

# Consenso informato, paziente ha onere di provare che avrebbe rifiutato l'intervento

I chiarimenti della Cassazione sulle condizioni per ottenere il risarcimento del danno da mancata informazione, in caso di condotta non colposa del medico (Ordinanza n. 11112/2020)

Di **Angelo Forestieri**

Pubblicato il 28 luglio 2020

Nell'ambito della responsabilità sanitaria, merita di essere evidenziata la recente Ordinanza della Corte di Cassazione – Sez. III civile, n. 11112/2020, depositata in cancelleria il 19.06.2020 (**testo in calce**), in materia di **consenso informato**.

A distanza di non molto tempo dal decalogo di San Martino, in cui la Suprema Corte, con la **sentenza n. 28985/2019**, aveva già affrontato la tematica particolarmente complessa del "**consenso informato**", con l'Ordinanza in commento, è intervenuta nuovamente a delineare le condizioni per ottenere il risarcimento dei danni causati dalla mancanza del consenso all'intervento, nel caso di condotta non colposa del medico.

Nel caso in esame, la decisione ha specificatamente confermato che in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, ove manchi un'adeguata informazione al paziente, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, ovvero avrebbe ottenuto la necessaria preparazione per affrontare il periodo post-operatorio (accettandone le eventuali conseguenze e sofferenze).

## Sommario

- **Il caso esaminato**
- **L'omissione informativa e la sua capacità plurioffensiva**
- **Mancanza del consenso informato e danno alla salute**
- **Onere della prova e liquidazione del danno**
- **Conclusioni**

## Il caso esaminato

La vicenda risolta dalla Cassazione riguardava un'azione risarcitoria promossa da una paziente, avverso la struttura e il sanitario che l'avevano operata.

Nel caso specifico, l'intervento chirurgico eseguito presso il polo universitario della Capitale era stato condotto dal chirurgo nel pieno rispetto delle *leges artis*, ma senza che fosse stato in precedenza correttamente acquisito il **consenso informato** della paziente.

Quest'ultima, infatti, eccepiva di non aver ricevuto le necessarie informazioni in merito alla natura dell'intervento praticato, alle complicità prevedibili e non prevenibili e alle alternative terapeutiche concretamente praticabili.

Per tali fatti, sia il Tribunale di Roma che la Corte d'Appello di Roma condannavano i convenuti al risarcimento del danno.

La Corte d'Appello procedeva, quindi, alla liquidazione equitativa del danno riconoscendo gli importi che la

paziente avrebbe avuto diritto a conseguire ove fosse stato liquidabile, in suo favore, un risarcimento per la lesione del diritto alla salute e "correggendo" l'entità degli importi con una riduzione del 20%.

Nella specie, secondo la Suprema Corte, la paziente aveva maturato unicamente i presupposti per il riconoscimento, in proprio favore, del diritto al risarcimento del solo danno non patrimoniale per la lesione della libertà di autodeterminazione terapeutica.

Inoltre, la censura mossa alla Corte territoriale è stata quella di non aver proceduto correttamente alla liquidazione del danno, per aver liquidato, a titolo di risarcimento del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, un importo parzialmente coincidente a quello dovuto a titolo di danno biologico e a titolo di danno patrimoniale, ossia con l'importo che sarebbe spettato alla danneggiata a titolo di lesione del diritto alla salute.

La Cassazione accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata, rinviando alla Corte d'appello territoriale per la corretta rideterminazione del danno effettivamente derivato alla paziente a seguito della lesione del proprio diritto ad autodeterminarsi.

### **L'omissione informativa e la sua capacità plurioffensiva**

La Suprema Corte, con l'ordinanza sopra richiamata, ritiene sussistente, in favore della paziente, il solo diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per la lesione della libertà di autodeterminazione terapeutica, sia pur ribadendo l'astratta capacità plurioffensiva dell'omissione informativa.

E', infatti, possibile come già affermato dalla decisione n. 28985/2019 della stessa Sezione "che anche l'inadempimento dell'obbligazione avente ad oggetto la corretta informazione sui rischi-benefici della terapia venga ad inserirsi nei fattori "concorrenti" della stessa serie causale determinativa del pregiudizio alla salute, dovendo pertanto riconoscersi alla omissione informativa un'astratta capacità plurioffensiva".

Pertanto, fermo il riconoscimento del danno dovuto alla lesione del diritto all'autodeterminazione, ove l'atto terapeutico, non sia stato preceduto dalla preventiva informazione esplicita del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, può essere riconosciuto il risarcimento delle conseguenze dannose derivanti dalla lesione del diritto alla salute.

Tanto precisato, la manifestazione del consenso della paziente alla prestazione sanitaria, costituisce esercizio di un autonomo diritto soggettivo all'autodeterminazione, proprio della persona, che, se pur connesso, deve essere tenuto distinto dal diritto alla salute, ossia dal diritto del soggetto alla propria integrità psico-fisica.

### **Mancanza del consenso informato e danno alla salute**

Sul punto, La Corte richiama il consolidato orientamento secondo cui l'omessa informativa al paziente assume diversa rilevanza causale, a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione oppure la lesione del diritto alla salute.

Nel primo caso, l'omessa o insufficiente informazione preventiva, è in relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse giuridico del paziente a compiere in piena autonomia una valutazione complessiva dei costi benefici dell'intervento (non soltanto in relazione al risultato terapeutico ma anche in relazione alla durata della riabilitazione, al perdurare o il riprodursi di sofferenze dovute ai postumi, all'accettazione di eventuali mutamenti irreversibili delle condizioni di vita).

Nel secondo caso l'incidenza eziologica del deficit informativo, sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito, dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato, ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso.

Infatti, solo in caso di presunto dissenso, il risultato poi verificatosi, non si sarebbe potuto realizzare, stante il rifiuto opposto dal paziente; in questi casi l'inadempimento assume quindi rilevanza causale sul risultato pregiudizievole.

### **Onere della prova e liquidazione del danno**

Se il paziente debitamente informato, rifiuti di sottoporsi al trattamento sanitario, l'atto medico successivo,

ancorchè non erroneo, viene a palesarsi come lesione personale arrecata contra legem e l'effetto negativo per la salute scaturente viene a costituire danno conseguenza riferibile ab origine alla violazione dell'obbligo informativo.

E', quindi, possibile riconoscere anche un risarcimento del danno alla salute qualora l'atto terapeutico, necessario e correttamente eseguito secundum legem artis, non sia stato preceduto dalla preventiva informazione esplicita del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili.

Tuttavia, l'allegazione dei fatti dimostrativi dell'opzione "a monte" che il paziente avrebbe esercitato, viene, quindi, a costituire elemento integrante dell'onere della prova del nesso eziologico tra l'inadempimento e l'evento dannoso, che in applicazione dell'ordinario criterio di riparto ex **art. 2697 c.c.** compete al paziente-danneggiato.

Conseguentemente, dovrà essere il paziente ad allegare e dimostrare, anche in via presuntiva, che qualora fosse stato correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi a detto intervento, ovvero avrebbe vissuto il periodo successivo ad esso con migliore e più serena predisposizione ad accettarne le eventuali conseguenze (e sofferenze).

Nel caso esaminato dalla Corte, non era dato conoscere in quale modo le circostanze omesse avrebbero certamente condotto la paziente ad una diversa valutazione.

Sulla base di queste considerazioni, con riguardo alla determinazione degli importi liquidabili a titolo risarcitorio, per l'inadempimento all'obbligo di acquisire il **consenso informato** del paziente, è necessario distinguere le due ipotesi.

Con riferimento alla violazione del diritto all'autodeterminazione, la liquidazione avverrà sul piano puramente equitativo, mentre per la lesione del diritto alla salute, se considerata in relazione causale con la condotta, poiché in presenza di adeguata informazione l'intervento non sarebbe stato eseguito, sarà da valutarsi la situazione differenziale tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento e il preesistente stato patologico invalidante del soggetto.

Al riguardo, l'Ordinanza in commento richiama il consolidato insegnamento della Corte, secondo cui il calcolo del danno differenziale va operato stimando, prima, in punti percentuali, l'invalidità complessiva e, poi, quella preesistente all'illecito, convertendo entrambe le percentuali in una somma di denaro.

Si procederà, quindi, a sottrarre dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata quello corrispondente al grado di invalidità preesistente, fermo restando l'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa secondo la c.d. equità giudiziale correttiva od integrativa, ove lo impongano le circostanze del caso concreto (v., da ultimo, Sez. 3, Sentenza n. 28986 del 11/11/2019).

### **Conclusioni**

La Suprema Corte, in definitiva, ha confermato ancora una volta, e in perfetta continuità con i suoi più recenti interventi, il suo orientamento su un tema tante volte trascurato soprattutto sotto il profilo risarcitorio, come quello della violazione del **consenso informato**.

Le condizioni sopra esaminate dovranno essere tenute in debita considerazione dalla giurisprudenza di merito e dagli operatori del diritto, al momento di valutare e liquidare i danni conseguenti a detta violazione.

In tutti questi casi, siamo di fronte a un diritto fondamentale dell'individuo che, se violato, merita il giusto risarcimento, anche se l'intervento del sanitario è stato corretto sotto il profilo tecnico.

**[CASSAZIONE CIVILE, ORDINANZA N. 11112/2020>> SCARICA IL TESTO IN PDF](#)**