diviene oggetto della prestazione contrattualmente dovuta, trae origine e giuridico fondamento dal negozio». Per la natura contrattuale della responsabilità conseguente alla violazione dell'obbligo di informazione cfr. pure Romano , op. cit. (nota 5), 1136.

(15) Assume la violazione dell'obbligo di informazione come circostanza che concorre ad aggravare una già accertata responsabilità del medico, anche Cass., 18 giugno 1975, n. 2439, in Giust. civ., 1975, I, 1389; in Giur. it., 1976, I, 1, 953, con nota di Lega , In tema di responsabilità civile del medico chirurgo ; in Foro it., 1976, I, 745, in Resp. civ. prev., 1975, 638, pur essendo generalmente ricordata come la pronuncia che ha attribuito autonomo rilievo al ruolo del consenso informato del paziente.

(16) È sempre De Matteis , op. cit. (nota 1), 52, che rileva come la strada per la valorizzazione del dovere di informazione è stata «inizialmente percorsa dai nostri giudici prospettando un'ipotesi di circostanza aggravante della colpa per il medico che avesse ommesso di dare un'adeguata informazione sui rischi che l'intervento da eseguire avrebbe comportato e avesse quindi operato senza il «consenso illuminato» del paziente».

(17) Infatti, consapevolmente l'estensore della sentenza in commento ha chiaramente affermato che, allorquando si discuta di mancato adempimento (non già alla prestazione terapeutica, bensì) al dovere

di informazione, il diritto del paziente di cui si discute la lesione è quello proprio alla autodeterminazione in campo sanitario: «(...) Senonché una tale prospettiva risulta fuorviante, posto che finisce per non tenere conto del fatto che l'inadempimento non investe le modalità di esecuzione dell'operazione chirurgica, ma l'obbligazione informativa, con il rischio di mettere in secondo piano l'interesse oggetto di tutela: il diritto alla scelta del paziente».

(18) Cfr. Cafaggi , op. cit. (nota 3), 190. Nello stesso senso, Paradiso , op. cit. (nota 5), 144.

(19) Si tratta di una concezione del ruolo del consenso informato che assume il trasferimento delle informazioni come criterio di distribuzione del rischio dell'evento infausto tra il medico e il paziente, come è ben testimoniato da App. Milano, 2 maggio 1995, cit. (nota 7) 1422. Assai lucida è tal proposito l'analisi condotta da Cafaggi , op. cit. (nota 3), 159.

(20) Rossetti , op. cit. (nota 7), 1170; l'autore cita in nota Schuck , Rethinking informed consent , 103, Yale L.J., 1994, 899 ss., sull'orientamento della giurisprudenza americana che distribuisce proprio in questo senso l'onere delle prova nei casi in cui si lamenti la mancata trasmissione di informazioni al paziente.

(21) Questo è il ragionamento sotteso a Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, cit. (nota 7).

(22) Non è difficile immaginare casi in cui vi possa essere una lesione del diritto alla autodeterminazione senza contestuale lesione del diritto alla salute. Un esempio tratto da un caso giurisprudenziale (Cass. 26 marzo 1981, n. 1773, cit. [nota 7]) può servire quale punto di partenza: è accaduto che una operaia avesse subito lo schiacciamento del polpastrello della mano destra, e per questo era stata ricoverata presso un ospedale, là dove il medico, senza preventivamente informarla sulle alternative praticabili, l'aveva sottoposta ad un intervento da lui eseguito con la massima perizia, ma che aveva comportato come conseguenza un grave impedimento nell'uso della mano infortunata; la responsabilità del medico in quel caso fu fondata sul fatto che il medico, senza permettere alla paziente di scegliere una delle alternative astrattamente praticabili, aveva optato per quella che avrebbe potuto comportare i migliori risultati dal punto di vista estetico, ma con i maggiori pericoli per la salute della paziente che poi si erano concretamente verificati. In quel caso fu ritenuta la responsabilità contrattuale del medico perché, pur avendo egli esattamente adempiuto alla prestazione terapeutica, nondimeno era risultato compromesso il bene-salute che pure il contratto di assistenza sanitaria avrebbe dovuto salvaguardare. Immaginiamo, però, che nella stessa fattispecie il medico, sempre senza avvertire la paziente sulle possibili alternative, avesse optato per la via che avrebbe comportato un risultato certamente peggiore dal punto di vista estetico, ma estremamente migliore dal punto di vista dell'integrità fisica perché le percentuali di rischio erano pari a zero: e immaginiamo quindi non solo che il medico sia stato sommamente perito, ma anche che l'operazione abbia avuto un esito felice, con il pieno recupero della funzionalità dell'articolazione offesa, ma con un deciso peggioramento estetico del polpastrello. È evidente che in tal caso non vi sia stata alcuna lesione della salute, e pertanto non sarà possibile parlare di responsabilità contrattuale del medico visto che l'interesse creditorio è stato pienamente soddisfatto: nondimeno, la paziente ben avrebbe potuto scegliere la via più rischiosa per la sua integrità fisica, ma certamente più accettabile sotto il profilo estetico; eppure questa scelta non le è stata possibile, e questa lesione del suo diritto all'autodeterminazione merita comunque un adeguato ristoro, anche nel caso in cui il bene salute non abbia riportato pregiudizio: ristoro che non sarà possibile risarcire se non configurando una violazione del dovere di buona fede non già sotto il profilo contrattuale (per essere stato infatti l'interesse contrattuale pienamente soddisfatto), bensì sotto il profilo precontrattuale, perché il medico ha impedito al creditore della prestazione di formarsi una volontà non viziata ai fini della manifestazione del consenso alla sottoposizione al trattamento terapeutico. Collocando in ambito precontrattuale il dovere di informazione, si ottiene così come primo effetto quello di ampliare l'ambito delle fattispecie fonte di risarcimento per il privato, il quale potrà ottenere un ristoro per il pregiudizio causato al suo diritto all'autodeterminazione anche nei casi in cui il suo interesse contrattuale alla prestazione terapeutica risulti soddisfatto, per il solo fatto che non gli sia stata consentita la scelta tra le alternative mediche praticabili, o tra il sottoporsi o meno all'intervento: queste, e non altre, sono le conseguenze di una configurazione del dovere di informazione come posto a tutela non già del diritto alla salute ma, appunto, del diritto all'autodeterminazione.

(23) Per la verità, un filone giurisprudenziale che sancisce la responsabilità del medico unicamente per la mancata informazione, e quindi pur in assenza di una contestuale lesione della salute, è riscontrabile in quella serie di pronunce in genere individuate come casi di responsabilità da nascita indesiderata. A ben vedere, però, si tratta di un orientamento che soltanto lambisce la nostra indagine, dal momento

che, se è vero che anche in questi casi viene in rilievo una violazione del dovere informativo, è anche vero che il diritto che si ritiene leso non è - tanto - quello alla autodeterminazione della donna, quanto il diritto all'aborto il cui esercizio è stato precluso dalla mancata informazione: non viene dunque in rilievo il diritto della donna a non essere sottoposta a trattamento medico contro la sua volontà, quanto piuttosto il diritto di questa a sottoporsi consapevolmente all'intervento abortivo (in questi termini sembra si esprima anche Di Majo , Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita , in *Corr. giur.*, 2005, 41). Cfr. Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115 ss., con note di Palmieri e Simone , e in *Giust. civ.*, 2002, I, 1490; Cass., 24 marzo 1999, n. 2793, pubblicata insieme a Trib. Perugia, 7 settembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1804, con nota redazionale di Palmieri , il quale opportunamente sottolinea che in questi, come in molti altri casi in cui la violazione del dovere di informazione si inserisce nel più ampio contesto della tutela del diritto della donna ad una gravidanza consapevole, «non si può parlare di vera e propria violazione dell'obbligo di informazione (con conseguente responsabilità del medico, in caso di danno, anche ove l'esecuzione dell'intervento sia stata prudente, diligente e tecnicamente corretta [...]), quanto piuttosto di erronea esecuzione della prestazione professionale, allorché la mancata conoscenza delle condizioni del feto sia ascrivibile ad una diagnosi sbagliata o superficiale ovvero ad una sottovalutazione dei rischi per la salute del nascituro e dei genitori»; la medesima pronuncia è stata altresì annotata da Gorgoni , Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente , in *Danno e resp.*, 1999, 766; De Matteis , Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili , *ibid.*, 1031; Baratto , Il risarcimento del danno per il mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza: un problema aperto , in *Giur. it.*, 2000, 44. La prova migliore che la copiosa giurisprudenza formatasi in materia di mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza, non è volta a sanzionare semplicemente la lesione del diritto all'autodeterminazione della donna in quanto leso dall'inadempimento al dovere di informazione da parte del medico, si ottiene proprio dalla lettura della massima di Cass. n. 2793/1999, dove si legge che «il risarcimento del danno per il mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza non consegue automaticamente all'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione che il sanitario era tenuto ad adempiere in ordine alle possibili anomalie o malformazioni del nascituro, ma necessita anche della prova della sussistenza delle condizioni previste dagli art. 6 e 7 della legge n. 194/1978 per ricorrere alla interruzione della gravidanza»: ancora una volta, la tutela del diritto all'autodeterminazione è recessivo rispetto alla tutela del diritto all'aborto, perché altrimenti il difetto informativo avrebbe dovuto essere sanzionato a prescindere dal fatto che nei singoli casi non ricorressero i presupposti per l'interruzione volontaria della gravidanza. V. inoltre Cass., 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Giust. civ.*, 1999, I, 672 ss., con nota di G.G.; nonché in *Giur. it.*, 1999, 2038, con nota di Pizzetti . Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Foro it.*, Rep., 1999, voce Danni civili, in *Resp. civ.*, 1998, 1156, con nota di Gorgoni , Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio , in *Danno e resp.*, 1999, 82, con nota di Bona , Filiazione indesiderata e risarcimento del «danno da bambino non voluto» , in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 610, con nota di Introna , La nascita, per colpa medica, del «figlio non desiderato»: quale il danno e quale il risarcimento?

(24) Su questo punto v. più diffusamente il paragrafo successivo.

(25) Questa argomentazione affonda le radici addirittura negli studi di Leonhard , in *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, I, München und Leipzig , 1929, 544, mentre la relativa confutazione si deve a Levy , *Juristische Wochenschrift* , 1922, 1313 (informazioni tratte da Benatti , op. cit. [nota 4], 122-123: «In tal modo la teoria in esame cade nell'identico errore metodologico in cui è incorso lo Jhering, cioè di non tenere conto che la conclusione o meno del contratto non deve rivestire alcuna rilevanza per la costruzione della responsabilità precontrattuale»).

(26) Per una indagine che affronti analiticamente i singoli aspetti dell'argomento, v. Zeno Zencovich , *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico* , Padova, 1994.

(27) Sulla perdita di chances (e sulle conseguenze in tema di onere della prova relativo al nesso causale): Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, 393, con nota di Bitetto , Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle «regole». Ma quanto vale un'occasione? ; Cass., 14 dicembre 2001, n. 15810, in *Dir. e giust.*, 2002, fasc. 2, 53, con nota di Evangelista , Perdita di chance: non c'è danno senza la prova sulle possibilità di promozione (la dimostrazione può basarsi sul calcolo delle probabilità) ; Cass., 19 luglio 1982, n. 4236, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 451, con nota di

Monateri , Nesso causale e determinazione della responsabilità ; in Riv. dir. lav., 1983, II, 521, con nota di Lipari , Risarcibilità del danno subito da agenti di commercio in caso di perdita o riduzione del trattamento pensionistico per omesso versamento di contributi all' Enasarco per periodi anteriori al d.m. 10 settembre 1962 , in Giust. civ., 1983, I, 523, con nota di Perfetti , Brevi note sul nesso causale e la prevedibilità del danno .In dottrina v. Bolego , Nesso causale e quantificazione del danno per perdita di una chance , nota a Cass. 17 marzo 1998, n. 2881, in Riv. dir. lav., 1998, II, 713; Pontecorvo , La responsabilità per perdita di chance , in Giust. civ., 1997, II, 447; Fracchia , Risarcimento danni da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a «risultato garantito»? , nota a Tar Puglia, 17 gennaio 2000, n. 169, in Foro it., 2000, III, 481; Ghisiglieri , Risarcimento del danno per perdita di chance , in Nuova giur. civ. comm., 1991, II, 141.

(28) Così la recentissima Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in Danno e resp., 2005, 45 ss., con nota di Feola , Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in cassazione , e di Nocco , La «probabilità logica» del nesso causale approda in sede civile ; in Resp. civ. prev., 2004, 1040 ss., con nota di Citarella , Errore diagnostico e perdita di chance in Cassazione (che sottolinea trattarsi de «la prima sentenza in materia civile relativa a "La sorte del paziente"»); in Corr. giur., 2004, 1026. Prima di questa pronuncia, era stata più netta sul punto Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, cit. (nota 27); per la dottrina v. Musy , Sicilcasse ed il danno da perdita di una «chance» , in nota a Cass., sez. lav., 29 aprile 1993, n. 5026, in Giur. it., 1994, I, 1, 237; nello stesso senso Monateri , Fattispecie di responsabilità extracontrattuale , in Riv. dir. civ., 1986, II, 364.

(29) Il riferimento va a Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in Dir. pen. e proc., 2003, 50 ss., con nota di Di Martino , Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento , in Danno e resp., 2003, 195 ss., con nota di Cacace , L'omissione del medico e il risarcimento della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale , in Cass. pen., 2002, 3643 ss., con nota di Massa , Le Sezioni unite davanti a «nuvole e orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità .

(30) Ciò tanto più che la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che la domanda tesa al risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato, e la domanda con cui si chiede il risarcimento da perdita di occasione di guarigione, sono ontologicamente diverse, al punto che, «nell'ambito della responsabilità dei medici, per prestazione errata o mancante, cui è conseguito il danno del mancato raggiungimento del risultato sperato, se è stato richiesto solo questo danno, non può il giudice esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di chances, che il creditore della prestazione sanitaria aveva, neppure intendendo questa domanda come un minus rispetto a quella proposta, costituendo, invece domande diverse, non ricomprese l'una nell'altra» (Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit. (nota 28)).

(31) Hanno ritenuto la natura precontrattuale del dovere informativo gravante sul medico, pur senza svolgere un'analisi approfondita sull'argomento e senza, quindi, dedicare spazio alla confutazione dell'orientamento maggioritario, Cass., 8 aprile 1997, n. 3046 (in Foro it., 1997, I, 1801; in Corr. giur., 1997, 546, con nota di Carbone , Obbligazione di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi); Cass., 15 gennaio 1997, n. 364 (in Foro it., 1997, I, 772, con nota di Palmieri , Relazione medico-paziente tra consenso «globale» e responsabilità del professionista ; in Guida al diritto dell'8 febbraio 1997, 67, con nota di Umani Rochi , cit. (nota 5); in Danno e resp., 1997, 178, con nota di Carbone , Responsabilità del medico: il consenso all'operazione vale come consenso all'anestesia? ; in Nuova giur. civ. comm., 1997, I, 577, con nota di Fusaro , Il consenso all'anestesia non si presume ; in Resp. civ., 1997, 383, con nota di Martorana , Considerazioni su informazione del paziente e responsabilità medica ; in Contratti, 1997, 339, con nota di Vaccà , La formazione del consenso al trattamento medico ; in Giur. it., 1998, 37, con nota di Caggia , In tema di responsabilità del medico); Cass., 25 novembre 1994, n. 10014 (in Foro it., 1995, I, 2913, con nota di Scoditti ; in Nuova giur. civ. comm., 1995, I, 937, con nota di Ferrando , Chirurgia estetica, «consenso informato» del paziente e responsabilità del medico) . In dottrina v. Costanza , Informazione del paziente e responsabilità del medico , in Giust. civ., 1986, I, 1346; Lega , Le libere professioni intellettuali , Milano, 1974, 614; Cattaneo , La responsabilità del professionista , Milano, 1958, 90 ss.

(32) Mengoni , voce Responsabilità contrattuale (dir. vig.) , in Enc. dir., 1988, 1098. Nello stesso senso Castronovo , voce Obblighi di protezione , cit. (nota 3). Sulla categoria (e quindi sulla sua configurazione e ammissibilità) v. più in generale Betti , Teoria generale delle obbligazioni , I, Milano, 1953, 99 ss.; Mengoni , Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico) , cit. (nota 4), 185 ss.,

280 ss., 366 ss.; Id ., La parte generale delle obbligazioni , in Riv. crit. dir. priv., 1984, 507 ss.; Di Majo , La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale , in Riv. crit. dir. priv., 1983, 174; Benatti , Osservazioni in tema di «doveri di protezione» , in Studi in onore di B. Biondi, IV; Milano, 1964, 463, e in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1960, 1342 ss.; Carusi , voce Correttezza (Obblighi di) , in Enc. dir., Milano, 1962, 709; Castronovo , Obblighi di protezione e tutela del terzo , in Jus, 1976, 123 ss.

(33) È il caso, ad esempio, dell'art. 1710 c.c., che obbliga il mandatario a rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato; nonché dell'art. 1686 c.c. che prevede l'obbligo del vettore di informare tempestivamente il mittente - perché questi a sua volta gli fornisca le necessarie istruzioni - di un eventuale causa a lui non imputabile che impedisca o soverchiamente ritardi l'inizio o la continuazione del trasporto.

(34) Per la valorizzazione di questa dicotomia tra i) informazione finalizzata all'acquisizione di un valido consenso - di cui si discute la natura contrattuale o meno - e ii) informazione «dirett(a) a predisporre le condizioni migliori per lo svolgimento della prestazione ovvero a consentire il miglior godimento dell'utilità conseguibile dalla stessa» - il cui mancato assolvimento dà luogo per certo a responsabilità contrattuale - vedi Cafaggi , op. cit. (nota 3), 180 ss. e 190. Solo avendo presente questa distinzione si riesce ad avere contezza della decettività del richiamo, quali pronunce che avrebbero sancito la natura contrattuale della responsabilità nascente dalla violazione del dovere di informazione, di Trib Padova, 9 agosto 1985 (in Nuova giur. civ. comm., I, 115, con nota di Zatti), e della relativa sentenza di legittimità Cass., 8 luglio 1994, n. 6464 (in Foro it., Rep., 1995, voce Professioni intellettuali, nn. 163, 164; in Giur. it., 1995, I, 1, 790, con nota di Fascella , La risarcibilità del danno conseguente all'insuccesso dell'intervento di interruzione della gravidanza , e di Venturello , L'esperienza francese, tedesca e di common law ; in Corr. giur., 1995, 91, con nota di Batà , Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza ; in Resp. civ., 1994, 1034, con nota di Gorgoni , Il diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita intempestiva ; in Zacchia , 1995, 89, con nota di Turillazzi e Seri , Responsabilità del sanitario per la mancata interruzione della gravidanza ; in Rass. dir. civ., 1996, 343, con nota di Carusi , Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il danno da «procreazione» nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere ; in Nuova giur. civ. comm., 1995, I, 1107, con nota di Orru , Sulla responsabilità medica per mancata interruzione della gravidanza ; in Giust. civ., 1995, I, 767): in queste sentenze, infatti, è stata ritenuta la responsabilità del medico nell'essere venuto meno al dovere di informazione per non aver reso edotta la paziente, prima della sua dimissione, della necessità di attendere il risultato dell'esame istologico del materiale asportato per avere la certezza dell'esito dell'intervento, e comunque per non averla avvertita che avrebbe dovuto ripresentarsi ad una visita di controllo entro un termine utile per poter essere, eventualmente, sottoposta ad un nuovo intervento. Come è evidente, in questo caso è stato violato un dovere di informazione non finalizzata all'ottenimento del consenso ai fini della sottoposizione all'intervento, ma una informazione che si poneva cronologicamente dopo l'effettuazione dell'opus e che serviva a mettere il creditore nella condizione di trarre utilità dalla prestazione svolta dal debitore: la ritenuta responsabilità contrattuale derivante da tale violazione non interferisce quindi in alcun modo con la nostra indagine.

(35) Ora, se è pacifico che l'art. 1338 c.c., «che deriva direttamente dalla teoria di Jhering (la cui originaria formulazione riguardava prevalentemente la fattispecie del contratto invalidamente concluso) costituisce espressa specificazione normativa della direttiva di correttezza e buona fede, riferita alla fase precontrattuale (art. 1337)» (Rovelli , op. cit. [nota 1], 306), dubbia è invece l'interpretazione quale fattispecie di responsabilità precontrattuale dell'art. 1494 c.c. Sembra comunque che si debba distinguere tra le fattispecie di cui ai due commi di detto articolo, perché mentre «la responsabilità prevista dal comma 1 dell'art. 1494 c.c. a carico del venditore che ha colposamente ignorato i vizi della cosa, non si ricollega alla violazione di un dovere precontrattuale di buona fede - più precisamente del dovere di comunicare i vizi della cosa - ma costituisce una forma di tutela giuridica dell'interesse del compratore all'(esatto) adempimento» (Benatti , op. cit. [nota 4], 75, il quale a sua volta richiama l'insegnamento di Mengoni , Profili di una revisione della teoria della garanzia per i vizi nella vendita , in Studi in onore di De Gregorio, II, Città di Castello, s.d. (1955), 149; nello stesso senso anche Turco , Interesse negativo e responsabilità precontrattuale , Milano, 1990, 638 ss; Rovelli , op. cit. [nota 1], 303); «distinta dall'ipotesi prevista nel comma 1 dell'art. 1494 appare, invece, quella contemplata nel

comma 2. Infatti, mentre il comma 1 disciplina la responsabilità del venditore «per omessa prestazione di una cosa esente da vizi, cioè priva delle qualità richieste dalla *lex contractus*», il comma 2 regola i danni «cagionati dalla prestazione di una cosa viziata (interesse negativo)»: ad es. è stato alienato un cavallo affetto da una malattia contagiosa che ha infettato altri cavalli. La conseguenza pratica più importante connessa alla precedente affermazione consiste nell'impossibilità di applicare l'art. 1495 alla domanda di risarcimento ex art. 1494 comma 2, perché tale domanda si basa non sulla violazione del c.d. «obbligo di garantire la cosa dai vizi» (art. 1476, n. 3), ma sul fatto che l'alienante non ha dato comunicazione dei vizi, cioè sull'inosservanza di un dovere precontrattuale se si tratta di cose di specie, altrimenti dal principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti (art. 1375 c.c.)» (Benatti, op. cit. [nota 4], 78, citando Mengoni, In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi delle cose, in Riv. dir. comm., 1953, II; 299).

(36) Per la valorizzazione della distinzione tra l'obbligo procurarsi l'informazione - quale obbligazione di mezzi - e l'obbligo di comunicare l'informazione - quale obbligazione di risultato - v. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, Paris, LGDJ, 1992, 394.

Utente: Universit  Milano - www.iusexplorer.it - 15.05.2014

  Copyright Giuffr  2014. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156