

CONSENSO INFORMATO

- 1) Va dato seguito all'orientamento ormai consolidato (*funditus*, Cass. 11950/2013) che ha riconosciuto l'autonoma rilevanza, ai fini di una eventuale responsabilità risarcitoria, della mancata prestazione del consenso, da parte del paziente, all'intervento medico (Corte cost. 438/2008);
- 2) Contenuto dell'informazione, che costituisce il presupposto del consenso al trattamento sanitario, devono ritenersi le indicazioni:
 - **Sulla natura dell'intervento (distruttivo/invasivo/doloroso/farmacologico)**
 - **Sulla portata ed estensione dell'intervento (distretti corporei interessati)**
 - **Sulle conseguenze ragionevolmente probabili/possibili dell'intervento**
 - **Sui rischi ed effetti collaterali**
 - **Sulle ipotizzabili percentuali di successo**
 - **Sulla possibilità di interventi alternativi**
 - **Sulle condizioni e sulla idoneità della struttura ospedaliera**
- 3) La violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può, pertanto, causare due diversi tipi di danni:
 - a) *un danno alla salute*, quando sia ragionevole ritenere che il paziente - sul quale grava il relativo onere probatorio - se correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento (onde non subirne le conseguenze invalidanti);
 - b) *un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione*, predicabile se, a causa del *deficit* informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute." (*ex multis* Cass. 2854/2015; 24220/2015; Cass. 24074/2017; Cass. 16503/2017; Cass. 7248/2018).
- 4) Tali principi si collocano nell'ottica della legittimità della pretesa, per il paziente, di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le conseguenze probabili (ma non anche quelle assolutamente eccezionali o altamente improbabili) dell'intervento medico, onde prepararsi ad affrontarle con la necessaria consapevolezza, in ossequio al dettato costituzionale, ispirato al rispetto della persona umana in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua essenza psicofisica, alla luce del complesso di convinzioni morali, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni (tra le altre, Corte cost. 438/2008; Cass. n. 21748/2007; Cass. 23676/2008).
- 5) Ad una corretta e compiuta informazione consegua, difatti:

- a. il diritto, per il paziente, di scegliere tra le diverse opzioni di trattamento medico;
- b. la facoltà di acquisire ulteriori pareri di altri sanitari;
- c. la facoltà di scelta di rivolgersi ad altro sanitario e ad altra struttura, che offrano maggiori e migliori garanzie (in termini percentuali) del risultato sperato, anche in relazione al decorso post-intervento;
- d. il diritto di rifiutare l'intervento o la terapia, e/o di decidere consapevolmente di interromperla;
- e. la facoltà di predisporre ad affrontare consapevolmente le conseguenze dell'intervento, ove queste risultino, sul piano post-operatorio e riabilitativo, particolarmente gravose e foriere di sofferenze prevedibili (per il medico) quanto inaspettate (per il paziente) a causa dell'omessa informazione.

*

Possono, pertanto, prospettarsi le seguenti situazioni, conseguenti ad una omessa/insufficiente informazione:

- A) **Intervento** che abbia cagionato **un danno alla salute** a causa della condotta **colposa** del medico, a cui il paziente avrebbe in ogni caso scelto di sottoporsi, nelle medesime condizioni, hic et nunc: in tal caso, il risarcimento sarà limitato al solo danno alla salute subito dal paziente, nella sua duplice componente, morale e relazionale (sul punto, Cass. 7513/2018; 2788/2019);
- B) **Intervento** che abbia cagionato **un danno alla salute** a causa della condotta **colposa** del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento sarà esteso anche al danno da lesione del diritto all'autodeterminazione;
- C) **Intervento** che abbia cagionato **un danno alla salute** (inteso anche nel senso di un aggravamento delle condizioni preesistenti) a causa della condotta **non colposa** del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento, sarà liquidato con riferimento alla violazione del diritto alla autodeterminazione (valutando sul piano puramente equitativo la conseguente sofferenza), mentre la lesione della salute – da considerarsi comunque in relazione causale con la condotta, poiché, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito (Cass. 2847/2010) – andrà valutata in relazione alla eventuale situazione "differenziale" tra quella conseguente all'intervento e quella (comunque patologica) antecedente ad esso;

- D) **Intervento che abbia cagionato un danno alla salute** a causa della condotta **non colposa** del medico, cui il paziente avrebbe comunque scelto di sottoporsi: nessun risarcimento sarà dovuto/
intervento che non abbia cagionato danno alla salute del paziente, cui egli avrebbe comunque scelto di sottoporsi: nessun risarcimento sarà dovuto;
- E) **Omissione/inadeguatezza diagnostica** che **non abbia cagionato danno alla salute** del paziente, ma che gli ha tuttavia impedito di accedere a più accurati ed attendibili accertamenti (come nel caso del tri-test eseguito su di una partoriente, senza alcuna indicazione circa la sua scarsa attendibilità e senza alcuna, ulteriore indicazione circa l'esistenza di test assai più attendibili, quali l'amniocentesi, la villo centesi, la translucenza nucale): in tal caso, il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, alla autodeterminazione sarà risarcibile (giusta il già richiamato insegnamento del giudice delle leggi) qualora il paziente allegghi che, dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione, gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente - salva possibilità di provata contestazione della controparte.

Il risarcimento del danno da lesione del diritto di autodeterminazione che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un intervento terapeutico (ipotesi sub A,B,C,)), pur necessario ed anche se eseguito *secundum leges artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, dovrà conseguire alla allegazione del relativo pregiudizio ad opera del paziente, riverberando il rifiuto del consenso alla pratica terapeutica sul piano della causalità giuridica ex art. 1223 c.c. e cioè della relazione tra evento lesivo del diritto alla autodeterminazione - perfezionatosi con la condotta omissiva in violazione dell'obbligo informativo preventivo- e conseguenze pregiudizievoli che da quello derivano secondo un nesso di regolarità causale.

Ne consegue (Cass. 2847/2010) che il paziente che allegghi l'altrui inadempimento sarà dunque onerato della prova del nesso causale tra inadempimento e danno, posto che:

- a) il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico;

- b) il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla scelta soggettiva del paziente, sicché la distribuzione del relativo onere va individuato in base al criterio della cd. "vicinanza della prova";
- c) il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di necessità/opportunità dell'intervento operata dal medico costituisce eventualità non corrispondente all' "*id quod plerumque accidit*".

Tale prova potrà essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza, le presunzioni, queste ultime fondate, in un rapporto di proporzionalità diretta, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessità dell'operazione, non potendosi configurare, *ipso facto*, un danno risarcibile con riferimento alla sola omessa informazione, attesa l'imprevedibilità di danni *in re ipsa* nell'attuale sistema della responsabilità civile". (*contra*, non condivisibilmente in quanto espressione di un orientamento che deve ritenersi ormai definitivamente superato, Cass. 5444/2006)

Condizione di risarcibilità di tale tipo di danno non patrimoniale sarà l'obiettivo superamento della soglia della serietà/gravità, secondo l'insegnamento di cui a Cass. SSUU 26972/2008 e Cass 26975/2008), predicative del principio per cui il diritto leso, per essere oggetto di tutela risarcitoria, deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento con il principio di solidarietà secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.