

RESPONSABILITÀ MEDICA: IL DANNO DA LESIONE DEL CONSENSO INFORMATO VA SEMPRE RISARCITO

di Giorgia Michela DE SANCTIS*

Corte di Cassazione, III Sezione civile
Sentenza 5 luglio 2017 n. 16503
(Pres. Travaglino - Rel. De Stefano)

Deve ritenersi non corretta la tesi per la quale l'inadempimento dell'obbligo informativo da parte del medico si avrebbe solo in caso di allegazione e prova, da parte del paziente, di un suo probabile rifiuto all'intervento in caso di avvenuta adeguata informazione, dovendosi ricordare la natura contrattuale dell'obbligo gravante sul sanitario e quindi la sufficienza dell'allegazione dell'inadempimento da parte del paziente-creditore.

[Omissis]

Fatti di causa

1. FTT, lamentando di esserle derivate lesioni da un intervento chirurgico del 15/11/2001 di emilanectomia parziale, erniectimia e foratominotomia per tentativo di risoluzione di lombosciatalgia destra, adì - con atto di citazione notificato tra il 19 ed il 30 marzo 2007 - il tribunale di Como per conseguire dall'Azienda ospedaliera X di Como, dove l'intervento era stato effettuato, nonché dal Dott. C.C., che lo aveva

* Praticante avvocato.

eseguito, il risarcimento del danno iatrogeno e di quello derivato dal non essere stata adeguatamente informata circa la natura e le conseguenze dell'intervento.

2. I convenuti resistettero alla domanda, chiamando in causa le rispettive assicuratrici della r.c. (omissis, per l'Ospedale A IA e NT Assicurazioni, per il sanitario la Assicuratrice M); e all'esito anche di una consulenza tecnica d'ufficio, il giudice di primo grado respinse (con sentenza n. 747/12) le domande attoree, compensando le spese di lite tra tutte le parti, tranne che nei confronti di NT Assicurazioni, in favore della quale condannò gli originari convenuti.

3. Interposero appello principale la danneggiata e incidentale l'ospedale ed il sanitario: la prima sul rigetto di entrambe le domande (sul danno da errata operazione chirurgica e su quello da difetto di valido consenso informato) e gli altri sulla ritenuta esclusione della copertura assicurativa da parte di NT Assicurazioni; e l'adita corte di appello ambrosiana, esclusa la responsabilità in relazione all'intervento in sé considerato per essere stato eseguito a regola d'arte nonostante l'esito non favorevole per il paziente, accolse parzialmente il primo gravame, ritenendo fondata soltanto la seconda domanda della T e liquidando in suo favore, a carico dell'Azienda Ospedaliera e del C, la somma di € 30.000,00 onnicomprensivi, con condanna solidale al pagamento di una tale somma in favore dell'appellante principale e, per metà compensate, delle spese di lite di primo e secondo grado, tra l'altro con condanna di U,G ed I a manlevare i condannati.

4. Per la cassazione di tale sentenza, pubblicata il 09/04/2014 col n. 1439, ricorre, affidandosi a due motivi e con atto non notificato alle assicuratrici, FTT; resistono con unitario controricorso, con cui dispiegano ricorso incidentale articolato su due motivi, a cui replica la ricorrente principale e che ulteriormente illustrano con memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c., l'Azienda Ospedaliera X di Como e CC.

Ragioni della decisione

1. È opportuno esaminare complessivamente le censure proposte dalle parti per delimitare il tema del giudizio di legittimità e verificare la necessità di integrare su quelle il contraddittorio, secondo quanto prospettato in via preliminare dai ricorrenti incidentali.

2. A questo riguardo, si ha che la ricorrente principale FTT lamenta:

- col primo motivo, «violazione e falsa applicazione dell'art. 111, comma 6, 32 Cost. art. 132 c.p.c., 1223, 1225, 1226, 2059 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c. comma 1 n. 3», contestando la carenza assoluta di un percorso motivazionale a sostegno della quantificazione in €30.000 del risarcimento da lesione del suo diritto alla autodeterminazione in difetto di consenso adeguatamente informato;

- col secondo motivo, «violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 115, 116, 132, 183, 184 c.p.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.», quanto alla mancata ammissione di una prova per testi in ordine alle rassicurazioni ricevute, durante le visite preoperatorie e dei sanitari dell'ospedale, sul carattere routinario dell'intervento e sull'esito migliorativo delle sue condizioni, da cui poi desumere il suo rifiuto di sottoporsi, se adeguatamente informata dei rischi.

3. Dal canto loro, i ricorrenti incidentali, dopo avere eccepito la non integrità del contraddittorio in relazione alla mancata estensione del medesimo anche alle assicuratrici della loro responsabilità civile, denunciano:

- con un primo motivo, «vizio per omesso esame circa un fatto controverso e

decisivo per il giudizio - che è stato oggetto di discussione tra le parti - ex art. 350 n.5 c.p.c. - in ordine al consenso informato espresso dalla signora T», contestando sotto diversi profili - tra cui la mancata allegazione e prova del fatto che, in presenza di più compiuta informazione, ella non si sarebbe sottoposta all'intervento - l'affermazione di responsabilità della violazione degli obblighi sul punto sussistenti in capo ad essi;

- con un secondo ed ancora più complesso motivo, «vizio per omesso esame circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti - ex art. 360 n.5 c.p.c. - in ordine all'operatività delle polizze assicurative stipulate dall'azienda ospedaliera e dal medico», contestando le conclusioni raggiunte dalla corte di appello in ordine alla ritenuta non operatività della polizza del C per la validità della clausola *claims made* ad essa adietta, nonché in punto di spese nei rapporti con la NT e, a seguito dell'auspicata riforma dei capi sulla domanda principale, anche nei rapporti con tutte le altre parti.

4.- 5.- 6. Omissis.

7. Assume logica priorità il primo motivo di ricorso incidentale, col quale si contesta in radice la spettanza del risarcimento: ed esso è manifestamente infondato.

8. In primo luogo, infatti, la valutazione della non adeguatezza delle informazioni in concreto somministrate alla paziente prima dell'intervento, come su ogni altra questione di fatto ivi coinvolta, impinge in un apprezzamento di merito, sottratto a verifica nella presente sede di legittimità, a maggior ragione dopo la novella del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. che ha ridotto al minimo costituzionale il controllo in sede di legittimità sulla motivazione (Cass. Sez. Un. nn. 8053, 8054 e 19881 del 2014), rimanendo comunque gli apprezzamenti di fatto - se scevri, come lo sono nella specie, da quei soli ed evidenti vizi logici o giuridici ammessi dalle or ora richiamate pronunzie delle Sezioni Unite - istituzionalmente riservati al giudice di merito (tanto corrispondendo a consolidato insegnamento, su cui, per tutte, v. Cass. Sez. Un., n. 20412 del 2015, ove ulteriori riferimenti).

9. In secondo luogo non è corretta la tesi dei ricorrenti incidentali per la quale l'inadempimento dell'obbligo informativo si avrebbe solo in caso di allegazione e prova, da parte del paziente, di un suo probabile rifiuto all'intervento in caso di avvenuta adeguata informazione; al riguardo risultando opportuno premettere - ricordata la natura contrattuale dell'obbligo gravante sul sanitario e quindi la sufficienza dell'allegazione dell'inadempimento da parte del paziente- creditore - che, come questa Corte ha già avuto modo di affermare (Cass. 13/02/2015, n. 2854):

-l'obbligo del consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, senza il quale l'intervento del medico è - al di fuori dei casi trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità - sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente (Cass. 16/10/2007, n. 21748); pertanto, ai sensi dell'art. 32 Cost., comma 2 (in base al quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), dell'art. 13 Cost. (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica), dell'art. 33 della legge n. 833 del 1978 (che esclude la possibilità di accertamenti e trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo non è in grado di prestarlo e non ricorrano i presupposti dello stato di necessità ex art.

54 c.p.), un tale obbligo è a carico del sanitario, il quale, una volta richiesto dal paziente dell'esecuzione di un determinato trattamento, decide in piena autonomia secondo la *lex artis* di accogliere la richiesta e di darvi corso;

- un tale obbligo attiene all'informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente viene sottoposto ed in particolare al possibile verificarsi, in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso (Cass. 13/04/2007, n. 8826; Cass. 30/07/2004, n. 14638), di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, onde porre quest'ultimo in condizioni di consapevolmente consentire al trattamento sanitario prospettato (Cass. 14/03/2006, n. 5444).

Il medico ha pertanto il dovere di informare il paziente in ordine alla natura dell'intervento, alla portata dei possibili e probabili risultati conseguibili e delle implicazioni verificabili;

- l'acquisizione da parte del medico del consenso informato costituisce prestazione altra e diversa da quella dell'intervento medico richiestogli, assumendo autonomia rilevanza ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria in caso di mancata prestazione da parte del paziente (cfr. Cass., 16/05/2013, n. 11950); e si tratta, in definitiva, di due diritti distinti (Cass. 06/06/2014, n. 12830): il consenso informato attenendo al diritto fondamentale della persona all'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico (Corte cost. n. 438 del 2008) e quindi alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente, atteso che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (anche quest'ultima non potendo peraltro in ogni caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana: art. 32 Cost., comma 2); il trattamento medico terapeutico ha viceversa riguardo alla tutela del (diverso) diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost. comma 1).

10. Ancora, il diritto ad essere correttamente informati al fine di potere esprimere un consenso al trattamento sanitario sulla propria persona va attentamente ricostruito alla stregua dei principi generali già affermati a partire da Cass. Sez. Un. 11/11/2008, n. 26972, come appresso (in tali testuali termini: Cass. 12/06/2005, n. 12205):

- la lesione del diritto ad esprimere il c.d. consenso informato da parte del medico si verifica per il sol fatto che egli tenga una condotta che lo porta al compimento sulla persona del paziente di atti medici senza aver acquisito il suo consenso;

- il c.d. danno evento cagionato da tale condotta è rappresentato dallo stesso estrinsecarsi dell'intervento sulla persona del paziente senza la previa acquisizione del consenso, cioè, per restare al caso dell'intervento chirurgico, dall'esecuzione senza tale consenso dell'intervento sul corpo del paziente; danno-evento in questione che risulta, dunque, dalla tenuta di una condotta omissiva seguita da una condotta commissiva;

- il danno conseguenza (quello che l'art. 1223 c.c., indica come perdita o mancato guadagno) è, invece, rappresentato dall'effetto pregiudizievole che la mancata acquisizione del consenso e, quindi, il comportamento omissivo del medico, seguito dal comportamento positivo di esecuzione dell'intervento, ha potuto determinare sulla sfera della persona del paziente, considerata nella sua rilevanza di condizione psicofisica posseduta prima dell'intervento, la quale, se le informazioni fossero state date, l'avrebbe portata a decidere sul se assentire la pratica medica, vale a dire: a)

dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, patite dal paziente in ragione dello svolgimento sulla sua persona dell'esecuzione dell'intervento durante la sua esecuzione e nella relativa convalescenza; b) eventualmente, dalla diminuzione che lo stato del paziente subisce a livello fisico per effetto dell'attività demolitoria, che abbia eventualmente eliminato, sebbene a fini terapeutici, parti del corpo o le funzionalità di esse: poiché tale diminuzione avrebbe potuto verificarsi solo se assentita sulla base dell'informazione dovuta e si è verificata in mancanza di essa, si tratta di conseguenza oggettivamente dannosa, che si deve apprezzare come danno conseguenza indipendentemente dalla sua utilità rispetto al bene della salute del paziente, che è bene diverso dal diritto di autodeterminarsi rispetto alla propria persona, ancorché in modo di riflesso incidentale sul bene della salute, c) se del caso, con riferimento alla possibilità che, se il consenso fosse stato richiesto, la facoltà di autodeterminazione avrebbe potuto indirizzarsi nel rivolgersi per l'intervento medico altrove, qualora si riveli che sarebbe stata possibile in relazione alla patologia l'esecuzione di altro intervento vuoi meno demolitorio vuoi anche solo determinativo di minore sofferenza, si verifica anche un danno conseguenza rappresentato da vera e propria perdita, questa volta relativa proprio ad aspetti della salute del paziente.

11. Se tanto è vero, delle sequenze causali che diano esito nelle conseguenze suddette almeno la prima - quella sub a) del terzo alinea del precedente punto 10 (sofferenza e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, patite dal paziente in ragione dello svolgimento sulla sua persona dell'esecuzione dell'intervento durante la sua esecuzione e nella relativa convalescenza) - corrisponde allo sviluppo di circostanze connotate da normalità, ovvero sia da normale frequenza statistica, corrispondendo all'*id quod plerumque accidit* e potendo quindi ritenersi di regola esentata da prova specifica, salvi la contestazione della controparte o l'onere dell'allegante che intenda giovare di fatti ancora più favorevoli a sé.

12. È infatti da ritenersi immediata, siccome riferita al foro interno della coscienza dell'individuo e sostanzialmente da questa inscindibile perché risolta nella stessa attività di percezione ed elaborazione di quelli, la compromissione della genuinità dei processi decisionali fondati su dati alterati o incompleti per incompletezza delle informazioni. Solo per le altre due - quelle sul b) e c) del detto terzo alinea del precedente punto 10 - man mano che ci si allontana dalla sequenza causale normale e che si amplia il ventaglio di opzioni liberamente percorribili o di esiti possibili, occorre un'allegazione prima, ed una prova poi, sempre più puntuale e specifica.

13. In ogni caso, è indispensabile che ogni valutazione abbia ad oggetto la comparazione tra la situazione in cui si è venuto a trovare il paziente all'esito dell'espressione del suo consenso malamente informato con quella in cui si sarebbe comunque trovato se l'intervento sanitario non avesse avuto luogo: in altri termini, occorre che il descritto danno-evento sia correttamente inquadrato nella sua efficienza modificatrice di una sequenza causale preesistente incanalata lungo un suo sviluppo autonomo e che il danno-conseguenza da liquidare sia solo quello derivante dalla modificazione - in sostanza, dallo scarto o dalla differenza - del corso degli eventi cagionata dal consenso male informato rispetto a quanto poteva dirsi sviluppo normale - cioè, senza l'intervento o la pratica sanitaria - della situazione in atto al momento in cui

l'intervento - o la pratica sanitaria - oggetto del consenso è stato eseguito.

14. In tale contesto, deve ritenersi che il paziente, il quale invochi, dispiegando la relativa domanda risarcitoria, l'incompletezza del consenso informato e quindi l'inadempimento del correlativo obbligo dei sanitari di somministrargli le informazioni necessarie per formarlo, allegghi implicitamente il danno di quella sua libera e consapevole autodeterminazione che, in base a quanto accade normalmente e per riferirsi la lesione ad un diritto personalissimo e relativo alla sfera interna del danneggiato (almeno quanto alla sofferenza ed alla contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, patite dal paziente in ragione dello svolgimento sulla sua persona dell'esecuzione dell'intervento durante la sua esecuzione e nella relativa convalescenza), si ricollega quale conseguenza ineliminabile alla carenza di un quadro informativo completo e ben compreso o spiegato a chi dovrebbe valutarlo come base di una responsabile decisione.

15. Nel medesimo contesto ed in modo del tutto analogo, sulla base di nozioni di comune esperienza può dirsi anche provato che, essendo stato tanto per implicito allegato attraverso la formulazione di una domanda siffatta, con il danno-evento dell'esecuzione dell'intervento sanitario seguito all'incompleta serie di informazioni si sia prodotta quale danno-conseguenza quanto meno la prima ed immediata delle conseguenze sopra descritte e cioè la lesione della libertà di autodeterminazione del paziente e la sofferenza ad essa connessa di cui sopra.

16. Pertanto, non avrebbe avuto altro onere, nella specie, la paziente e qui ricorrente principale, che allegare e provare l'incompletezza od inadeguatezza - poi, per quanto detto, accertata con motivazione in fatto qui non censurabile dalla corte territoriale - dell'informazione ricevuta prima di sottoporsi alla rischiosa operazione per allegare e addurre la prova, sulla base di presunzioni se non perfino di quanto accade secondo criteri di normalità, dei danni conseguenza almeno correlati alla lesione della sua libertà di autodeterminazione, fermo restando solo che tale specifica lesione non corrisponde mai, attesa l'ontologica diversità tra i due diritti lesi, quello all'autodeterminazione e quello all'integrità psicofisica, al danno a quest'ultima in quanto tale (in teli espressi termini: Cass.2854 del 2015) quasi consentendo una sorta di automatico recupero, per tale via, dell'esito infausto per il paziente di un intervento chirurgico pure correttamente eseguito.

17. Solo per le ulteriori e più gravi conseguenze, indicate più sopra (decisione di non sottoporsi all'intervento, acquisizione di pareri o soluzioni alternative, etc.) sarebbe intervenuta la necessità di una più specifica allegazione e prova, nella specie peraltro mai neppure prospettata o articolata, come si vedrà (in sensi analoghi, Cass.23/11/2015 n. 23204).

18. Il primo motivo di ricorso incidentale è pertanto infondato; ma le viste precisazioni sul contenuto del diritto al consenso informato consentono di trattare congiuntamente i due motivi di ricorso principale, per rilevare l'inammissibilità del primo e l'assorbimento del secondo.

19. Infatti, se non può non riconoscersi che la motivazione della corte territoriale risulta apodittica, perché priva di ogni indicazione dei parametri applicati o dei criteri seguiti per giungere al totale della quantificazione del danno in trentamila euro, è altrettanto vero che la ricorrente - anche tralasciando di considerare che la liquidazione non potrebbe mai coincidere, di per sé sola considerata, con quella del

danno alla salute che le è derivato (Cass. 09/02/2010, n. 2847; Cass. 27/11/20120, n. 20984; Cass. 16/02/2016, n. 2998) - non indica in ricorso quale, a suo giudizio, avrebbe dovuto essere il corretto ammontare di quella liquidazione, dimostrando quindi che la somma in concreto a lei riconosciuta è inidonea od insufficiente e quindi errata per difetto, in relazione ai profili da lei reputabili come correttamente dedotti e provati, cioè quei solo indicati sub a) al terzo alinea del precedente punto 10. Pertanto non dimostrando il suo interesse a dolersi dell'effettiva liquidazione operata, il motivo da lei dispiegato risulta quindi inammissibile e neppure quanto ad essa si palesa necessaria alcuna integrazione del contraddittorio quanto alla garanti non coinvolte nel presente giudizio di legittimità.

20. Tanto consente di ritenere assorbito il secondo motivo di ricorso incidentale (ciò che neppure, quindi, rende necessaria alcuna integrazione del contraddittorio al riguardo): in disparte la serissima problematicità di un'allegazione implicita - neppure sorretta da intrinseca concludenza, non derivando necessariamente dalla capitolazione riportata che, ove l'informazione fosse stata corretta e completa, effettivamente la paziente avrebbe rifiutato l'intervento, nonostante le sue condizioni serie ed ingravescenti - che si sostiene solo in questa sede di avere dedotto (così non rispettandosi la regola per la quale il ricorrente che proponga in sede di legittimità una determinata questione giuridica, la quale implichi accertamenti di fatto, ha l'onere, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione dinanzi al giudice di merito, ma anche di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di controllare *ex actis* la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la questione stessa: Cass. 02/04/2004, n. 6542; Cass. 10/05/2005, n. 9765; Cass. 12/07/2005, n. 14599; Cass. 11/01/2006, n. 230; Cass. 20/10/2016, n. 22540; Cass. 27/05/2010, n. 12992; Cass. 25/05/2011, n. 11471; Cass. 11/05/2012, n. 7295; Cass. 05/06/2012, n. 8992; Cass. 22/01/2013, n. 1435; Cass. sez. Un. 06/05/2016, n. 9138), l'argomento è irrilevante, per la appena riscontrata inammissibilità del primo motivo e la conseguente non ulteriore utile contestabilità della liquidazione già conseguita dalla paziente, anche in dipendenza del rigetto dell'impugnazione della controparte sul punto.

21. In conclusione, del ricorso principale è inammissibile il primo motivo, con assorbimento del secondo, mentre del ricorso incidentale è manifestatamente infondato il primo motivo e va dichiarato inammissibile il secondo.

22.- 23. Omissis

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il primo motivo di ricorso principale ed assorbito il secondo; rigetta il primo motivo di ricorso incidentale e dichiara inammissibile il secondo. Compensa integralmente le spese processuali. Omissis.

[Omissis]

NOTA

Sommario: 1. Le vicende processuali. 2. Il consenso informato. 3. Il danno. 4. L'onere della prova. 5. conclusioni.

1. Le vicende processuali

La domanda giudiziale proposta al Tribunale di Como dalla Sig.ra FTT ha ad oggetto la richiesta del risarcimento del danno iatrogeno e di quello da mancato adeguato consenso informato, circa la natura e le conseguenze di un intervento di emilanectomia parziale, erniectomia e foratominotomia per tentativo di risoluzione di lombo sciatalgia destra, al quale la signora si era sottoposta. Vengono citati l'Azienda Ospedaliera presso la quale era stato effettuato l'intervento ed il medico che lo aveva eseguito.

I convenuti resistono alla domanda, chiamando in causa le rispettive assicuratrici della r.c.; ed all'esito di un consulenza tecnica d'ufficio, il giudice di primo grado, respinge le domande attoree.

Propongono appello: principale, la danneggiata sul rigetto di entrambe le domande (sul danno da errata operazione chirurgica e su quello da difetto di valido consenso informato) ed incidentale, l'ospedale ed il medico sulla ritenuta esclusione della copertura assicurativa.

La Corte d'appello ambrosiana, esclusa la responsabilità in relazione all'intervento in sé considerato per essere stato eseguito a regola d'arte nonostante l'esito non favorevole per la paziente, accoglie parzialmente il primo gravame, ritenendo fondata solo la seconda domanda, liquidando in suo favore, a carico dell'Azienda ospedaliera e del medico, la somma di € 30.000.

Per la cassazione di tale sentenza, n. 1439/2014, ricorre la danneggiata; resiste con unitario controricorso l'Azienda ospedaliera ed il medico.

2. Il consenso informato

La sentenza in commento pone un ulteriore punto fermo circa la punibilità dell'omessa informazione del medico al paziente *ex se* e l'obbligatorietà del consenso informato.

Il c.d. consenso informato è una forma di autorizzazione a ricevere un qualsiasi trattamento sanitario, rilasciata dal paziente al personale medico proponente. Si concretizza nel sottoscrivere un modello prestampato, previa necessaria ed ineludibile delucidazione da parte del medico, infermiere od altro esercente la professione sanitaria, di quanto si andrà a porre in essere sulla persona del paziente. Incombe su detti soggetti l'obbligo di spiegare in modo chiaro ed intellegibile, mediante

un linguaggio comprensibile all'uomo medio, il tipo di trattamento, terapia, esame diagnostico od operazione che si andrà ad eseguire, illustrando le conseguenze che questi comportano e gli eventuali rischi intrinseci agli stessi. Il paziente ha il diritto/dovere di conoscere tutte le informazioni disponibili sulla propria salute e malattia, chiedendo tutti i chiarimenti a riguardo, così da poter scegliere, in modo informato, se sottoporsi o meno ad un determinato trattamento. Tale consenso costituisce il fondamento della liceità dell'attività sanitaria, in assenza del quale l'attività stessa costituisce reato.

Alla luce della recente sentenza in commento, ogniqualvolta si ometta di presentare il modulo per il consenso informato al paziente, tanto il medico, quanto la struttura sanitaria saranno passibili di condanna al risarcimento del danno, si faccia attenzione, *a prescindere dall'esistenza di un danno alla salute*. Ciò significa che quand'anche l'intervento riesca, risolvendo in toto la patologia lamentata dal paziente, sussiste comunque una lesione, da risarcire: la lesione al diritto del malato di essere informato circa il trattamento al quale sottoporsi, in ossequio all'obbligo di trasparenza, principio cardine nel campo medico e di tutela alla salute. Quest'orientamento conferma e rafforza quanto precedentemente previsto dalla suprema Corte, la quale aveva sancito il principio per il quale l'omessa informazione lede il diritto all'autodeterminazione del malato.¹

3. Il danno

È necessario distinguere il tipo di danno che potrebbe discendere dalla condotta del personale sanitario proponente.

Il **danno iatrogeno**, è il pregiudizio alla salute, causato da colpa di un sanitario, che ha per effetto l'aggravamento di una lesione già esistente, a sua volta ascrivibile a colpa di un terzo o a cause naturali. È il c.d. danno alla salute, rinveniente da un'ipotesi di responsabilità medica.

Diverso è invece, il **danno per mancato consenso informato**, il quale si pone come autonomo ed indipendente rispetto a quello alla salute, poiché risultano diversi i diritti ed i beni giuridici tutelati dalla legge:

- gli **obblighi di informazione** tutelano dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente;
- la **diligenza medica** richiesta durante l'intervento chirurgico o la terapia, tutela il diritto all'integrità psicofisica del paziente dall'errore professionale.

Tale dicotomia trova trasposizione anche in ordine alla quantificazione del danno, la Suprema Corte ha affermato che qualora l'intervento chirurgico non vada a buon fine ed il paziente venga risarcito per danno alla salute, tale indennizzo non copra anche quello da mancata sottoscrizione del consenso informato, proprio perché come detto, si tratta di due illeciti diversi, causativi di due fonti di danno differenti. Pertanto la quantificazione del danno rinveniente a seguito di un'ipotesi di responsabilità professionale per colpa medica non è comprensiva del danno da mancato

¹ Cass. civ., 20 maggio 2016 n. 10414.

consenso informato, poiché la violazione degli obblighi informativi lede il diritto all' autodeterminazione del malato, nell'addivenire ad una scelta "adeguatamente informata" circa il trattamento al quale sottoporsi, lesione del tutto indipendente dall'errata esecuzione dell'intervento o del trattamento.

Dunque la sentenza in commento, n. 16503/2017 chiarisce come l'acquisizione del consenso da parte del paziente rappresenti una prestazione "altra e diversa da quella dell'intervento medico", idonea ad assumere una rilevanza autonoma ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria. Andando a puntualizzare circa la configurazione del danno: il *danno evento* cagionato dall'omessa informazione si sostanzia nel compimento di un intervento medico sul paziente senza averne ottenuto il consenso, ponendosi come conseguenza di una condotta omissiva, seguita da una commissiva. Il *danno conseguenza* può estrinsecarsi in vari modi, ma *l'id quod plerumque accidit* consiste nella **sofferenza e la contrazione della libertà** di disporre di sé stessi, da ritenersi di regola esentata da prova specifica, salvi la contestazione della controparte o l'onere dell'allegante che intenda giovare di fatti ancora più favorevoli a sé.

4. L'onere della prova

A questo punto, merita una riflessione la tematica dell'onere della prova in tema di consenso informato del paziente. La sentenza in commento ha statuito il principio per il quale: "*Il paziente può essere risarcito per il danno da lesione del consenso informato anche se non dimostra che, ove fosse stato informato in maniera differente e quindi più completa e corretta, non si sarebbe sottoposto al trattamento medico*". Conseguente corollario: il paziente può essere risarcito anche se l'intervento è stato eseguito a regola d'arte nonostante l'esito infausto, poiché l'obbligo informativo in capo al medico ha *natura contrattuale*, ed è originato dal diritto all'autodeterminazione del paziente e non dal diritto alla salute sancito ai sensi dell'art. 32 della Costituzione. Sorge un'autonoma obbligazione risarcitoria, relativa ad un differente profilo di responsabilità.

Tale principio trova un precedente conforme nella sent. n. 2854/2015, mentre si segnala un orientamento difforme², che fa ricadere sul paziente l'onere di provare che avrebbe rifiutato l'intervento se avesse ricevuto ampia ed analitica informativa in merito. Ad ogni buon conto, a seguito di quanto stabilito recentemente dalla Suprema Corte, l'onere della prova si pone in capo al medico, **spetterà a quest'ultimo fornire la prova liberatoria idonea a scagionarlo dalla responsabilità per inidoneo consenso informato**, andando a rafforzare e meglio tutelare i diritti del paziente.

² Cass. civ., 9 febbraio 2010 n. 2847/2010: "*La violazione del diritto all'autodeterminazione dell'ammalato comporta la risarcibilità del danno non patrimoniale che ne è derivato anche se l'intervento terapeutico era necessario ed è stato correttamente eseguito; ma se il cliente del medico lamenta anche la lesione della salute per il mancato consenso, dovrà dimostrare che, messo al corrente dei rischi collegati, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento*".

5. Conclusioni

L'obbligo del consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, senza il quale l'intervento del medico è - al di fuori dei casi trattamento sanitario obbligatorio - illecito, anche quando posto nell'interesse del paziente³. Stante la natura contrattuale dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario, risulta sufficiente ai fini del risarcimento del danno, l'allegazione da parte del paziente creditore dell'inadempimento dell'obbligo informativo, non essendo necessaria la prova del presumibile rifiuto del consenso in presenza di un'adeguata informazione. Al medico l'onere di fornire la prova liberatoria atta ad esimerlo da responsabilità per inidoneo consenso informato.

Il diritto all'autodeterminazione del paziente, costituzionalmente garantito dagli artt. 32, co. 2 e 13 nonché dall'art. 33 l. n. 833/1978, risulta alla luce delle ultime pronunce, ulteriormente rafforzato.

³ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.