

Consenso informato e omessa informazione: impossibilità di configurare un danno alla salute risarcibile *in re ipsa* e necessità della causalità materiale, quale punto fermo nel paradigma della responsabilità medica

Nella sentenza in epigrafe la Corte di cassazione affronta il tema del consenso informato con riferimento al rapporto di causalità tra un particolare fatto omisivo, ovvero la mancata rappresentazione al paziente di possibili alternative terapeutiche rispetto al trattamento praticato dal sanitario, e l'evento dannoso.

Il giudice di legittimità si è pronunciato sul ricorso promosso avverso la sentenza resa dalla Corte d'appello di Milano con cui una struttura sanitaria veniva condannata al risarcimento del danno sofferto da un paziente in conseguenza dell'esecuzione di un intervento chirurgico di rimozione dell'aneurisma all'aorta addominale, eseguito con una particolare tecnica (c.d. *Open*) per la quale il chirurgo aveva optato, senza informare il paziente dell'esistenza di una seconda tecnica (endovascolare c.d. *Evar*) meno obsoleta.

Il giudice di merito si era pronunciato in favore della condanna, confermando gli esiti del giudizio di primo grado, dopo aver, tuttavia, accertato che l'intervento era stato eseguito diligentemente dal sanitario, nella piena osservanza delle regole dell'*ars medica*, e ravvisando la colpa del chirurgo non già nell'imperita rimozione dell'aneurisma ma nel non aver informato il paziente che esisteva una tecnica chirurgica alternativa.

La Corte d'appello ammetteva, altresì, che il danno permanente riportato dal paziente era stato il risultato di complicanze imprevedibili, che però non si sarebbero manifestate se l'intervento chirurgico fosse stato eseguito con la tecnica endovascolare.

La Corte di cassazione rileva che, stando agli esiti ai quali è giunto il giudice di merito, l'omessa informazione fu l'unica colpa imputabile al sanitario, e, pertanto, la condanna della struttura sanitaria al risarcimento del danno alla salute riportato dal paziente,

come disposta e motivata, difetta dei principi stabiliti dalla Corte stessa in materia di nesso causale tra condotta ed evento.

La massima si pone nel solco di una giurisprudenza consolidata della Suprema Corte di cassazione laddove enuncia che l'omessa o lacunosa informazione del paziente può essere ritenuta causa dell'evento di danno alla salute solo dopo che sia stata accertata la sussistenza di uno degli elementi costitutivi del diritto del danneggiato al risarcimento: la causalità materiale tra la condotta colposa, data dalla violazione della regola cautelare, e l'evento dannoso (cfr. Cass., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7516, in *Foro it.*, 2018, I, 2401; 11 novembre 2019, n. 28985, in *Guida dir.*, 2019, 32, 49).

La regola cautelare cui fare riferimento, come noto, è prevista dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219, che disciplina la materia dell'informativa preventiva ai trattamenti sanitari e, in particolare, dall'art. 1 rubricato, per l'appunto, "consenso informato".

Tale articolo, nel ribadire i principi di diritto richiamati dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. e sanciti, altresì, dalla Carta di Nizza, a tutela del diritto alla libertà di autodeterminazione, prevede l'obbligo dei sanitari di acquisire dal paziente un consenso informato e libero in merito alle sue condizioni di salute, alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici, alle possibili alternative e alle conseguenze di un eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi.

L'art. 1 della l. n. 219 cit., al c. 9, stabilisce che alla medesima regola cautelare soggiace la struttura sanitaria, che è tenuta a garantire l'attuazione dei principi richiamati dalla legge stessa.

La Corte di cassazione precisa, altresì, nella sentenza oggetto di disamina, che per poter accertare l'idoneità causale della condotta omissiva del sanitario rispetto all'evento di danno il giudice di merito avrebbe dovuto ricostruire il nesso di condizionamento tra l'omessa informazione e il danno alla salute patito con un giudizio controfattuale: ossia accertando, con giudizio di probabilità logica, quali scelte avrebbe compiuto il paziente se fosse stato correttamente informato della possibilità di scegliere tra le due tecniche di intervento.

Come noto, negli illeciti omissivi, per l'accertamento della causalità materiale, si applica un principio fondamentale in base al quale è necessario procedere ad una indagine controfattuale e chiedersi quale sarebbe stato, presumibilmente, il corso degli eventi se fosse stato realizzato il comportamento della cui omissione si tratta.

Tale regola, come confermato dalla Corte di cassazione, si applica anche alle ipotesi di omessa o lacunosa informazione del sanitario nei confronti del paziente.

In tal caso il giudizio controfattuale è funzionale a determinare, con giudizio di probabilità logica, quale

sarebbe stata la scelta del paziente se correttamente informato.

Pertanto, la massima rappresenta l'occasione per la Corte di cassazione per ribadire quanto già affermato in altre sentenze, ovvero che l'omessa o lacunosa informazione imputabile al sanitario, pur costituendo illecito civile, in quanto viola la regola cautelare posta a tutela del diritto alla libera autodeterminazione, non fa sorgere con un perfetto automatismo il diritto del paziente al risarcimento del danno alla salute conseguente al trattamento terapeutico del sanitario, anche quando quest'ultimo abbia agito con diligenza.

Al riguardo la Corte di cassazione ha affermato che "la riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che quel consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario riguardo alla unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente" (così Cass., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847).

Tale diritto è richiamato dal citato art. 1, c. 1, l. n. 219/2017, che configura il consenso informato al trattamento sanitario come espressione della libertà di autodeterminazione del singolo, ancorata ai principi fondamentali previsti dagli articoli della Costituzione ivi richiamati, e come punto di incontro costante fra la stessa libertà e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico in un tempo dilatato di comunicazione fra medico e paziente che, ai sensi dell'art. 1, c. 8, costituisce tempo di cura.

Secondo un principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di legittimità, il danno all'autodeterminazione è da ritenersi autonomo e indipendente rispetto al danno alla salute.

A riguardo la Corte di cassazione ha affermato che: "l'acquisizione da parte del medico del consenso informato costituisce prestazione altra e diversa da quella dell'intervento medico richiestogli, assumendo autonoma rilevanza ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria in caso di mancata prestazione da parte del paziente [...]. Trattasi di due distinti diritti.

Il consenso informato attiene al diritto fondamentale della persona all'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico (cfr. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438) e quindi alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente (v. Cass., 6 giugno 2014, n. 12830) [...].

Il trattamento medico terapeutico ha viceversa riguardo alla tutela del (diverso) diritto fondamentale alla salute (art. 32, c. 2, Cost.).

L'autonoma rilevanza della condotta di adempimento della dovuta prestazione medica ne impone pertanto l'autonoma valutazione rispetto alla vicenda dell'acquisizione del consenso informato" (Cass, Sez.

III, ord. 25 giugno 2021, in questa *Rivista*, 2021, 4, 218, con nota di A.M. Quaglini).

Tuttavia, la Corte di cassazione ha precisato, anche in recenti sentenze (v. Cass., Sez. III, 5 settembre 2022, n. 26104), che, sebbene l'inadempimento dell'obbligo di acquisire un adeguato consenso informato del paziente sia autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico, non è possibile escludere ogni interferenza tra i due illeciti nella produzione del medesimo danno, e ciò in ragione del fatto che il rapporto tra medico e paziente è dotato di una sua peculiare complessità, in quanto si articola in obbligazioni plurime e tra di loro connesse e strumentali al perseguimento della tutela alla salute del soggetto.

È invece possibile che il consenso informato si inserisca tra i fattori causali che concorrono a determinare il pregiudizio alla salute.

Pertanto, l'omessa informativa imputabile al sanitario è di per sé dotata di un'astratta capacità plurioffensiva idonea a ledere non solo il diritto all'autodeterminazione ma anche il diritto alla salute (cfr. Cass., Sez. III, 11 novembre 2009, n. 28985, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 478).

Proprio sul presupposto del riconoscimento di una plurioffensività dell'omissione informativa nel rapporto tra medico e paziente, la Corte di cassazione può concludere, nella sentenza in commento, disponendo rinvio alla Corte d'appello di Milano affinché accerti, se e in che misura, sussista un nesso causale tra l'omessa informazione del paziente sull'alternativa terapeutica e il danno alla salute.

Così facendo la Cassazione nega la possibilità di configurare un danno alla salute risarcibile *in re ipsa* per la mera omessa informazione.

La sentenza di cui si tratta costituisce, ancora una volta, l'occasione per ribadire che, in materia di consenso informato, gli interventi della giurisprudenza hanno assunto una fondamentale funzione di sistemazione e di chiarificazione su tematiche delicate come quelle prese in esame.

L'attenzione degli interpreti è sempre più spesso richiamata da casi giurisprudenziali nei quali emerge, con particolare evidenza, l'uso del consenso informato come espediente nelle mani del paziente per mettere in discussione gli interventi dei sanitari, con il rischio imminente di sfociare in un "relativismo terapeutico" (v. Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 72).

Sul punto è possibile considerare il ruolo sempre più incisivo e determinante che ha assunto la giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione nel delimitare e distinguere le ipotesi di pretesa legittima da quelle di abuso.

Funzionale a tracciare tale distinguo è spesso il richiamo che la Corte fa ai giudici di merito rispetto alla necessità dell'accertamento di un nesso causale tra l'omessa e lacunosa informativa e il danno alla salute lamentato.

Tale costante richiamo ha consentito al giudice nomofilattico, come nel caso in disamina, di reinserire il consenso informato all'interno del rapporto complesso medico-paziente e di sanzionare l'omissione dell'obbligo informativo per il danno alla salute solo dopo averla valutata secondo il paradigma della responsabilità.

CRISTINA ORSINI

* * *