

Consenso informato e danno esistenziale.

Con la sentenza del Tribunale di Milano, Sezione V civile, 4 marzo 2008, n. 2847 un Giudice di Milano ha preso una posizione chiara rispetto a delle questioni attualissime inerenti, sia il consenso informato che il danno esistenziale.

Il caso è quello di una paziente che nel 1998 subisce un intervento di osteotomia valgizzante del ginocchio anziché il prospettato intervento di artroprotesi per cui la paziente medesima aveva prestato il suo consenso.

Il giudice faceva questo tipo di considerazioni:

“Dagli atti e documenti di causa, dall’espletata C.T.U., risulta provato:

- *che l’ intervento prospettato dai sanitari e consentito dall’ attrice aveva ad oggetto l’artroprotesi del ginocchio destro;*
- *che tale intervento non è stato eseguito, dato che i sanitari hanno optato per l’ esecuzione di un diverso intervento, avente ad oggetto l’ osteotomia valgizzante del ginocchio destro e la fissazione della stessa mediante cambre e viti metalliche;*
- *che quest’ ultimo intervento, rispetto al quale non è stato acquisito il consenso dell’ attrice, è stato effettivamente eseguito in data 16/7/1998;*
- *che il medesimo intervento era meno invasivo e più conservativo rispetto a quello programmato, ed è stato eseguito a regola d’ arte, secondo le comuni norme di diligenza e prudenza;*
- *che l’ intervento effettivamente eseguito ha avuto ottimo risultato, atteso che, almeno a livello radiografico nell’ immediato postoperatorio, si poteva apprezzare l’ ottima correzione del varismo e il corretto allineamento dei frammenti;*
- *che, attualmente, il ginocchio destro dell’ attrice risulta atteggiato in evidente varismo, peraltro bilaterale, lievemente tumefatto in toto, con dolorabilità palpatoria elettiva a livello della emirima mediale e particolarità complessiva ridotta per circa 20 gradi in flessione, con evidenti difficoltà al carico, che avviene con zoppia da fuga ed all’ accovacciamento;*
- *che, tuttavia, anche tale obiettività attuale, rilevata in sede di operazioni peritali, é comunque nettamente migliore di quella registrata anteriormente all’ intervento di cui è causa, e ciò dimostra come la scelta chirurgica sia stata appropriata ed abbia permesso un decennio di accettabile funzione articolare, nonché di procrastinare il ben più impegnativo intervento di protesizzazione.*

Ritiene questo giudice che, alla luce di quanto esposto, debbano essere certamente rigettate le domande proposte dall' attrice relativamente alla richiesta di risarcimento di tutti i danni invocati in conseguenza della contestata colpa medica. Il CTU ha infatti escluso, con ragionamento immune da vizi logici o di altra natura, le cui conclusioni sono condivise da questo giudice, qualsivoglia colpa medica nell' esecuzione dell' intervento chirurgico.

Da quanto sopra si ricava che non vi sia stata colpa medica, ma rimane aperta la questione relativa al consenso informato, infatti successivamente, lo stesso giudice afferma:

Risulta invece provato l' inadempimento dei sanitari in ordine all' obbligo di informazione

dell' attrice sul cambiamento del programma operatorio, essendo stato eseguito un intervento affatto diverso da quello previamente consentito dalla T..

Qui, il Giudice di Milano, cita le innumerevoli sentenze in cui viene chiarito cosa si intende per consenso informato, specificando che lo stesso deve essere frutto di un rapporto reale tra paziente e medico e chiarendo che non deve trattarsi di un adempimento puramente formale e burocratico, ma che consiste in una condizione imprescindibile per trasformare un atto normalmente illecito in atto lecito.

Il Giudice ritiene che sia provato per tabulas l' inadempimento dell'obbligo al consenso.

Poi viene riportata una interpretazione dell'art. 2059 c.c. che prevede testualmente:

“Nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo -, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona.. e non solo come danno morale soggettivo”. Circa la riserva di legge contenuta nell'art. 2059 c.c., la Suprema Corte ha ritenuto che “una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti”, costituendo la riparazione mediante indennizzo la forma minima di tutela, che non è assoggettabile a specifici limiti. D'altra parte “il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale”. Questa lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. riconduce la tutela risarcitoria della persona al “sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale: quest'ultimo comprensivo del danno biologico in senso stretto, del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso e dei pregiudizi diversi ed ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto” (v. Cass. sentenze n. 8827/03 e n. 8828/03). Su quest'ultimo punto ancora più chiaramente la Corte Costituzionale (nella sentenza n. 233/2003) ha concluso: deve essere ricompreso, nell'astratta previsione dell'art.

2059 c.c., “ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d’animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell’interesse costituzionalmente garantito, all’integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina e giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona”.

Pertanto, secondo questa interpretazione, l’art. 2059 c.c. disciplina, oltre al danno morale soggettivo (quale transeunte perturbamento dell’animo) e al danno biologico (quale lesione dell’integrità psicofisica della persona) anche il danno derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale, nei quali rientra certamente il diritto di autodeterminazione “.

Da questa interpretazione il Giudice si pone la domanda per cercare di capire quale sia il danno-conseguenza risarcibile, se sussiste solo la lesione del diritto di autodeterminarsi e non anche la lesione del bene salute.

Infatti lo stesso ritiene di aderire a quella tesi secondo cui non consegue *ipso iure* un danno risarcibile come conseguenza dell’illecito derivante dalla violazione del diritto al consenso informato, sostenendo che è il danno consequenziale, secondo i principi di cui all’art. 1223 c.c., che può determinare un diritto al ristoro dei danni. Quindi viene ribadita la necessità dell’onere di allegazione e prova del danno subito, in base ai criteri della causalità giuridica.

Il Giudice di Milano infatti sostiene che: “è sempre necessaria la prova dell’entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall’art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale) alla quale il risarcimento deve essere commisurato”.

Qui abbiamo già una posizione che merita delle riflessioni, sì perché, da un lato abbiamo una valutazione molto chiara del Giudice che dice che vi è stato un inadempimento, dall’altra però vi è un mancato riconoscimento di un risarcimento, quindi una condotta illecita che non determina risarcimento. Essenzialmente qui il Giudice ci dice che un atto illecito non sempre è fonte di obbligazione e quindi di risarcimento, lo è solamente se si è verificato un danno.

Questa posizione meriterebbe un approfondimento che però in questo commento alla sentenza non può farsi, ma ragionando solo sul caso di questa sentenza potremmo domandarci, ad esempio, se non sarebbe stato più opportuno parlare di *consenso presunto* nel caso di specie.

Il caso è quello di un consenso prestato per un intervento più invasivo rispetto a quello che poi effettivamente è stato reso, bene, non è forse questo il caso di un consenso presunto? Non si può dire che se il paziente fosse stato nella condizione di decidere avrebbe senz’altro preferito un intervento meno invasivo?

Io ritengo di sì, e questo ragionamento avrebbe di molto semplificato il problema del mancato riconoscimento di un risarcimento.

Più volte, infatti, la Cassazione si è espressa sul punto, ad esempio nella seguente sentenza:

*La necessità del **consenso** del paziente alle cure sanitarie viene meno sia in presenza di uno stato di necessità effettivo, sia in presenza di uno stato di necessità **presunto** o putativo, il quale ricorre allorché il **medico**, senza colpa, abbia ritenuto in base a circostanze scusabili l'esistenza d'un pericolo di danno grave alla salute del paziente.*

[Cassazione civile, sez. III, 15 novembre 1999, n. 12621.](#)

Ancora di più si è in una ipotesi di consenso presunto se l'intervento effettuato è meno invasivo rispetto a quello programmato.

Ora il passo successivo è capire se queste considerazioni sono compatibili con il "danno esistenziale" e le definizioni che troviamo negli ultimi orientamenti giurisprudenziali.

La definizione che viene utilizzata dal Tribunale di Milano è quella della Cassazione 6572/06 e cioè: "per danno esistenziale si intende ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare areddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno" precisando però, il Giudice di merito, che tale definizione non debba ritenersi definitiva, essendoci stati altri contrasti della stessa Corte di legittimità, riportando parte del contenuto delle sentenze della Corte di cassazione n. 23918/06 e n. 6572/06, e più precisamente:

".. non può sostenersi che il suddetto arresto delle S.U. abbia inciso sulla struttura del risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. e cioè nell'ambito diverso della responsabilità aquiliana, affermando che essa investe anche la lesione del cd. "danno esistenziale"... Il danno alla salute (o "danno biologico") comprende ogni pregiudizio diverso da quello consistente nella diminuzione o nella perdita della capacità di produrre reddito che la lesione del bene salute abbia provocato alla vittima, e non è concettualmente diverso dal danno estetico o dal danno alla vita di relazione, che rispettivamente rappresentano, l'uno una delle possibili lesioni dell'integrità fisica e l'altra la impossibilità o difficoltà di reintegrarsi nei rapporti sociali e di mantenerli ad un livello normale.. ma la perdita subita sotto questi profili integra il danno biologico nelle sue varie componenti. Tale danno (come quello morale soggettivo) è stato liquidato nelle sue varie componenti dal giudice di merito e non è possibile una duplicazione liquidatoria della stessa voce di danno, sotto la categoria generica del "danno esistenziale".

Fatte queste precisazione il Giudice di merito poi, specificando che siamo tutti in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite sul danno esistenziale, prende una posizione netta affermando:

“Ebbene, questo giudice di merito, in attesa della soluzione del contrasto ad opera delle Sezioni Unite (l’articolata ordinanza n. 4712 di rimessione a queste ultime di tutte le problematiche inerenti il danno non patrimoniale è infatti stata depositata solo il 25.2.2008), deve comunque - ora e nel presente giudizio - districarsi tra queste incertezze della Cassazione ed appare necessario a tal fine un’ulteriore analisi critica del sintagma “danno biologico”, come species strutturalmente autonoma rientrante nel genus “danno non patrimoniale”, per verificarne l’esatto contenuto e la perdurante utilità in relazione al cd. “danno esistenziale”.

Bisogna comunque scegliere tra queste due opzioni:

- 1. è più corretto dire che il genus sia diventato proprio il danno esistenziale ed il danno biologico ne sia una species?*
- 2. oppure si deve confermare che il genus rimanga il danno non patrimoniale ed il danno biologico sia esattamente coincidente con il danno esistenziale (in seguito indicato sub b), con l’unica peculiarità che è correlato alla lesione del bene giuridico salute?*

Questo giudice aderisce alla seconda opzione”.

Qui la posizione dello scrivente è invece un po’ diversa, in quanto, al di là di quello che verrà previsto dalle Sezioni Unite, si ritiene di non aderire né alla prima né alla seconda opzione, in quanto sembra più corretto semmai parlare di danno non patrimoniale in riferimento al *genus*

e di danno biologico, morale e esistenziale, in riferimento alla *species*, a prescindere dal fatto che poi si aderisca alla tesi che ricomprende il danno esistenziale nel danno biologico oppure no.

Ma il tribunale di Milano in questa sentenza, invece, parla della funzione tipizzante del danno non patrimoniale, in riferimento all’art. 2059 c.c., nel seguente modo:

A differenza della norma di cui all’ art. 2043 cc (che consacra l’ atipicità dell’ illecito aquiliano), l’art. 2059 c.c., nel nuovo indirizzo giurisprudenziale, ha assunto “una funzione non più sanzionatoria, ma soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale” (così la Corte Costituzionale nella sentenza n. 233/2003).

Dunque, tuttora, premessa indefettibile per la liquidazione del danno non patrimoniale è che la fattispecie rientri in un caso specificamente previsto dalla legge ordinaria, ovvero che vi sia la prova che sia stato leso un interesse di rango costituzionale inerente alla persona.

Il danno morale soggettivo va sempre riconosciuto in tutte le ipotesi in cui venga applicato l’art. 2059 c.c. (ma sulla prova di tale danno v. amplius più avanti).

La Suprema Corte (sentenza n. 8827/2003) ravvisa che “l’interesse all’integrità morale, la cui tutela, agevolmente ricollegabile all’art. 2 Cost., ove sia determinata una ingiusta sofferenza contingente, si esprime mediante il risarcimento del danno morale soggettivo”. Devesi tuttavia precisare che il danno morale soggettivo trova un suo supporto nella Costituzione solo nell’ipotesi in cui tale danno sia conseguenza della lesione di un diritto fondamentale; altrimenti si ritorna ad una

valutazione di incostituzionalità dell'art. 2059 c.c., e ad una confusione dei contenuti del danno non patrimoniale, come invece ribaditi non solo dal nuovo corso giurisprudenziale, ma anche dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 37/1994, 372/1994 e l'ordinanza 293/1996.

Poi la sentenza riprende il discorso del danno non patrimoniale e della distinzione tra *genus e species* trovando altre due ipotesi, e più precisamente:” *Da un' attenta ricognizione dell' evoluzione giurisprudenziale sul danno non patrimoniale, si evince che, in definitiva, tutti i pregiudizi riconducibili al genus del danno non patrimoniale possono essere ricompresi in due sole species:*

- 1. un patema d'animo cd. “danno morale soggettivo”, che attiene alla sfera interiore del soggetto;*
- 2. un danno che attiene alla sfera esteriore del soggetto, che in tal senso può anche definirsi “esistenziale”, nella nozione accolta dalle Sezioni Unite: pregiudizio che l'illecito “provoca sul fare areddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno”.*

Qui quindi il Tribunale riapre in qualche modo il discorso sulla configurabilità di una diversa voce di danno per poi parlare di danno biologico personalizzato, così utilizzando un sistema molto caro alle Assicurazioni che nella liquidazione del danno biologico ricomprendono, o dovrebbero ricomprendere, anche aspetti di tipo personale del danneggiato, che, appunto, sarebbero quelli riferibili al danno esistenziale, infatti il Tribunale fa questo tipo di ragionamento: “*Ai sensi degli artt. 138 e 139 di questo Codice, “per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito”.* Come è stato opportunamente sottolineato, il danno biologico non è la “lesione” del bene salute, bensì la conseguenza di tale lesione. Ed infatti più rigorosa e completa è, invece, la nozione di danno biologico che si ricava dalla sentenza n. 356/1991 della Corte Costituzionale: danno conseguente alla lesione del bene salute (art. 32 Cost.), che deve essere considerato “in relazione all'integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita: non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva, e a ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità e cioè a tutte le attività realizzatrici della persona umana”.

Questo ragionamento, invero, sembra appartenere ad una vecchia concezione di danno non patrimoniale, almeno rispetto i più recenti orientamenti giurisprudenziali e in dottrina, anche se fornisce lo spunto di interessanti ragionamenti, certamente attualissimi. Proviamo ad esempio a leggere queste massime della Cassazione:

*Nel bipolarismo risarcitorio (danni patrimoniali e danni non patrimoniali) previsto dalla legge, al di là della questione puramente nominalistica, non è possibile creare nuove categorie di danni, ma solo adottare, per chiarezza del percorso liquidatorio, voci o profili di **danno**, con contenuto descrittivo - ed in questo senso ed a questo fine può essere utilizzata anche la locuzione **danno esistenziale**, accanto a quella di **danno morale** e **danno biologico** - tenendo conto che, da una parte, deve essere liquidato tutto il **danno**, non lasciando privi di risarcimento profili di detto **danno**, ma che, dall'altra, deve essere evitata la duplicazione dello stesso che urta contro la natura e la funzione puramente risarcitoria della responsabilità aquiliana.*

[Cassazione civile , sez. III, 30 ottobre 2007, n. 22884.](#)

*Il **danno esistenziale**, da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) che alteri le abitudini e gli assetti relazionali propri del soggetto inducendolo a scelte di vita diverse, quanto all'espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno, da quelle che avrebbe compiuto ove non si fosse verificato il fatto dannoso, non costituisce una componente o voce né del **danno biologico** (lesione all'integrità psico-fisica accertabile in sede medico-legale), né del **danno morale** soggettivo (dolore o patema d'animo interiore), ma un autonomo titolo di **danno**, il cui riconoscimento non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, della natura e delle caratteristiche del pregiudizio medesimo. (Il principio è stato affermato dalla S.C. con riguardo ad una fattispecie di **danno non patrimoniale** richiesto per perdita del congiunto ed oggetto di una pronuncia dei giudici di merito confermata in quanto aveva liquidato il **danno** valutando l'incidenza negativa della morte sui rapporti familiari).*

[Cassazione civile , sez. III, 28 agosto 2007, n. 18199.](#)

Qui la Cassazione, in realtà, fa un discorso differente rispetto al Tribunale di Milano, riconoscendo autonomia alla voce di danno esistenziale, come species del danno patrimoniale, alla condizione che detta voce non determini una duplicazione di altre voci di danno, tesi condivisibile cui si ritiene di aderire.

Infatti risulta certamente determinante il rispetto delle regole generali di allegazione e della prova del danno, sotto il profilo della causalità giuridica, così come si ritiene vi sia un vero vuoto giuridico sotto il profilo dei criteri che un Giudice possa seguire per una liquidazione del danno che non sia lasciata solo ed esclusivamente ai canoni

dell'equità, ma ciò non toglie che la species “danno esistenziale” in questi ultimi anni ha consentito una valutazione di profili di danno che prima risultavano, ad avviso di chi scrive, in realtà, privi di tutela, anche se gli operatori più sensibili al problema hanno tentato di ricomprenderli in voci di danno, come quella del danno biologico personalizzato.

Ma allora il discorso ricade solamente sul *nomen iuris*, posto che anche i Giudici meno aperti al riconoscimento della species “danno esistenziale” alla fine riconoscono vi siano aspetti personali di ogni individuo che non possono e non devono essere ricompresi in una valutazione generale del così detto danno biologico non personalizzato.

Certo questo è un discorso molto aperto, considerato che le Sezioni Unite, dovranno occuparsi proprio di porre fine alla *querelle*, in dottrina e giurisprudenza, sulla configurabilità del danno esistenziale.